CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 18 de mayo de 2000 [1]

1. El Arrondissementsrechtbank Roermond (Países Bajos) ha planteado, en esta ocasión, dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), con el fin de resolver dos litigios que tiene pendientes. Pregunta, en esencia, si los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) se oponen a una normativa de un Estado miembro en materia de seguro obligatorio de enfermedad, que exige a sus beneficiarios obtener la autorización de su caja aseguradora para hacer valer el derecho a prestaciones ante un profesional o una entidad sanitaria, radicados en el mismo Estado o en el extranjero, con los que la caja no haya firmado un concierto, so pena de verse obligados a abonar, sin derecho a reintegro, los gastos incurridos.

I. La legislación nacional en materia de seguro obligatorio de enfermedad

2. Según se desprende de los documentos que obran en los autos, en los Países Bajos los trabajadores cuyos ingresos no superen una cantidad determinada [2] y las personas asimiladas están cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad con arreglo a la Ley sobre cajas de enfermedad (Ziekenfondswet), que cubre la asistencia sanitaria ordinaria. [3]

3. De acuerdo con el artículo 5, apartado 1, de esta Ley, quienes entren en su ámbito de aplicación deben afiliarse a una caja de enfermedad que opere en el municipio en el que residen; [4] la caja está obligada a darlos de alta. Se trata de un sistema que sólo contempla la prestación de asistencia sanitaria en especie, de manera que los asegurados no tienen derecho al reembolso de los gastos de enfermedad en los que incurran, sino a recibir la asistencia gratuitamente.

4. La asistencia sanitaria comprende, según dispone el artículo 3 del Real Decreto de 4 de enero de 1966 sobre prestaciones (Verstrekkingenbesluit), modificado por el Real Decreto de 16 de diciembre de 1997, entre otras las prestaciones que deban dispensar el médico de atención primaria

1 — Lengua original: español.

2 — El Gobierno neerlandés indica que, para el año 1997, el techo se situó en 60.750 NLG.

3 — La asistencia considerada extraordinaria en razón, por ejemplo, de su larga duración o de su elevado coste, que no puede correr a cargo de los individuos y que tampoco puede ser cubierta, de manera satisfactoria, por las compañías privadas de seguros, se rige por la Ley general sobre gastos especiales de enfermedad (Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten).

4 — De acuerdo con la información proporcionada en el acto de la vista por el Gobierno de los Países Bajos, hay en total treinta cajas de enfermedad en el país.

y el especialista «con la amplitud establecida de acuerdo con lo que es habitual en el ámbito profesional». Resulta determinante, a estos efectos, lo que se considera habitual en el ámbito profesional de los Países Bajos. En general, un tratamiento no se reconoce como habitual cuando no se aplica y no se aconseja, porque no ha sido comprobado de manera suficiente por la investigación científica internacional o nacional. Lo importante es saber en qué medida un tratamiento es considerado como procedimiento profesional apropiado y, si se apoya en una base científica válida, se reconoce como prestación en el sentido de la Ley sobre cajas de enfermedad.

5. El artículo 9 de la Ley sobre cajas de enfermedad regula el ejercicio del derecho a la asistencia y establece, en lo que aquí interesa:

1. El asegurado que quiera ejercer su derecho a asistencia se dirigirá [...] a la persona o entidad con la que la caja de enfermedad a la que está afiliado haya firmado un concierto con este fin [...]

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 y de las normas que regulan el transporte en ambulancia [...] el asegurado podrá elegir entre las personas e instituciones mencionadas en el apartado 1.

[...]

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, la caja de enfermedad podrá autorizar al asegurado para que se dirija a otra persona o institución en los Países Bajos con objeto de ejercer su derecho, si fuese necesario para su asistencia médica. Mediante reglamento se determinará en qué casos y bajo qué condiciones se puede autorizar al asegurado para dirigirse a una persona o institución fuera de los Países Bajos, con el fin de ejercer su derecho a asistencia.

6. La exigencia de obtener esta autorización figura en el artículo 1 del Reglamento sobre cuidados médicos en el extranjero cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad (Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering), de 30 de junio de 1988, [5] que dispone:

Son casos en los que una caja de enfermedad puede conceder autorización a un asegurado para dirigirse a personas o instituciones fuera de los Países Bajos con el fin de ejercer su derecho a asistencia, aquellos en que se haya comprobado que es

5 — *Staatscourant* 1988, nº 123.

necesario para el tratamiento médico del asegurado. [6]

7. Con objeto de poder ofrecer a los asegurados las prestaciones en especie, las cajas de enfermedad deben, según el apartado 1 del artículo 44 de su Ley reguladora, firmar conciertos con profesionales y entidades que presten una o varias formas de asistencia. El apartado 3 de dicho artículo define, en parte, el contenido del concierto, que comprende la naturaleza y la extensión de las obligaciones y derechos de las partes, la clase de asistencia que se ha de prestar, su cualidad y eficacia, su coste, y el control del respeto de lo acordado. Si el profesional o la entidad no cumplen las condiciones pactadas, la caja de enfermedad puede ponerle fin.

Estos conciertos no contemplan, sin embargo, la financiación de la asistencia sanitaria, que viene regulada por la Ley sobre financiación de la asistencia por enfermedad (Wet tarieven gezondheidszorg) para la que se presta en los Países Bajos, mientras que, para la asistencia que se presta en el extranjero, las cajas tienen libertad de negociación con los profesionales y las entidades sanitarias.

Las cajas de enfermedad tienen gran libertad para firmar conciertos tanto con profesionales como con entidades sanitarias. Se les imponen, no obstante, dos restricciones, a saber, que, a petición de una entidad sanitaria situada en la región en la que una caja ejerza su competencia o a la que se dirija regularmente la población local, firmen un concierto con ella, y que sólo lo firmen con profesionales habilitados para dispensar la asistencia de que se trate y con entidades autorizadas.

8. Según explica el órgano jurisdiccional nacional en su auto, la jurisprudencia del Centrale Raad van Beroep ha establecido que, cuando se deniega la autorización para que el asegurado se someta a tratamiento en el extranjero con cargo a los fondos de la caja de enfermedad, hay que comprobar, primero, si puede considerarse como prestación con arreglo a la ley nacional, aplicando el criterio de si «es habitual en el medio profesional». [7]

6 — No se han fijado condiciones especiales para que los asegurados sean atendidos por profesionales o entidades sanitarias, establecidos en el extranjero, con los que las cajas no han firmado concierto para la prestación de asistencia. Si desea que se le preste asistencia en esas condiciones, el asegurado debe obtener una autorización previa de su caja de enfermedad, idéntica a la que necesita si quiere ser atendido por un profesional o por una entidad sanitaria radicada en los Países Bajos, y con los que la caja tampoco haya firmado concierto para la prestación de asistencia.

7 — En una sentencia de 23 de mayo de 1995, dicho órgano jurisdiccional decidió que la autorización para recibir asistencia en el extranjero, con base en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley sobre cajas, no se concede cuando los cuidados no pueden considerarse como una prestación en el sentido de las disposiciones citadas. En ese asunto no se calificó de prestación un tratamiento en Nueva York porque tenía carácter experimental y no podía estimarse como «habitual en el ámbito profesional». En otra sentencia, de 19 de diciembre de 1997, el mismo tribunal dio la razón a la caja de enfermedad que era parte en el litigio, entendiendo que el tratamiento controvertido, que se aplicaba en Alemania, tenía una fundamentación científica (aún) insuficiente y, que según la concepción corriente en los Países Bajos, se consideraba experimental.

Siempre que se cumpla el criterio de lo habitual, hay que examinar, a continuación, si puede concederse la autorización con arreglo al apartado 4 del artículo 9 de la Ley sobre cajas, en relación con el artículo 1 del Reglamento sobre cuidados médicos en el extranjero cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad. A tal efecto, se aplica el criterio llamado de la «necesidad del tratamiento médico para el asegurado», y se comprueba si el dispensado en el extranjero resulta necesario, desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta los métodos existentes en los Países Bajos.

II. Los hechos del litigio entre la Sra. Geraets-Smits y el Stichting Ziekenfonds

9. La Sra. Geraets-Smits, demandante en uno de los dos litigios, nacida el 6 de junio de 1928 y aquejada de Parkinson desde hace años, solicitó, el 5 de septiembre de 1996, al Stichting Ziekenfonds, que es el organismo demandado, que le reembolsara la factura que había pagado a la Elena-Klinik de Kassel (Alemania), especializada en el tratamiento por categorías y multidisciplinario de dicha enfermedad. Los pacientes ingresan por un período de tres a seis semanas, en el que tiene lugar el reconocimiento y la terapia para lograr una aplicación ideal de las medicinas. En la clínica, el paciente recibe, además, tratamiento fisioterapéutico y ergoterapéutico, así como asistencia sociopsicológica.

10. Mediante resolución de 30 de septiembre de 1996, confirmada por resolución de 28 de octubre de 1996, el organismo demandado informó a la demandante de que, con arreglo a la Ley sobre cajas de enfermedad, no se le concedería ningún reembolso. La razón de la negativa era que, en los Países Bajos, existe un tratamiento suficiente y adecuado de su enfermedad, por lo que no es necesario recurrir al tratamiento clínico por categorías en la Elena-Klinik.

11. Al no estar de acuerdo con esta resolución, la demandante solicitó la opinión del Consejo de cajas de enfermedad (Ziekenfondsraad). Su Comisión de recursos (Commissie voor Beroepszaken) emitió un dictamen el 7 de abril de 1997, en el que consideró correctos tanto la resolución de la demandada como los razonamientos en los que se apoyaba. La demandante recurrió contra la resolución ante el Rechtbank, alegando que el tratamiento clínico por categorías en Alemania es ciertamente más eficaz que el enfoque fraccionado en los Países Bajos.

12. Cuando el 25 de septiembre de 1997 se celebró la primera vista del recurso, se aportó un escrito del neurólogo que trató a la paciente, fechado el 11 del mismo mes, en el que indica que hay argumentos suficientes para autorizar su tratamiento en la clínica alemana. El Rechtbank designó, a continuación, un perito neurólogo, que emitió un informe en febrero del año siguiente, en el que afirma que no está probado ni clínica ni científicamente que el enfoque por categorías sea mejor y que, por

consiguiente, no existe indicación médica objetiva que justifique el tratamiento en la clínica alemana.

III. Los hechos del litigio entre el Sr. Peerbooms y el Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen

13. El Sr. Peerbooms, que es el demandante en el otro litigio, nacido el 8 de abril de 1961, entró en coma a consecuencia de un accidente de circulación que ocurrió el 10 de diciembre de 1996. Su neurólogo solicitó, el 24 de febrero de 1997, al Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, que es el organismo demandado, que corriera con los gastos ocasionados por su tratamiento en la Universitätsklinik de Innsbruck, en Austria.

En dicha entidad se aplica una terapia neuroestimulativa intensiva especial, que en los Países Bajos sólo se emplea de forma experimental en un centro de rehabilitación de Tilburg y en otro de Utrecht. El demandante no fue admitido en ninguno de ellos porque, en el marco del experimento, esos dos centros no aceptan a pacientes mayores de 25 años. Debía, pues, ser transferido al centro de rehabilitación de Hoensbroeck, donde no se aplica la terapia citada. Fue ingresado en la clínica de Innsbruck el 22 de febrero de 1997,[8] en estado vegetativo. Sometido a la terapia especial, salió del estado de coma y recuperó plena conciencia. El 20 de junio de 1997 se le dio el alta y fue trasladado a la clínica de rehabilitación de Hoensbroeck para continuar la convalecencia.

14. Mediante resolución de 26 de febrero de 1997, se denegó la solicitud del neurólogo —previo dictamen del asesor médico—, porque era posible obtener la asistencia adecuada para el paciente en una entidad sanitaria concertada con su caja de enfermedad y, si no la había, se podía recurrir a una entidad no concertada en los Países Bajos. El neurólogo presentó una nueva solicitud, más detallada, que volvió a ser denegada el 5 de marzo del mismo año. La reclamación formulada se desestimó por infundada. La caja de enfermedad —siguiendo a la Comisión de recursos y tras volver a oír al asesor médico— mantuvo el punto de vista de que, según los criterios médicos actuales, el tratamiento en Innsbruck de pacientes en coma no era más eficaz que los servicios prestados en los Países Bajos y que, por tanto, para recibir asistencia no era necesario desplazarse hasta Austria.

15. El demandante interpuso recurso contra esta resolución. El Arrondissementsrechtbank también designó un perito en

8 — Es decir, dos días antes de que su neurólogo solicitara a la caja de enfermedad la autorización para recibir asistencia en dicho centro.

este asunto, que emitió su dictamen el 12 de mayo de 1998. En su opinión, en los Países Bajos, no existía un tratamiento apropiado y adecuado para el demandante como el que se aplica en Innsbruck, excepto en los centros de Tilburg y de Utrecht, en los que no había sido admitido por superar la edad máxima requerida, y la terapia del centro de rehabilitación de Hoensbroeck no habría sido la adecuada. El neurólogo de la caja de enfermedad replicó a ese dictamen haciendo hincapié en el carácter experimental del tratamiento y en que aún no era aceptado científicamente. Interrogado sobre este punto el primer perito presentó un dictamen adicional, el 31 de agosto de 1998, en el que mantuvo sus conclusiones iniciales.

IV. Las cuestiones prejudiciales

16. Con el fin de resolver estos dos litigios, el Arrondissementsrechtbank Roermond ha planteado a este Tribunal de Justicia, a título prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) a) ¿Deben interpretarse los artículos 59 y 60 del Tratado CE en el sentido de que se oponen a una disposición como el apartado 4 del artículo 9 de la Ziekenfondswet [Ley sobre las cajas de enfermedad], en relación con el artículo 1 del Reglamento del seguro de las cajas de enfermedad para asistencia en el extranjero, en la medida que establece que un asegurado de una caja de enfermedad necesita una autorización previa para poder dirigirse a una persona o institución de fuera de los Países Bajos para hacer valer su derecho a prestaciones?

b) ¿Cómo debe responderse a la cuestión 1 a) cuando se deniega o no se obtiene la referida autorización, porque el correspondiente tratamiento en otro Estado miembro no se considera "habitual en el medio profesional" y, por tanto, no se califica de prestación en el sentido del artículo 8 de la Ley sobre las cajas de enfermedad? ¿Es distinto si sólo se toman en consideración las concepciones de los profesionales neerlandeses y si se aplican criterios científicos nacionales o internacionales? Y, de ser así, ¿en qué aspecto? ¿Tiene importancia, además, si se reembolsa el referido tratamiento con arreglo al régimen legal de seguridad social de ese otro Estado miembro?

c) ¿Cómo debe responderse a la cuestión 1 a) cuando el tratamiento en el extranjero sí se considera habitual y, por tanto, como prestación, pero se deniega la mencionada autorización por el motivo de que una entidad concertada en los Países Bajos también puede prestar asistencia adecuada y a tiempo y,

por consiguiente, el tratamiento en el extranjero no es necesario para la asistencia médica?

2) Si el requisito de autorización constituye un obstáculo al principio de libre prestación de servicios establecido en los artículos 59 y 69 [60] del Tratado CE, ¿las razones imperiosas de interés general alegadas por las partes demandadas [...] son suficientes para considerar justificado dicho obstáculo?»

V. La legislación comunitaria

17. El artículo 59 del Tratado CE dispone: «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

[...]»

18. El artículo 60 del Tratado CE establece: «Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

[...]

d) actividades propias de las profesiones liberales.

[...]»

19. El artículo 22 del Reglamento nº 1408/71,[9] que regula, entre otros, la necesidad, por parte de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, o de un miembro de su familia, de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asis-

9 — Reglamento (CEE) nº 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en la versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1).

tencia apropiada, dispone, en lo que aquí interesa:

«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:

[...]

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

tendrá derecho:

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

[...]

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.

[...]»

VI. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en materia de libre prestación de servicios, en relación con el reembolso de gastos médicos incurridos en otro Estado miembro

20. El 28 de abril de 1998, el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el asunto Decker [10] y en el asunto Kohll. [11] Ambas han sido ampliamente glosadas por la doctrina [12] y, en el momento de su pronunciamiento, se temió que estuvieran desti-

10 — C-120/95, Rec. p. I-1831.

11 — C-158/96, Rec. p. I-1931.

12 — El número de autores que ha comentado, hasta ahora, estas dos sentencias supera ya los cuarenta.

nadas a producir perjuicios financieros incalculables a los sistemas nacionales de seguridad social. [13] No me voy a extender sobre la sentencia Decker, porque los hechos se referían a la compra de unas gafas y quedaban, por tanto, enmarcados en el ámbito de la libre circulación de mercancías. [14]

21. La sentencia Kohll trataba, en cambio, de una prestación de servicios transfronteriza. Las cuestiones prejudiciales las había planteado la Cour de cassation de Luxemburgo para resolver el recurso del Sr. Kohll contra la decisión de su caja de enfermedad, que denegaba la autorización para que su hija acudiera a un ortodoncista en Alemania, porque el tratamiento no era urgente y podía realizarse en Luxemburgo.

22. En lo que se refiere a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, fuera de cualquier infraestructura hospitalaria, el Tribunal consideró que, como esa prestación se realizaba contra retribución, se trataba de un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado, que menciona expresamente las actividades de las profesiones liberales.

23. En cuanto a los efectos restrictivos, el Tribunal observó que la normativa luxemburguesa no privaba a los asegurados de la posibilidad de acudir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, pero que supeditaba a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado, mientras que el de los realizados en el Estado de afiliación no estaba sujeto a autorización. Por esta razón decidió que tal normativa disuadía a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituía, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios. [15]

24. Se avanzaron varios motivos de justificación de esta normativa, a saber, el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema de seguridad social y la protección de la salud pública, que englobaba la necesidad de garantizar la calidad de las

13 — Nourissat, C.: «Quand Panacée rejoint Europe ou comment la Cour de justice consacre la liberté des soins dans la Communauté», *La Semaine Juridique*, edition générale 1999 II 10002, opina: «La paire de lunettes de Nicolas Decker et le traitement orthodontique de Aline Kohll sont appelés à entrer dans la mythologie judiciaire communautaire aux côtés de la facture d'électricité de M. Costa ou de la liqueur de cassis de Dijon»; Gosseries, Ph.: *Journal des Tribunaux du Travail*, 1999, pp. 446 a 449, especialmente, p. 446, afirma: «Les deux arrêts du 28 avril 1998 de la C.J.C.E. [...] ont eu l'effet d'une "bombe" dans l'organisation des régimes de l'asurance soins de santé des Etats membres de l'Union européenne. Certains ont dit que la C.J.C.E., par ces deux arrêts, a provoqué une belle panique chez tous les gestionnaires d'organismes sociaux de sécurité sociale dans les Etats membres de l'Union [...]»

14 — En esta sentencia, el Tribunal interpretó que los artículos 30 y 36 del Tratado CE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la que un organismo de seguridad social de un Estado miembro deniega a un asegurado el reembolso a tanto alzado de un par de gafas con lentes correctoras, comprado a un óptico establecido en otro Estado miembro, basándose en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe ser autorizada previamente.

15 — Jurisprudencia sentada en las sentencias de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16, y de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31.

prestaciones médicas y el propósito de prestar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

25. Respecto al primero, dado que sobre el organismo luxemburgués recaían las mismas cargas financieras si el asegurado acudía a un ortodoncista luxemburgués o a un ortodoncista establecido en otro Estado miembro, el Tribunal apreció que el reembolso de los cuidados dentales dispensados en otros Estados miembros, con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación, no tiene una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de seguridad social.

26. En lo que se refiere a la protección de la salud pública, el Tribunal recordó, en los apartados 45 y 46 de su sentencia, que, si bien los Estados miembros pueden establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de salud pública, esta facultad no les permite dejar a la salud, como sector económico y desde el punto de vista de la prestación de servicios, fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación. [16] En cualquier caso, dado que los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de dentista han sido objeto de varias directivas de coordinación o de armonización, [17] el Tribunal consideró que debían reconocerse a los médicos y dentistas establecidos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional, a efectos de la libre prestación de servicios, y que una normativa como la luxemburguesa no podía estar justificada por razones de salud pública, con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros.

El Tribunal admitió, a continuación, que el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, además de ir intrínsecamente ligado al modo de financiación del sistema de seguridad social, puede también estar comprendido en las excepciones por razones de salud pública en virtud del artículo 56 del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE, tras su modificación), puesto que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. A este respecto, afirmó que dicho artículo permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población.

16 — Sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül (131/85, Rec. p. 1573), apartado 17.

17 — Cita las Directivas 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (DO L 233, p. 1; EE 06/02, p. 32); 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos (DO L 233, p. 10; EE 06/02, p. 40), y 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1).

Habida cuenta de que tampoco se demostró que la normativa fuera necesaria para alcanzar esos dos objetivos, el Tribunal entendió que no estaba justificada por razones de salud pública.

VII. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. La mayoría de los autores que han comentado las sentencias Decker y Kohll coinciden en valorar de manera positiva el resultado al que llegó el Tribunal, [18] que se inscribe dentro de la lógica de su jurisprudencia dictada en materia de libre circulación de mercancías y de servicios. [19] Pero estas dos sentencias dejaron pendientes múltiples interrogantes, pues no resolvieron si esa jurisprudencia se aplica también a la asistencia sanitaria que se presta en los hospitales [20] ni si su ámbito quedaba limitado a los sistemas de seguridad social que, como el luxemburgués, pagan por cuenta del paciente o le reembolsan, en todo o en parte, la asistencia hospitalaria y médica que recibe [21] o si, por el contrario, se extiende a los sistemas que, como el neerlandés, se organizan para proporcionar a los asegurados asistencia sanitaria en especie. [22] Esto es, justamente, lo que deberá resolver este Tribunal de Justicia cuando dicte sentencia en el asunto que estoy examinando. [23]

18 — La nota discordante parece darla González Vaqué, L.: «Aplicación del principio fundamental de la libre circulación al ámbito de la seguridad social: la sentencia Decker», *Revista de derecho comunitario europeo*, 1999, pp. 129 a 139, especialmente, p. 139, quien asegura, no obstante, que esta jurisprudencia contiene suficientes elementos para permitir limitar sus eventuales efectos (perversos) a corto y medio plazo sobre la economía de este sector sensible.

19 — Mavridis, P.: «Libéralisation des soins de santé: un premier diagnostic», *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, nº 3, pp. 145 a 196, especialmente, p. 195, afirma: «[...] la jurisprudence d'hier sur les articles 30 et 59-60 contenait déjà celle d'aujourd'hui. Les arrêts Kohll et Decker ne sont donc ni "big bang", ni révolution, ni explosion, ni autre catastrophe naturelle. Ils étaient tout simplement annoncés depuis longtemps». Lhernould, J.Ph.: «Une caissse de sécurité est-elle tenue de rembourser les frais médicaux engagés par un assuré dans un autre Etat membre?», *Revue de droit sanitaire et social*, 1998, pp. 616 a 623, especialmente, p. 622, considera como aspecto positivo de estas dos sentencias el haber desencadenado una dinámica de resistencia contra la práctica de los Estados miembros de denegar, de manera casi sistemática, la autorización para que los asegurados reciban asistencia sanitaria en otro Estado miembro, a cargo de su caja aseguradora; Giesen, R., *Common Market Law Review*, 1999, pp. 841 a 850, especialmente, p. 850, afirma que ambas sentencias merecen su aprobación, a pesar de la sorpresa que causaron cuando fueron dictadas, en especial en Alemania.

20 — Cabral, P.: «Cross-Border medical care in the European Union-bringing down a first wall», *European Law Review*, 1999, pp. 387 a 395, especialmente, p. 395, opina que esta extensión se halla implícita en las sentencias.

21 — Bosscher, A.: «La seguridad social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior», *Los sistemas de seguridad social y el Mercado único europeo*, Madrid 1993, pp. 23 a 33, especialmente, p. 32, consideraba que el derecho ilimitado de trasladarse a otro Estado miembro para recibir asistencia por cuenta del Estado competente sería desproporcionado con respecto a las posibilidades financieras de los organismos de seguridad social de los diferentes Estados miembros.

22 — Estas dudas las expresa van der Mei, A.P.: «Cross-Border Access to Medical Care within the European Union - Some Reflections on the Judgments in *Decker* and *Kohll*», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, pp. 277 a 297, especialmente p. 293: «But what are the implications of the judgments? For which types of "foreign" treatment are patients entitled to be reimbursed? In which cases can Member States refuse to pay the "medical bill"? Do Member States have the right to protect themselves against a possible large influx of patients coming from abroad?» Algún autor, como Bonomo, A.: *Giustizia Civile*, 1998, I, pp. 2391 a 2401, especialmente, p. 2401, opina que la realización del mercado único no puede convivir con normativas estatales tan restrictivas que imponen la exigencia de autorización previa para reintegrar los gastos sanitarios incurridos en otro Estado miembro y ralentizan, de manera injustificada, la libre circulación de los enfermos en la Comunidad.

23 — Tal como anunciaba Thill, M.: «"Decker" et "Kohll" ou la libre circulation des patients à l'intérieur de l'Union européenne et ses limites», *Feuillet de liaison de la Conférence Saint-Yves*, 1999, nº 92/93, pp. 57 a 89, especialmente, p. 84.

28. Además del Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, que es la caja de enfermedad demandada por el Sr. Peerbooms ante el Arrondissementsrechtbank Roermond, y de la Comisión, diez de los quince Estados miembros han presentado observaciones escritas en este procedimiento,[24] dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Finlandia, Suecia, el Reino Unido. A ellos hay que sumar dos Estados que forman parte del Espacio Económico Europeo: Islandia y Noruega. Este dato constituye buena prueba de la expectación suscitada por la cuestión y del interés con el que se espera la decisión del Tribunal.

29. En el acto de la vista, que tuvo lugar el 4 de abril de 2000, comparecieron, al objeto de presentar oralmente sus alegaciones, los representantes de las dos cajas de enfermedad demandadas en los litigios principales, los agentes del Gobierno danés, del alemán, del francés, del irlandés, del de los Países Bajos, del austriaco, del finlandés, del sueco, del británico, del islandés, y el de la Comisión.

30. El Stichting Ziekenfonds VGZ, la caja demandada por la Sra. Geraets-Smits, considera que los Estados miembros disponen de libertad para organizar sus sistemas de seguridad social y que las disposiciones del Tratado no pueden impedir que uno de esos sistemas funcione mediante conciertos firmados por las cajas de enfermedad con los profesionales y con las entidades sanitarias, únicos que podrán prestar asistencia a los asegurados. Partiendo de esta premisa, las restricciones inherentes a un sistema como el seguro obligatorio de enfermedad neerlandés, que concede únicamente prestaciones en especie, tampoco pueden ser incompatibles con el Tratado.

Si el Tribunal opina lo contrario, sostiene que las condiciones a las que se somete la concesión de autorización para acudir a un prestador no concertado no son discriminatorias y pone de relieve las diferencias que separan al seguro obligatorio de enfermedad neerlandés del luxemburgués, para afirmar que la jurisprudencia del asunto Kohll no puede aplicarse al primero.

31. La caja de enfermedad demandada por el Sr. Peerbooms indica que la legislación neerlandesa ha organizado la asistencia sanitaria en una gama de prestaciones limitada a las que se consideran usuales en los medios profesionales, basadas en tratamientos con utilidad científicamente demostrada, y que resulta indiferente, a

24 — No es de extrañar tanta preocupación teniendo en cuenta opiniones como la de Mavridis, P.: «Libéralisation des soins de santé: un premier diagnostic», *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, nº 3, pp. 145-196, especialmente, p. 171, que afirma que el mérito de las sentencias Kohll y Decker reside en haber reconocido a los asegurados un derecho directo, independientemente de la ley nacional y del Reglamento nº 1408/71, de manera que ahora pueden trasladarse a otro Estado miembro para adquirir productos médicos y recibir la asistencia sanitaria que requiera su estado de salud y exigir que sus gastos sean reintegrados de acuerdo con las tarifas del Estado de afiliación. En caso de que las cajas les denieguen el reintegro de los gastos, recuerda a sus lectores la jurisprudencia Brasserie du pêcheur y Factortame sobre el principio de la reparación por el Estado de los perjuicios causados a los particulares por el incumplimiento del derecho comunitario.

estos efectos el que una prestación, no considerada como tal en los Países Bajos, esté cubierta en otro Estado miembro. Los conciertos que firman las cajas de enfermedad con los profesionales y con las entidades sanitarias regulan los costes y la calidad de la asistencia, y garantizan el mantenimiento del equilibrio financiero del sistema mediante la fijación de un marco presupuestario, la limitación de la capacidad y la financiación, que está regulada por ley. Afirma que, en la actualidad, para autorizar el desplazamiento de un asegurado al extranjero con el fin de que reciba asistencia sanitaria ya no resulta determinante saber si se le puede prestar en los Países Bajos en tiempo oportuno, sino acreditar que la asistencia la puede prestar un profesional o una entidad con los que la caja haya firmado un concierto, independientemente del Estado en el que estén establecidos. En cambio, la prestación de asistencia por quien no ha firmado concierto con la caja de enfermedad sigue estando sometida a autorización previa.

El organismo demandado informa de que se han puesto en marcha algunas experiencias de asistencia sanitaria transfronteriza, tanto hospitalaria como en consulta externa, en las regiones de Euregio Rhin/Waal y Euregio Meuse/Rhin, y que no se observa ningún flujo masivo de enfermos hacia Bélgica ni hacia Alemania. [25]

25 — Precisamente estas experiencias son citadas por van der Mei, A.P. *op. cit.*, pp. 278 y 279: «[...] in a number of border regions health insurers and health providers have concluded agreements which are aimed at giving patients the right to obtain care "on the other side of the border"».

32. No voy a exponer por separado las opiniones expresadas por los Estados en las observaciones; me limitaré a resumirlas, ya que son, en gran parte, coincidentes.

A juzgar por sus manifestaciones, las posturas de los Estados se dividen en dos grandes grupos. Los que forman parte del primero, a saber, Bélgica, Francia y Austria, consideran que la asistencia sanitaria prestada en el marco de un régimen de seguridad social público es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado. Los Estados del segundo grupo, integrado por Alemania, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Finlandia, e Islandia, opinan, en cambio, que la asistencia sanitaria por enfermedad, dispensada por un sistema de seguridad social organizado en forma de prestaciones en especie, no constituye un servicio en el sentido del citado precepto. Ni Portugal ni Noruega se pronuncian a este respecto.

La división de opiniones entre Estados acaba aquí, pues todos están de acuerdo en que la exigencia de autorización previa por parte de la institución del Estado de afiliación para recibir asistencia en otro Estado miembro, aun siendo un obstáculo a la libre prestación de servicios, está justificada.

33. Al finalizar el procedimiento escrito, el Tribunal de Justicia preguntó al Gobierno de los Países Bajos si había modificado la legislación nacional a fin de adaptarla a la jurisprudencia sentada en las citadas sentencias Decker y Kohll. Según expone en su respuesta, dicha jurisprudencia no exige una reforma de las disposiciones de la Ley sobre cajas de enfermedad que regulan la firma de conciertos entre las cajas, por una parte, y los profesionales y las entidades sanitarias que prestan la asistencia, por otra parte. Añade que, antes de que tuvieran lugar los hechos de los asuntos Geraets-Smits y Peerbooms, se habían puesto en marcha algunos proyectos para desarrollar las prestaciones de asistencia transfronterizas, pero que las sentencias citadas han contribuido a acrecentar el número de conciertos firmados con entidades sanitarias establecidas en otros Estados miembros.

En el acto de la vista, el Stichting Ziekenfonds VGZ informó del inicio de negociaciones con profesionales y con entidades sanitarias en otros Estados miembros, con el fin de firmar conciertos para la prestación de asistencia a sus asegurados. El Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, por su parte, indicó que ha celebrado ya conciertos, con el mismo fin, tanto con profesionales como con entidades, radicados en Bélgica y en Alemania.

34. La Comisión opina que, en principio, tanto el criterio de lo que es habitual en el medio profesional como el de la necesidad del tratamiento, utilizados por la legislación neerlandesa, se ajustan al artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 y que, al aplicar el primero, el Estado miembro goza de un amplio poder discrecional para decidir cuáles son las prestaciones cubiertas por un régimen de seguridad social. Sin embargo, la utilización de estos dos criterios en la práctica debe respetar el derecho comunitario.

Cree identificar ciertos elementos en el derecho neerlandés que inducen a pensar que las condiciones para la concesión de autorización a fin de recibir asistencia sanitaria en el extranjero difieren de las que se imponen para ser atendido en los Países Bajos, por lo que la exigencia de autorización podría constituir un obstáculo específico a la libre prestación de servicios.

VIII. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Sobre la asistencia sanitaria contemplada en el seguro obligatorio de enfermedad de los Países Bajos y el concepto de servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado*

35. Mediante las cuestiones prejudiciales planteadas, que en mi opinión deben ser examinadas conjuntamente, el órgano

jurisdiccional neerlandés quiere saber si los artículos 59 y 60 del Tratado CE se oponen a una normativa de seguridad social como la controvertida en el litigio principal que, por medio de los conciertos firmados por las cajas de enfermedad con profesionales y entidades sanitarias, organiza un sistema de prestaciones en especie que obliga a los asegurados a obtener una autorización de su caja cuando tienen que dirigirse a un profesional o a una entidad no concertada, radicados en territorio nacional o en el extranjero, para hacer valer su derecho a prestaciones.

36. Para dar respuesta a la cuestión así reformulada procede, en primer lugar, dilucidar si la asistencia médica y hospitalaria organizada por el régimen neerlandés del seguro de enfermedad está comprendida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. Se trata, ni más ni menos, de decidir si las prestaciones a las que tienen derecho los asegurados en virtud de la Ley de cajas de enfermedad, son servicios según el referido artículo 60.

En el apartado II.3 de su auto de remisión, el Arrondissementsrechtbank dice partir de la base de que los tratamientos dispensados en Alemania y en Austria a los dos demandantes en los litigios principales son servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado. Carezco de elementos suficientes para pronunciarme al respecto, pero considero que no es determinante para responder a las cuestiones planteadas. En el supuesto de que lo sean, la libertad de ambos pacientes para desplazarse a otro Estado miembro como destinatarios de servicios y para recibirlos no se ha visto coartada. Tampoco se quejan de haber recibido peor trato que los nacionales de esos Estados.[26] No obstante, en la medida en que alegan el artículo 60 del Tratado para pedir que su organismo asegurador corra con los gastos incurridos, me parece imprescindible averiguar si la relación jurídica que tienen con dicho organismo les da derecho a obtener prestaciones de servicios en el sentido del Tratado.

37. Quiero precisar que el análisis que sigue se refiere, concretamente, a la asistencia sanitaria consistente sólo en prestaciones en especie, concedida por un régimen de seguridad social como el controvertido, en el que no se contempla la posibilidad de reintegrar a los beneficiarios del seguro los gastos ocasionados para recibir dicha asistencia. Considero necesario hacer esta aclaración preliminar para evitar equívocos ya que, en varias ocasiones, el Tribunal de Justicia ha afirmado con contundencia que algunas prestaciones médicas debían ser consideradas servicios a los efectos del artículo 60 del Tratado, y que quienes se desplazaban a otro Estado

26 — Según se ha puesto de manifiesto en el procedimiento pendiente ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-411/98, Ferlini (DO 1999, C 20, p. 18), en Luxemburgo, quienes necesitan asistencia sanitaria y no están afiliados al régimen de seguridad social nacional deben pagar bastante más que los afiliados. El informe para la vista en ese asunto recoge que, en la época en la que ocurrieron los hechos (1989), a los afiliados al régimen de seguridad social luxemburgués se les facturaban, por un parto, 36.859 LUF, mientras que los no asegurados debían pagar 59.306 LUF (es decir, un 71,43 % más) por la misma prestación y en el mismo centro hospitalario. El Abogado General Sr. Cosmas, en las conclusiones que presentó en este asunto el 21 de septiembre de 1999, considera que esta diferencia de trato es contraria al artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

miembro para recibir asistencia médica eran destinatarios de servicios.

Ejemplos de esta jurisprudencia se encuentran, además de en el apartado 29 de la citada sentencia Kohll respecto al tratamiento aplicado por un ortodoncista, en la sentencia Society for the Protection of Unborn Children Ireland,[27] en la que se afirma que la interrupción médica del embarazo, practicada con arreglo a la normativa del Estado donde se realiza, es un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado CEE, y en la sentencia Luisi y Carbone,[28] en la que se interpretó que la libre prestación de servicios comprende la libertad de sus destinatarios para desplazarse a otro Estado miembro, con el fin de hacer uso del servicio sin ser obstaculizados por restricciones, ni siquiera en materia de pagos, y que los beneficiarios de cuidados médicos deben ser considerados como destinatarios de servicios.

En todos estos ejemplos, el Tribunal se preocupó de puntualizar, o bien que la prestación se había realizado contra retribución, como en el primero de los casos citados, o bien, como en el segundo, que la interrupción del embarazo es una actividad médica efectuada generalmente a cambio de una retribución y que puede practicarse en el marco de una profesión liberal. En el tercer caso, una ciudadana italiana, con el fin, entre otros, de recibir cuidados médicos en Alemania, había exportado en divisas una cantidad que superaba la autorizada por la legislación nacional de control de cambios, razón por la que había sido multada.

38. El artículo 60 del Tratado considera como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una retribución, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Estos servicios comprenden, en particular, las actividades propias de las profesiones liberales, sin que, según ha interpretado el Tribunal, la especial naturaleza de algunos de esos servicios pueda hacer que tales actividades escapen a las normas relativas a la libre circulación.[29]

No cabe duda de que la profesión médica ha sido, tradicionalmente, una profesión liberal, aunque hoy en día haya dejado de serlo de manera exclusiva, pues existen muchos médicos que trabajan como asalariados para los regímenes de seguridad social en algunos de los Estados miembros, mientras que otros compaginan esa actividad laboral con el ejercicio privado de la medicina.

39. El Tribunal ha reconocido, en repetidas ocasiones, que el derecho comunitario no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social.[30]

27 — Sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685), apartado 21.

28 — Citada en la nota 15 *supra*, apartado 16.

29 — Sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartados 8 y 10, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 20.

30 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 17.

40. En ejercicio de esa competencia, los Países Bajos han organizado un régimen de seguro obligatorio de enfermedad al que están afiliadas todas las personas cuyos ingresos no superan una determinada cantidad, gestionado por las cajas de enfermedad, que son organismos con personalidad jurídica propia. Su financiación está asegurada mediante las cotizaciones de los asegurados y de los empleadores y por una contribución que abona el Estado cada año, con cargo a su presupuesto, a la caja general del seguro de enfermedad. Las cajas de enfermedad son las encargadas de concertar con profesionales y con entidades especializadas la prestación de asistencia sanitaria a sus asegurados.

41. A diferencia de lo que sucedía en el asunto Kohll con el régimen de seguridad social de Luxemburgo, país en el que los asegurados pueden escoger con toda libertad a su médico de atención primaria y a su especialista, deben pagar la factura por la prestación y, a continuación, la caja de enfermedad les reintegra una parte o, si se trata de asistencia hospitalaria, la caja paga directamente a la entidad por cuenta del beneficiario, la asistencia en el marco del régimen del seguro obligatorio de enfermedad de los Países Bajos es gratuita para los asegurados,[31] pero, para obtener las prestaciones sanitarias que necesitan, deben dirigirse a uno de los profesionales o a una de las entidades sanitarias con los que su caja haya firmado un concierto de asistencia porque, si deciden utilizar medios no concertados, han de abonar, sin derecho a reintegro, los gastos en los que incurran.

42. Esta diferencia fundamental ha hecho que me preguntara si la asistencia prestada por profesionales y entidades sanitarias en estas condiciones podía tener la consideración de servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado, dado que el beneficiario de la prestación no la recibía contra el pago de una retribución.

43. Desde luego, el Tribunal de Justicia ha aclarado, en la sentencia Bond van Adverteerders,[32] que el artículo 60 del Tratado no exige que el servicio sea pagado por sus beneficiarios.

Pero creo que, en el régimen de seguridad social que estoy examinando, no se trata simplemente de que lo que no pagan los beneficiarios por el acto médico lo abona un tercero (en este caso, la caja de enfermedad) al profesional o a la entidad sanitaria.

44. En la práctica,[33] parece que para calcular la contribución que las cajas de

31 — Se puede afirmar que es gratuita prácticamente en todos los supuestos, sin perjuicio de que determinadas prestaciones pueden estar condicionadas al pago de una contribución por los beneficiarios. Se prevé, sin embargo, que esa contribución no debe ser idéntica para todos ellos.

32 — Sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartado 16.

33 — Las informaciones relativas al cálculo de las tarifas han sido extraídas del folleto «Wat is het CTG [College Tarieven Gezondheidszorg]», Utrecht, enero de 2000, en particular del apartado 5. «Hoe komen budgetten en tarieven tot stand (Rekenvoorbeeld A: ziekenhuisbudget) (Rekenvoorbeeld B: Tarief voor huisartsbezoek)» Una parte de este folleto ha sido publicada en lengua inglesa, bajo el título «What is the National Health Tariffs Authority», por COTG, Utrecht 1995.

enfermedad satisfacen a las entidades hospitalarias, se precisa, en primer lugar, determinar el presupuesto de cada centro para conocer los costes admisibles [34] y, a continuación, averiguar las tarifas complementarias, [35] y la tarifa de asistencia, [36] que es la que se aplica por un día de hospitalización de un paciente, pero que no refleja su coste real. Las tarifas tienen como finalidad la financiación del presupuesto de cada entidad sanitaria, que se ajusta de año en año, de manera que si los ingresos son superiores a los gastos, se disminuye para el futuro la tarifa de asistencia y se incrementa si ha habido más gastos que ingresos.

45. Las tarifas que las cajas de enfermedad pactan cada año con los profesionales difieren según la especialidad y no consisten en una cantidad abonada por acto médico. Se calculan empleando una fórmula aritmética por la que se suma una cantidad, en concepto de ingresos medios, [37] a otra cantidad que representa el coste, también medio, de mantenimiento de un consultorio [38] y el resultado se divide por un factor que representa la carga de trabajo (por ejemplo, se considera que, para un médico de atención primaria, son 2.350 pacientes al año y, para una comadrona, el número de partos por año). Este cálculo da como resultado que un médico de atención primaria perciba de la caja de enfermedad con la que ha firmado un concierto de prestación sanitaria, durante el año 2000, la cantidad de 133 NLG por cada uno de los asegurados que han escogido ser tratados en su consulta, denominada tarifa de abono, [39] independientemente del número de pacientes que reciba, de que unos necesiten asistencia más veces que otros o de que algunos no necesiten asistencia en todo el año. [40]

46. En este sistema de seguro obligatorio de enfermedad, las cajas recurren a la firma de

34 — El presupuesto se calcula a partir de cuatro elementos: los costes de infraestructura; los costes de funcionamiento, que permanecen fijos con independencia del grado de ocupación de las instalaciones; los costes semi-fijos, que son los que se basan en la capacidad, en camas y en unidades de especialistas, y los costes variables, que dependen del volumen de actividad en cada hospital.

35 — Son tarifas de ámbito nacional para ciertas actividades del hospital. Existen aproximadamente 1.600 para todo tipo de tratamientos: operaciones, diagnósticos, pruebas, etc.

36 — Es distinta para cada hospital y varía mucho de uno a otro. Se obtiene a partir del presupuesto del hospital, de la siguiente manera: se restan al presupuesto los ingresos procedentes de las tarifas complementarias y la cantidad obtenida se divide por el número estimado de días de hospitalización, que son aquellos en los que un paciente ocupa una cama. No refleja el coste real de un día de hospitalización, sino que se utiliza para equilibrar la financiación de cada hospital. En el ejemplo que figura en el folleto antes citado, el número estimado de días de hospitalización para un hospital x era de 115.000 lo que, aplicado a un presupuesto de 104.940.000 NLG, con una cantidad estimada de 36.355.000 NLG de ingresos en concepto de tarifas complementarias, da como resultado una tarifa de asistencia de 596 NLG.

37 — Comprende salario, paga de vacaciones, seguros, gratificaciones, primas y planes de pensiones. El salario se determina a partir de las escalas salariales aplicadas a los funcionarios y se adapta anualmente.

38 — Existen directrices generales para calcular el coste de funcionamiento de las instalaciones necesarias para cada profesión. Se toman en consideración los costes de alojamiento, coche, asistentes, teléfono, área de cobertura, instrumental, etc. Se ajustan en función de las necesidades que vayan surgiendo como, por ejemplo, la incorporación del ordenador a los consultorios.

39 — Esta tarifa se incrementa a 157 NLG por cada asegurado mayor de 64 años.

40 — El sistema de retribución de profesionales concertados que prestan asistencia en el marco del seguro obligatorio de enfermedad se diferencia netamente del sistema que rige para los pacientes privados, en el que no hay tarifa de abono, sino que se paga por cada consulta.

conciertos con entidades sanitarias y con profesionales independientes, en los que pactan por adelantado el contenido, la calidad de las prestaciones y la contribución económica, que consiste, para los profesionales, en el abono de una cantidad fija a tanto alzado, y para cada hospital, en el pago de una tarifa de asistencia, destinada a financiar a la entidad, más que a pagar el coste real de la hospitalización.

Examinado desde esta perspectiva, se aproxima mucho a los sistemas vigentes en algunos Estados miembros, en los que las instituciones de seguridad social se proveen de medios propios y de personal contratado directamente [41] por un horario preestablecido y un salario. En mi opinión, se diferencia con claridad de otros sistemas, como el luxemburgués, [42] puesto en tela de juicio en el asunto Kohll, que ya he descrito. En este último sistema, y el Tribunal así lo confirmó, la relación entre el asegurado y el profesional es de prestación de servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado, [43] pero estoy convencido, también, de que esa relación de servicios no se da en el sistema que estoy examinando, ya que falta el elemento de la retribución, exigido por el artículo 60 del Tratado. [44]

47. Algo parecido sucede con los sistemas educativos nacionales, sobre los que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el principio de la libre prestación de servicios. Así, en la sentencia Humbel, [45] el Tribunal indicó que, según el párrafo primero del artículo 60 del Tratado CEE, sólo están comprendidas en el capítulo relativo a los servicios «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una retribución» y que, aun cuando el concepto de retribución no está definido en los artículos 59 y siguientes del Tratado, su alcance jurídico puede deducirse de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 60, siendo la característica esencial de la retribución el hecho de que constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute, cuyo importe se define entre el prestador del servicio y su destinatario. El Tribunal observó que tal característica no existe en el caso de los cursos impartidos en el marco del sistema de educación nacional ya que, por una parte, al establecer y mantener tal sistema, el Estado no se propone realizar actividades retribuidas, sino cumplir su misión con la población en los ámbitos social, cultural y educativo y

41 — Se trata de personal funcionario o cuasi-funcionario, cuyas relaciones con los organismos de seguridad social se rigen, en algunos Estados miembros, por el derecho público.

42 — Los sistemas francés y belga funcionan según los mismos principios.

43 — Esta apreciación se hace extensiva a la asistencia prestada en el medio hospitalario, ya que, si bien no es el asegurado quien abona la factura, sino la caja de enfermedad, se paga por acto médico en función del coste de las prestaciones.

44 — Para un examen detallado de los sistemas legales de seguridad social vigentes en los Estados miembros, véase Langer, R.: «Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen — Reformbedarf für die Verordnung 1408/71?», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 11/1999, pp. 537 a 542, especialmente, pp. 537 a 539. La autora diferencia entre «sogenannte reine Versicherungsmodelle», en los que incluye los sistemas luxemburgués, belga y francés; «staatliche Gesundheitssysteme», en los que incluye los sistemas de la mayoría de los Estados miembros, y «sogenannten Mischsysteme», en los que incluye al sistema alemán, al austriaco, y al neerlandés.

45 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Humbel (263/86, Rec. p. 5365), apartados 15 a 19.

que, por otra parte, el sistema de que se trata se financia, por lo general, a través de los presupuestos públicos y no por los alumnos o sus padres.

En la sentencia Wirth,[46] consideró igualmente válidas estas afirmaciones en relación con los cursos impartidos en un instituto de enseñanza superior cuya financiación se efectuaba, en su mayor parte, con fondos públicos. Pero hizo hincapié en que, aun cuando la mayor parte de los centros de enseñanza superior se financian de ese modo, también los hay que se sufragan esencialmente con fondos privados, en particular, por los estudiantes o sus padres, y que persiguen obtener un beneficio mercantil. Cuando se imparten en dichos centros, los cursos se convierten en servicios a efectos del artículo 60 del Tratado, dado que pretenden ofrecer un servicio a cambio de una retribución.

48. El Tribunal se ha pronunciado sobre la consideración de los organismos de seguridad social en el ámbito del derecho de la competencia en la sentencia Poucet y Pistre,[47] en la que, después de recordar que en dicho ámbito, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación,[48] afirmó que las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social desempeñan una función de carácter exclusivamente social, puesto que tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa, y sus prestaciones están determinadas por la ley y son independientes de la cuantía de las cotizaciones.

49. A la luz de las características del régimen de seguro obligatorio de enfermedad en los Países Bajos que he descrito, considero que las prestaciones en especie de asistencia sanitaria que concede a sus asegurados carecen del elemento de la retribución y no son, por tanto, servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CE.

Al no constituir servicios, habría que responder al Arrondissementsrechtbank Roermond que el artículo 59 del Tratado no se opone a que las cajas de enfermedad de un Estado miembro obliguen a sus asegurados a solicitar una autorización para poder recibir prestaciones sanitarias de una entidad con la que no han firmado concierto, independientemente de que esté radicada en ese o en otro Estado miembro.

46 — Sentencia de 7 de diciembre de 1993, Wirth (C-109/92, Rec. p. I-6447), apartados 16 y 17.

47 — Sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartados 17 y 18.

48 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

50. No obstante, y para el caso de que el Tribunal no comparta mis apreciaciones y estime que se trata de servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado, examinaré, a continuación, los efectos restrictivos que sobre la libre prestación de servicios puede producir la referida obligación de obtener la autorización previa de la caja de enfermedad.

B. *Sobre los efectos restrictivos de las disposiciones del seguro obligatorio de enfermedad respecto de la libre prestación de servicios*

51. ¿Constituye una restricción a la libre prestación de servicios el que el apartado 4 del artículo 9 de la Ley sobre las cajas de enfermedad, en relación con el artículo 1 del Reglamento sobre asistencia sanitaria en el extranjero, sometan a autorización previa de la entidad aseguradora la posibilidad de recurrir a un profesional o a una entidad no concertados, radicados en el extranjero?

Incluiré en mi razonamiento las dudas que el Arrondissementsrechtbank ha indicado en los apartados b) y c) de su primera cuestión prejudicial, a saber, la influencia del criterio de «lo que es habitual en el medio profesional» para decidir si una determinada prestación sanitaria está cubierta por el seguro; la relevancia que pueda tener el que, en otro Estado miembro, la misma prestación esté cubierta por el régimen de seguridad social correspondiente; y la aplicación del criterio de la necesidad del tratamiento cuando, estando la prestación cubierta por el seguro, se deniega la autorización para desplazarse al extranjero a fin de recibir asistencia sanitaria, porque un profesional o una entidad concertados pueden dispensarla de manera adecuada en los Países Bajos.

52. Creo que, formulada en estos términos la pregunta, la respuesta debe ser afirmativa. En efecto, la obligación de pedir y de obtener esa autorización constituye, en la práctica, una restricción a la libre prestación de servicios, ya que dificulta y hace menos atractivo el traslado de los asegurados a otro Estado miembro con el fin de recibir prestaciones sanitarias.

53. A este respecto, el Tribunal ha indicado que, desde la perspectiva de un mercado único y con objeto de permitir alcanzar sus objetivos, el artículo 59 del Tratado se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la realizada en el ámbito puramente interno.[49] Aunque la normativa neerlandesa controvertida no prive a los asegura-

49 — Sentencias de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 33.

dos de su derecho a prestaciones en otro Estado miembro, lo cierto es que exige una autorización, que se concede bajo condiciones muy restrictivas. Por consiguiente, puede disuadirlos de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para estos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios. [50]

54. Se trata de ver si, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este obstáculo está, o no, justificado.

C. *Sobre la justificación de la exigencia de autorización previa para hacer valer el derecho a prestaciones en otro Estado miembro*

55. La obligación de suprimir las restricciones a la libre prestación de servicios fue interpretada por el Tribunal de Justicia como la prohibición de todas las discriminaciones que afecten al prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por la circunstancia de que se haya establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que va a realizar la prestación. [51] En efecto, el principio de igualdad de trato, del que el artículo 59 del Tratado constituye una expresión particular, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles por razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca, de hecho, al mismo resultado. [52]

56. El Tribunal de Justicia declara, a este respecto, que las normativas nacionales que no son indistintamente aplicables a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, y que, por lo tanto, son discriminatorias, sólo resultan compatibles con el derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción. [53] En virtud del artículo 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE), se aplican a la libre prestación de servicios los artículos 55 a 58, que figuran en el capítulo dedicado al derecho de establecimiento. En el artículo 56 se recogen, como excepciones a ambas libertades, aquellas medidas contenidas en disposiciones nacionales que establezcan un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, de seguridad y de salud públicas. Los objetivos de política económica no pueden constituir razones de

50 — Sentencias Luisi y Carbone y Bachmann, citadas en la nota 14 *supra*, apartados 16 y 31 respectivamente, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 35.

51 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), apartado 25. Véanse, además, las sentencias de 18 de enero de 1979, Van Wesemael y otros (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35), apartado 27, y Webb, citada en la nota 29 *supra*, apartado 14.

52 — Sentencias de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), apartado 8, y de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartado 11.

53 — Sentencias Bond van Adverteerders y otros, citada en la nota 32 *supra*, apartado 32, y de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 24.

orden público en el sentido del artículo 56 del Tratado. [54]

57. De los términos del auto del Arrondissementsrechtbank deduzco que considera discriminatoria por razón del lugar de establecimiento del prestador de servicios la aplicación de los criterios de «lo que es habitual en el medio profesional» y de «la necesidad del tratamiento» que hacen tanto las cajas de enfermedad de los Países Bajos, a la hora de tramitar las solicitudes de asistencia en el extranjero, como la jurisprudencia del Centrale Raad van Beroep.

58. La Comisión, por su parte, estima que el primer criterio, al recoger sólo las opiniones de los médicos nacionales, privilegia a los profesionales y entidades sanitarias establecidos en los Países Bajos. Se trata de un criterio neutro, que se impone indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y extranjeros, pero que, en la práctica, perjudica a los de los otros Estados miembros. El segundo criterio, se aplica, en su opinión, de manera distinta según que el prestador de la asistencia sanitaria no concertado al que haya que acudir esté radicado en los Países Bajos o en el extranjero ya que, afirma, la legislación nacional exige que, antes de recurrir a una entidad no concertada en el extranjero, haya que comprobar si alguna entidad no concertada en los Países Bajos puede ofrecer la asistencia. Constituye, por esta razón, una discriminación formal por razón del lugar de establecimiento.

A juicio de la Comisión, la exigencia de autorización previa acumula ambos criterios y prevalece el carácter de discriminación formal del segundo. Por eso propone que se considere que la autorización previa es una medida formalmente discriminatoria, que sólo puede quedar justificada recurriendo a alguna de las excepciones contempladas en el artículo 56 del Tratado CE, a saber, las razones de orden público, de seguridad y de salud públicas.

59. No estoy de acuerdo con estas apreciaciones. El criterio de «lo que es habitual en el medio profesional», que se determina por motivos médicos objetivos y con independencia del lugar en el que se dispensa el tratamiento, se utiliza para decidir las prestaciones cubiertas por el régimen del seguro obligatorio de enfermedad. Aunque para adoptar esa decisión sólo se tomen en cuenta las opiniones de los médicos nacionales, hay que valorar la influencia de los conocimientos de los especialistas extranjeros, a través de sus aportaciones a la ciencia médica en congresos internacionales y en la literatura especializada.

Además, para decidir las prestaciones que han de estar cubiertas por el seguro de

54 — Sentencia Bond van Adverteerders y otros, citada en la nota 32 *supra*, apartado 34.

enfermedad no se pondera sólo lo que es técnicamente posible en medicina, sino lo que es financieramente soportable. Así, las prestaciones cubiertas, su amplitud y las terapias aplicadas a determinadas dolencias difieren de manera considerable de un Estado miembro a otro, como se ha demostrado en los dos asuntos pendientes en el Arrondissementsrechtbank Roermond. [55] La descentralización aplicada a las instituciones de seguridad social, que antes tenían carácter nacional, también provoca divergencias según las disponibilidades presupuestarias de uno u otro organismo de ámbito regional. [56] Por estas razones, una determinada terapia que no está cubierta por un régimen de seguro de enfermedad, no puede convertirse en prestación incluida por el hecho de que alguien haya conseguido que se le aplique, acudiendo a una entidad no concertada, en el país o en el extranjero. [57]

60. El Tribunal ha interpretado que el derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, [58] y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación nacional determinar, por una parte, los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social [59] y, por otra parte, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones, [60] siempre y cuando no provoque discriminaciones entre los propios nacionales y los de los demás Estados miembros. [61]

Estimo que el criterio de «lo que es habitual en el medio profesional», que utilizan las cajas para decidir las prestaciones cubiertas por el seguro obligatorio de enfermedad, no resulta discriminatorio, ya que no significa que sólo se incluyan las prestaciones disponibles en los Países Bajos ni perjudica, en mayor medida ni en todos los casos, a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros. De todas formas, el derecho comunitario, en su desarrollo actual, no puede obligar a un Estado miembro a incluir en la cobertura de un

55 — A título de ejemplo de estas diferencias, puedo citar el régimen general de la seguridad social española, cuya asistencia sanitaria en materia de estomatología y odontología excluye de cobertura, tanto en lo referente a su coste como a su colocación, los empastes (excepto a los menores de catorce años), la endodoncia, las prótesis dentarias, los implantes osteointegrados y la ortodoncia.

56 — Así, en España, parece que fue el Servicio Andaluz de Salud, el primer organismo de la sanidad pública que incluyó entre sus prestaciones el cambio de sexo.

57 — Por poner un ejemplo de estas diferencias de cobertura, la Srta. Kohll habría podido hacerse la ortodoncia acudiendo a un especialista privado en España y pedir el reembolso en Luxemburgo, pero un beneficiario del régimen de seguridad social español no se la puede hacer en ninguna parte si no asume él mismo el coste total.

58 — Sentencias Duphar y otros, y Sodemare y otros, citadas en la nota 30 *supra*, apartados 16 y 27, respectivamente

59 — Sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12; de 4 de octubre de 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 15, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 17.

60 — Sentencias 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, y Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 18.

61 — Sentencias de 24 de abril de 1980, Coonan, citada en la nota 59 *supra*, apartado 12; de 18 de mayo de 1989, Hartman Troiani (368/87, Rec. p. 1333), apartado 21; de 21 de febrero de 1991, Daalmeijer (C-245/88, Rec. p. I-555), apartado 15; de 20 de octubre de 1993, Baglieri (C-297/92, Rec. p. I-5211), apartado 13, y de 30 de enero de 1997, De Jaeck (C-340/94, Rec. p. I-461), apartado 36.

seguro obligatorio de enfermedad todas las prestaciones y terapias que están cubiertas por los seguros de enfermedad de los demás Estados miembros.

Por las mismas razones, considero que carece de relevancia a estos efectos el hecho de que una prestación esté cubierta por el régimen de seguro de enfermedad en un Estado miembro y quede excluida de cobertura en otro.

61. En lo que se refiere al criterio de «la necesidad de la asistencia» para el asegurado, no deduzco de la lectura del apartado 4 del artículo 9 de la Ley de cajas de enfermedad, en relación con el artículo 1 del Reglamento sobre cuidados médicos en el extranjero cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad, como hace la Comisión, que se aplique de manera distinta según que el tratamiento, que tiene la consideración de prestación, deba seguirse en un establecimiento no concertado en los Países Bajos o en el extranjero. En ambos supuestos, la única condición es la autorización de la caja de enfermedad.

Hay que poner de relieve, sin embargo, que el órgano jurisdiccional nacional se interesa por un supuesto distinto, como es el de no autorizar a un asegurado para que reciba en el extranjero un tratamiento considerado como prestación, porque existe algún profesional concertado en los Países Bajos que puede dispensarlo a tiempo. Esta duda se desvanece si el Tribunal considera que la asistencia sanitaria, en el marco del seguro obligatorio de enfermedad en los Países Bajos, no constituye un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado. Pero, por si acaso, la examinaré en el marco de mis reflexiones sobre los motivos de justificación de la exigencia de autorización previa.

62. En mi opinión, la normativa neerlandesa del seguro obligatorio de enfermedad, al exigir que el asegurado obtenga la autorización de su caja, no discrimina por razón de la nacionalidad entre los destinatarios de los servicios, ya que afecta a todas las personas que pretenden desplazarse a otro Estado miembro; y, al diferenciar únicamente entre prestadores concertados y no concertados, con independencia de que estén radicados en los Países Bajos o en el extranjero, tampoco discrimina entre los asegurados por razón del origen de la prestación. [62]

62 — Esta situación se diferencia netamente de la que se planteaba en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), en la que el Tribunal interpretó que no era necesario que todas las empresas de un Estado miembro resultaran favorecidas en relación con las empresas extranjeras, bastando con que el régimen preferente establecido favoreciera a un prestador de servicios nacional. En ese asunto, la Comisión censuraba a dicho Estado miembro por imponer a los organismos nacionales de radiodifusión establecidos en su territorio la obligación de encargar la realización de la totalidad o de parte de sus programas a una empresa neerlandesa.

63. El órgano jurisdiccional nacional parece dudar de la ausencia de discriminación al comprobar que los conciertos se firman, principalmente, con instituciones establecidas en los Países Bajos.

Conviene añadir que, a la vista de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, [63] y de que el Gobierno de los Países Bajos afirma, en el apartado 56 de sus observaciones escritas, que una entidad sanitaria, autorizada a funcionar en otro Estado miembro, es automáticamente reconocida a los efectos de firmar un concierto, no parece haber ninguna barrera legal que impida a las cajas concluir tales conciertos con profesionales y entidades establecidos en otros Estados miembros. Otra cosa es que, por sentido común y para facilitar la asistencia a sus afiliados cuando están enfermos, las cajas procuren firmar esos convenios con quienes puedan prestarla con un desplazamiento mínimo. De hecho, la firma de conciertos con profesionales y entidades radicados en las regiones de Bélgica y de Alemania fronterizas con los Países Bajos apunta en ese sentido, sin causar grandes trastornos por razón del idioma.

64. Retomando el examen de la exigencia de autorización, que no establece formalmente un régimen distinto para los profesionales de otros Estados miembros, debo recordar que, según el Tribunal, el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad de quien presta servicios, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos. [64]

65. En tal caso, el Tribunal entiende que la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas:

1) que estén justificadas por razones imperiosas ligadas al interés general y se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza tales actividades en el territorio del Estado de que se trate, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que esté sujeto el nacional comunitario en el Estado miembro en el que esté establecido;

63 — DO 1993, L 165, p. 1.

64 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12, y de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 16.

2) que sean necesarias para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y

3) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. [65]

66. El Arrondissementsrechtbank quiere saber si las razones imperiosas de interés general alegadas por los organismos demandados son suficientes para justificar el obstáculo a la libre prestación de servicios.

67. A lo largo de los años, el Tribunal ha elaborado una doctrina casuística sobre esas razones imperiosas. Puedo indicar, a título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, que ha reconocido como tales: la protección de la propiedad intelectual; [66] la necesidad de proteger a los destinatarios del servicio, que puede justificar el sometimiento del prestador de servicios a las normas profesionales del Estado miembro de acogida; [67] la protección social de los trabajadores; [68] la protección de los consumidores; [69] la lealtad de las transacciones comerciales; [70] una política cultural consistente en el mantenimiento de un sistema nacional de radio y de televisión que asegure el pluralismo; [71] la protección de una buena administración de la justicia; [72] la salvaguardia de la coherencia de un régimen tributario; [73] el mantenimiento de la buena reputación del sector financiero nacional; [74] la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; [75] la valoración de las riquezas arqueológicas, históricas y artísticas y la mejor difusión posible de los conocimientos relativos al patrimonio artístico y cultural de un país, [76] así como el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. [77]

65 — Sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 27; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartados 17 y 18, y de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartados 29 a 31.

66 — Sentencia de 18 de marzo de 1980, Coditel (62/79, Rec. p. 881), apartado 18.

67 — Sentencia Van Wesemael, citada en la nota 42 *supra*, apartado 28.

68 — Sentencias Webb, citada en la nota 29 *supra*, apartado 19; de 3 de febrero de 1982, Seco (asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223), apartado 14; de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa (C-113/89, Rec. p. I-1417), apartado 18; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Rec. p. I-3803), apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905), apartado 16.

69 — Sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Francia (220/83, Rec. p. 3663), apartado 20; Comisión/Dinamarca (252/83, Rec. p. 3713), apartado 20; Comisión/Alemania, citada en la nota 14 *supra*, apartado 30; Comisión/Irlanda (206/84, Rec. p. 3817), apartado 20; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727), apartado 21, y de 9 de julio de 1997, Parodi (C-222/95, Rec. p. I-3899), apartado 32.

70 — Sentencia de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop, (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843), apartado 53.

71 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 23 y 25; de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 30, y de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487), apartado 15.

72 — Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511), apartado 36.

73 — Sentencias de 28 de enero de 1992, Comisión/Bélgica (C-300/90, Rec. p. I-305), apartado 21, y Bachmann, citada en la nota 15 *supra*, apartado 28, y de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), apartado 16.

74 — Sentencia de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 44.

75 — Sentencia de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartado 20.

76 — Sentencias de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia (C-154/89, Rec. p. I-659), apartado 17, y Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727), apartado 21.

77 — Sentencia Kohll, citada en la nota 11 *supra*, apartado 41.

68. Las razones imperiosas de interés general alegadas por los organismos demandados son, en resumen, las siguientes:

— mantener la infraestructura y el equilibrio financiero del sistema de conciertos, que permita controlar los gastos, el volumen y la calidad en la sanidad;

— asegurar una asistencia sanitaria al alcance de todos;

— garantizar un número suficiente de médicos, de instalaciones y de camas de hospital buscando el equilibrio que evite tanto las listas de espera (que suponen una limitación del acceso a la asistencia sanitaria), como un despilfarro de los recursos económicos (que, en la sanidad, son muy limitados), para lo que se impone regular el acceso a los hospitales;

— limitar el número de enfermos que se desplazan al extranjero y evitar una afluencia elevada de pacientes foráneos, por las distorsiones que se ocasionarían en el uso de las instalaciones hospitalarias.

Los Estados miembros que han intervenido en este procedimiento avanzan, como razones imperiosas de interés general para mantener la exigencia de autorización, además de algunas de las ya citadas, la necesidad de que las cajas aseguradoras puedan controlar el gasto; el respeto a la potestad de cada Estado de establecer las prioridades sanitarias en función de los medios de que dispone y de las necesidades de su población; y el respeto del principio de igualdad entre los asegurados, que quebraría en perjuicio de los menos pudientes, pues no podrían trasladarse a otro Estado sin preocuparse del gasto que supone.

69. Todas estas razones se pueden subsumir en tres, a saber, mantener el equilibrio financiero del régimen del seguro obligatorio de enfermedad; garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual, y asegurar la capacidad de asistencia y la competencia médica necesarias en el territorio nacional.

70. Estas tres razones ya fueron examinadas por el Tribunal en la sentencia Kohll, cuando consideró que el riesgo de un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social podía constituir una razón imperiosa de interés general, susceptible de justificar la exigencia de autorización para que un asegurado recibiera asistencia en el extranjero.[78] En cuanto a la necesidad de garantizar un

78 — Citada en la nota 11 *supra*, apartado 41.

servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual, y al propósito de asegurar la capacidad de asistencia y la competencia médica adecuadas en el territorio nacional, estimó que podían vincularse a las excepciones por razones de salud pública del artículo 56 del Tratado, que permiten restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios. [79]

71. No se discute, pues, que esas tres razones sean válidas para justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios como es la controvertida exigencia de autorización, cuando, como en el presente caso, se aplica indistintamente a los prestadores nacionales y a los que están establecidos en el extranjero, sino la necesidad de esa exigencia para garantizar la realización de los objetivos que persigue y si cumple con el principio de proporcionalidad.

72. Intentaré disipar estas dudas. En los regímenes como el que estoy examinando, que conceden a los asegurados prestaciones en especie, las cajas de enfermedad gestionan su presupuesto mediante la firma de conciertos con profesionales y entidades sanitarias, en los que se establecen tanto las prestaciones contratadas como la disponibilidad de servicios y la contribución económica que las cajas se comprometen a aportar. Se asegura así, por adelantado, la financiación de toda la asistencia sanitaria que necesiten los asegurados a lo largo de un año, tanto en consultas externas como en centros hospitalarios, de suerte que las cajas no deban, en principio, hacer frente a pagos suplementarios.

En estas circunstancias, la exigencia de autorización constituye, a mi entender, no sólo un medio necesario y proporcionado para alcanzar el objetivo de mantener el equilibrio financiero del sistema, sino el único de que disponen las cajas de enfermedad para controlar los pagos a un prestador no concertado por la asistencia sanitaria, que ya habían abonado a los prestadores concertados, lo que implica una carga financiera adicional. Me parece evidente que en un régimen de seguridad social en el que los medios, los profesionales y las entidades sanitarias están preestablecidos, las cajas de enfermedad deben confiar en que, salvo contadas excepciones y con su consentimiento, la asistencia que necesiten los asegurados se dispensará, precisamente, por esos profesionales y entidades, con independencia de que estén radicados en territorio nacional o en el extranjero.

79 — *Ibidem*, apartados 50 y 51.

73. Quiero añadir que, en un régimen de prestaciones en especie como el que estoy examinando, no cabe la distinción que hacía el Abogado General Sr. Tesauro en el punto 59 de las conclusiones que presentó en los asuntos Decker [80] y Kohll, [81] entre las prestaciones efectuadas por profesionales liberales y las que se dispensan en las estructuras hospitalarias. En mi opinión, el recurso de los asegurados a la utilización de medios no concertados supone para la caja una carga financiera adicional en todos los casos. Por esta razón, considero que la exigencia de una autorización previa está justificada.

74. Creo que tanto el objetivo de garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, como el de mantener la capacidad de asistencia y la competencia médica esencial en el territorio nacional, aparte de estar intrínsecamente ligados al método de financiación del sistema, pueden subsumirse en las razones de salud pública que, de acuerdo con el artículo 56, pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios, como ya apreció el Tribunal en los apartados 50 y 51 de la sentencia Kohll. [82] Pero, a diferencia de lo sucedido en ese asunto, en el presente caso se ha demostrado que, debido a la estructura del régimen del seguro obligatorio de enfermedad neerlandés, basado en una concertación previa y global con los profesionales y las entidades sanitarias sobre los medios técnicos, de capacidad hospitalaria y de recursos humanos, la exigencia de autorización resulta justificada para que las cajas estén informadas de las necesidades de asistencia suplementaria que se presenten, con el fin de corregir las desigualdades detectadas.

75. De las reflexiones precedentes cabe deducir que una caja de enfermedad puede legítimamente denegar a un asegurado la autorización para recibir asistencia sanitaria no concertada, en el extranjero, por la razón de que existe en territorio nacional un profesional o una entidad con la que ha firmado un concierto que puede prodigarle los cuidados necesarios.

D. *Sobre la aplicación del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71*

76. A pesar de que el órgano jurisdiccional nacional no se ha interesado por la interpretación del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), y apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 1408/71, conviene dedicarle algunas líneas. Como se recordará, esa norma reconoce al trabajador afiliado en un Estado miembro, que es autorizado por la institución competente para desplazarse a otro con objeto de recibir asistencia sanitaria, el derecho a disfrutar de las prestaciones que necesite, por cuenta de la institución competente y

80 — Citado en la nota 10 *supra*.
81 — Citado en la nota 11 *supra*.
82 — *Ibidem*.

con arreglo a las disposiciones de la legislación del Estado en que se realicen las prestaciones. No cabe denegar la autorización si la asistencia figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y siempre que, habida cuenta de su estado de salud actual y de la evolución probable de la enfermedad, no se le pueda dispensar en dicho Estado, en el plazo normalmente necesario.

77. Esta norma regula el supuesto concreto del traslado del asegurado a otro Estado miembro, para recibir la asistencia con arreglo a las disposiciones de ese Estado, corriendo la institución competente con los gastos ocasionados. Esta hipótesis se diferencia netamente del caso examinado en el asunto Kohll, en el que el beneficiario recibía la asistencia en otro Estado miembro, pero la institución competente sólo reembolsaba la tarifa del Estado de afiliación.

78. Las condiciones que imponen las cajas de enfermedad de los Países Bajos para conceder la autorización de tratamiento por un profesional o por un centro hospitalario no concertado, a saber, que el tratamiento sea considerado como prestación cubierta por el seguro obligatorio de enfermedad y que, dentro del concierto, no se pueda dar al paciente la asistencia que su estado de salud requiere, en un tiempo prudencial, coinciden con las que figuran en este artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 para autorizar el tratamiento en el extranjero. Observo, también, que en la propuesta que la Comisión presentó al Consejo, que tiene como finalidad la simplificación del Reglamento nº 1408/71, [83] el artículo 22 pasaría a ser el artículo 18, y se cambiaría la formulación negativa actual «la autorización no podrá ser denegada» por la fórmula más positiva «la autorización deberá ser concedida», pero se mantendrían las actuales exigencias, a saber, que se trate de una prestación cubierta y que haya urgencia en aplicar el tratamiento. [84]

79. En mi opinión, se trata de una norma que sigue siendo válida y que ha de ser aplicada [85] en paralelo con la jurispruden-

83 — Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social COM/98/0779 final (DO C 38, p. 10).

84 — El texto que se propone es el siguiente: «Autorización para recibir asistencia adecuada fuera del Estado competente. La persona autorizada por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en éste un tratamiento adecuado a su estado de salud se beneficiará de las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplica. La autorización deberá ser concedida cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro competente o en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, esa asistencia no pueda serle dispensada en el plazo necesario.»

85 — En el mismo sentido, véase Cornelissen, R.: «The principle of territoriality and the Community regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)», *Common Market Law Review*, 1996, 33 pp. 439 a 471, especialmente, pp. 465 y 466.

cia sentada por el Tribunal en sus sentencias Decker [86] y Kohll [87] para un régimen de seguridad social como el luxemburgués, y que no se puede trasponer a todos los demás regímenes de los Estados miembros, a la vista de la diversidad que los caracteriza.

Quiero añadir, a este respecto, que me parece lamentable que las instituciones competentes de los Estados miembros apliquen esta norma de manera tan restrictiva y que concedan tan pocas autorizaciones cada año, cuando puede resultar un instrumento inapreciable, bajo su control, para reducir las largas listas de espera a las que se enfrentan los pacientes en algunos Estados miembros. De esta manera, podrían obtener asistencia sanitaria en otro Estado miembro, invocando el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, o recurriendo directamente a la jurisprudencia Decker y Kohll, sin que debieran correr el riesgo, al regresar al Estado en el que residen, de que se les denegara el reembolso. [88]

80. El fenómeno del llamado «turismo clínico-social», por el que los pacientes, normalmente en buena situación económica, buscan un mejor tratamiento médico es conocido en todos los tiempos, antes de que se constituyera la Unión Europea. En el año 1911, el escritor alemán Thomas Mann, acompañado de su esposa, que se hallaba enferma, se estableció en un sanatorio de Davos, Suiza. En contacto con los pacientes que acuden de todas las naciones en busca de salud a aquel establecimiento de naturaleza montañosa y salvaje, concibió su genial obra «La montaña mágica» (1924), en la que se pone de relieve ese ir y venir para lograr la atención sanitaria más conveniente. [89] Ese «turismo clínico-social» es una razón añadida para que se dé una apertura por parte de las instituciones competentes a la hora de autorizar a sus asegurados el desplazamiento a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria, de manera que, sin poner en peligro el equilibrio financiero de los sistemas, se mantenga el principio de igualdad de todos los asegurados en el acceso al grado más elevado posible de cuidados médicos. [90]

86 — Citada en la nota 10 *supra*.

87 — Citada en la nota 11 *supra*.

88 — Van der Mei, A.P., *op. cit.*, pp. 286 y 287, afirma, sobre este particular: «In all other cases authorisation may be refused. The Regulation thus leaves it largely to the Member States to decide whether or not authorisation is given and in practice, authorisation is indeed usually refused. National laws and regulations limit the number of circumstances in which the health (insurance) institutions may grant authorisation, and within these limits the relevant institutions appear to follow rather strict authorisation policies.»

89 — «Había allí habituales del solarium, de nacionalidades diferentes [...] muchachos de diecisiete años que llevaban monóculo, entre ellos un joven holandés con lentes, de cara rosada y con una pasión maniática por el cambio de sellos, algunos griegos con fijapelo [...] el mexicano jorobado, cuya ignorancia de las lenguas allí representadas le daba una expresión de sordo [...]» Mann, T.: «La montaña mágica», Ed. Plaza y Janés SA, Barcelona, 1996, 4.ª ed., p. 320, traducción de Mario Verdaguer.

90 — Según Le Grand, J: «La asistencia sanitaria y la construcción del mercado único: perspectiva y problemática», *Mercado único europeo y seguridad social*, Madrid, 1993, pp. 332 y 333, el turismo social puede inducir, a los Estados que pierdan enfermos en favor de otros sistemas sanitarios, a mejorar sus servicios médicos. Sin embargo, apunta que la posibilidad de que esto ocurra en la práctica dependerá del sistema de retribución de los servicios médicos: si se basa en honorarios derivados de los servicios prestados, su incentivo consistirá en atender a tantos enfermos como sea posible; si la retribución depende del número de personas que tengan en sus listas, el estímulo será mantener en esas listas a pacientes relativamente sanos y enviar a los enfermos que requieran tratamientos costosos a los sistemas sociales de otros países; por último, si la retribución es un sueldo, el incentivo radicará en intentar tener el menor número posible de enfermos. En su opinión, estas dos últimas situaciones pueden dar lugar a un turismo social inducido por las personas que prestan los servicios, que procurarán persuadir a sus pacientes para que acudan a otros lugares, inclusive, a otros Estados miembros, con el fin de recibir tratamiento.

IX. Conclusión

81. En atención a lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Arrondissementsrechtbank Roermond de los Países Bajos de la siguiente manera:

«1) Las prestaciones de asistencia sanitaria en especie, que concede a sus asegurados un régimen de seguro obligatorio de enfermedad como el de los Países Bajos, carecen del elemento de la retribución y no constituyen, por tanto, servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE). En ese caso, los artículos 59 (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado no se oponen a que las cajas de enfermedad obliguen a sus asegurados a solicitar una autorización para poder recibir prestaciones de un profesional o de una entidad con los que no han firmado concierto de asistencia sanitaria.

2) Si, por el contrario, se admite la hipótesis de que dichas prestaciones son servicios en el sentido del artículo 60 del Tratado, la referida exigencia de autorización constituiría, en la práctica, un obstáculo a la libre prestación de servicios, pero habría de ser considerada como un medio necesario y proporcionado para mantener el equilibrio financiero del sistema, para garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, y para asegurar la capacidad de asistencia y la competencia médica esencial en el territorio nacional.»