CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 11 de enero de 2007 [1]

I. Introducción

1. Desde hace tiempo, el Tribunal de Justicia ha de resolver las dudas interpretativas originadas por la movilidad de los enfermos dentro de la Comunidad y por la financiación de las prestaciones transfronterizas de los servicios médicos.

2. Ahora se añade un eslabón más a la cadena con las cuestiones prejudiciales planteadas por el Dioikitiko Protodikeio (tribunal contencioso-administrativo de primera instancia) de Atenas, al amparo del artículo 234 CE, acerca de la incidencia del artículo 49 CE en la legislación griega que excluye el reembolso de los gastos de tratamiento en las clínicas extranjeras privadas, salvo en el caso de los menores de catorce años.

3. En concreto, se pretende dilucidar si esa exclusión constituye una traba a la libre prestación de servicios; si se justifica por razones imperiosas de interés público, como la necesidad de evitar un perjuicio grave para el equilibrio económico del sistema de seguridad social nacional o de garantizar una atención adecuada y accesible a todos; y si resulta proporcionada al fin perseguido.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

4. La acción de la Comunidad, en este ámbito, implica, según la letra c) del apartado 1 del artículo 3 CE, «un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales». Estos tres últimos aspectos se desarrollan en el título III de la tercera parte del Tratado.

1 — Lengua original: español.

5. Dentro del capítulo 3, dedicado a los «servicios», el artículo 49 CE, primer párrafo, enuncia el principio general:

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

[...]»

6. Ese principio ha de completarse con lo señalado en el artículo 50 CE:

«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:

a) actividades de carácter industrial;

b) actividades de carácter mercantil;

c) actividades artesanales;

d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.»

B. *La normativa griega*

1. Disposiciones legales

7. El apartado 1 del artículo 40 de la Ley nº 1316/1983, [2] modificado por el artículo 39 de la Ley nº 1759/1988, [3] permite la asisten-

2 — FEK A' 3.
3 — FEK A' 50.

cia en el extranjero de las enfermedades excepcionalmente graves que sufran, entre otros, «los asegurados pertenecientes a los organismos o servicios de seguridad social dependientes del Ministerio de Salud, Bienestar y Seguridad Social» [letra c)], para lo que, según el apartado 2, han de obtener una autorización, concedida tras el dictamen de una comisión sanitaria que, a tenor del apartado 3, aprecia la necesidad de la atención médica.

8. Conforme al apartado 4, por orden del ministro de Salud, Bienestar y Seguridad Social se determinan el modo y el procedimiento de autorización del tratamiento del enfermo, del eventual donante y de un acompañante, el tipo y la extensión de las prestaciones, el importe de los gastos, precisando la eventual contribución del asegurado, así como cualquier otro detalle que requiera la aplicación del precepto.

2. Disposiciones reglamentarias

9. La habilitación legal referida sirvió de base a la Orden Ministerial nº F7/oik. 15, de 7 de enero de 1997,[4] que regula el tratamiento en otros países de los asegurados por los entes y los órganos asistenciales en materia de enfermedad, al margen de su denominación y de su forma legal, subordinados a la Geniki Gramateia Koinonikon Asfaliseon (secretaría general de la seguridad social; en lo sucesivo, «GGKA»).

10. Con el mismo apoyo jurídico, la Orden Ministerial nº 35/1385/1999[5] aprobó el Reglamento de la rama sanitaria del Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmation (organismo asegurador de los profesionales liberales; en lo sucesivo, «OAEE»).

a) La Orden de 1997

11. En el ámbito de la GGKA, el artículo 1 de la Orden de 1997 asume el importe de las curas en otros Estados, siempre que «el asegurado:

a) padezca una enfermedad grave que no pueda ser asistida en Grecia, porque no

4 — FEK B' 22.

5 — FEK B' 1814.

existan los medios científicos adecuados o porque no se aplique el método específico de diagnóstico y de tratamiento prescrito;

b) sufra una enfermedad grave imposible de ser cuidada a tiempo en Grecia, si el retraso pusiera en peligro su vida;

c) parta urgentemente al extranjero, sin seguir el procedimiento de autorización previa para que su caso se dictamine de inmediato;

d) se encuentre provisionalmente en un país extranjero y, debido a un hecho violento, fortuito e inevitable, enferme de repente, acudiendo a una instalación médica».

En todos estos supuestos ha de preceder una autorización informada por las comisiones sanitarias especiales, si bien en los dos últimos cabe su concesión *a posteriori*.

12. De acuerdo con el apartado 6 del artículo 4, «no se cubrirán los gastos devengados en clínicas privadas extranjeras, salvo si afectan a niños».

b) La Orden de 1999

13. El apartado 1 del artículo 13 de esta Orden califica de atención médica la asistencia al paciente en los hospitales públicos y en los privados concertados con el OAEE.

14. El apartado 1 del artículo 15 reconoce el derecho de los asegurados del OAEE «al tratamiento en el extranjero, mediando resolución del administrador y autorización de la comisión sanitaria especial, siempre que cumplan los requisitos expuestos en cada una de las referidas órdenes ministeriales». El apartado 2 enuncia los «gastos reembolsables», entre los que incluye en la letra a) los generados en «hospitales estatales foráneos», advirtiendo de que «no se reembolsarán los gastos en sanatorios privados de

otro país, excepto en el caso de los niños menores de catorce años».

III. Los hechos, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales

15. Dimitrios Stamatelakis se encontraba inscrito en el Tameio Asfalisesos Emboron (caja aseguradora de los comerciantes; en lo sucesivo, «TAE»). Padecía un cáncer de vejiga, por lo que del 18 de mayo al 12 de junio y del 16 al 18 de junio de 1998 estuvo ingresado en la clínica privada London Bridge Hospital de Gran Bretaña, a la que abonó 13.600 libras esterlinas.

16. Cursada una solicitud de reembolso de esa suma ante el Polymeles Protodikeio (tribunal de primera instancia) de Atenas, le fue denegada el 26 de abril de 2000, al entender que el asunto correspondía a la justicia administrativa.

17. Tras el fallecimiento del interesado, el 29 de agosto de 2000, su viuda, única heredera legal, demandó el reintegro ante el OAEE, que había sustituido al TAE.[6] La resolución nº St/4135/00 desestimó la petición y la nº 392/2/248, de 18 de septiembre de 2001, el recurso de reposición deducido contra la anterior, con el argumento de que no cabe el resarcimiento del coste de la asistencia en centros privados extranjeros.

18. Interpuesto recurso-reclamación económico-administrativa, el Dioikitiko Protodikeio de Atenas ha suspendido el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye una limitación del principio de libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad, garantizado por los artículos 49 CE y siguientes, una normativa nacional que, por un lado, excluye en cualquier caso, salvo en el de los niños menores de catorce años, el reembolso por las entidades aseguradoras del país de los gastos de tratamiento de sus asegurados en una clínica extranjera privada, mientras que, por

6 — El apartado 1 del artículo 4 de la Ley nº 2676/1999 (FEK A' 1) suprimió el TAE y otorgó sus atribuciones al OAEE.

otro lado, admite que –mediando previa autorización– se reembolsen esos gastos, si el tratamiento tiene lugar en una clínica extranjera pública, siempre que el asegurado no pueda recibir una atención adecuada inmediata en una clínica concertada con su entidad aseguradora?

2) Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿cabe considerar que dicha limitación se impone por razones imperiosas de interés público, como, en particular, la necesidad de evitar un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social griego o de garantizar una atención hospitalaria y médica equilibrada y accesible a todos?

3) Si la respuesta a la segunda cuestión también fuera afirmativa, ¿cabe estimar que una limitación de este tipo está permitida, en el sentido de que no vulnera el principio de proporcionalidad, por no exceder lo objetivamente requerido para conseguir el fin que se propone y porque tal resultado no se obtendría con normas menos coercitivas?»

IV. El trámite ante el Tribunal de Justicia

19. Han depositado observaciones escritas, dentro del plazo fijado por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, los Gobiernos de Grecia y de Bélgica, así como la Comisión.

20. En la vista, celebrada el 29 de noviembre de 2006, han comparecido, para formular verbalmente sus alegaciones, el representante del Gobierno griego, el del neerlandés y el agente de la Comisión.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Observaciones preliminares*

21. Antes de abordar las cuestiones del órgano judicial remitente, hay que detenerse en el precepto comunitario que las encuadra

y en la jurisprudencia recaída sobre la asistencia hospitalaria transfronteriza.

1. Delimitación de la norma comunitaria de referencia

a) El artículo 49 CE y el artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71

22. El Gobierno belga exige la delimitación de las disposiciones europeas pertinentes en el litigio principal y propone al efecto el Tratado y el Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, [7] citando, en concreto, el artículo 22 de ese Reglamento, que versa sobre la asistencia en otro Estado miembro. Se apoya en los apartados 30 y 31 de la sentencia de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros, [8] a cuyo tenor, la circunstancia de que la denegación de la autorización previa para ser atendido en el extranjero se base en los criterios de la legislación nacional, y no en los del Reglamento nº 1408/71, no relega totalmente esta norma comunitaria.

23. El Tribunal de Justicia examinó la relación entre los preceptos indicados con ocasión de la pregunta de un órgano jurisdiccional francés sobre su compatibilidad. La sentencia de 23 de octubre de 2003, Inizan, [9] siguiendo las conclusiones que redacté en el asunto, admitió la concordancia de ambas reglas. [10]

24. Según explico en esas conclusiones, las dos disposiciones se compaginan, aunque abarcan supuestos dispares y conducen a soluciones diversas (punto 31).

7 — DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98; modificado frecuentemente. El Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1), lo deroga una vez entre en vigor su Reglamento de aplicación, todavía sin aparecer, aunque la Comisión ha preparado una propuesta [COM(2006) 16 final].

8 — Asunto C-368/98, Rec. p. I-5363.

9 — Asunto C-56/01, Rec. p. I-12403.

10 — La presencia de las dos vías a partir de la sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), se ha constatado también en la doctrina; Jorens, Y., Couchier, M., y Van Overmeiren, F., *Access to Health Care in an Internal Market: Impact for Statutory and Complementary Systems. Background Report to the International Conference, Luxembourg, 8 april 2005*, Universidad de Gante, 2005, p. 10; Mavridis, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne — Étude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2003, p. 135. Simon, A.C., «La mobilité des patients en droit européen», en Nihoul, P., y Simon, A.C., dir., *L'Europe et les soins de santé*, Ed. Larcier, Bruselas, 2005, p. 164, conceptúa al artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 de árbol que, hasta la sentencia Kohll, no dejaba ver el bosque de los derechos de los enfermos derivados de la libre prestación de servicios.

25. Por una parte, «el ámbito de aplicación personal del artículo 49 CE y el del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 no coinciden, siendo más reducido el del segundo que el del primero. El artículo 49 CE concierne a todos los nacionales de los Estados miembros por el hecho de estar establecidos en la Comunidad, mientras que el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 sólo beneficia a los ciudadanos de la Unión y a sus familias, que estén asegurados en alguno de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros» (punto 27).

26. Por otra parte, «hay diferencias importantes para los pacientes atendiendo a que recurran al procedimiento diseñado por el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 o a que invoquen directamente el artículo 49 CE» (punto 28); mientras el Reglamento «funciona exclusivamente entre instituciones de seguridad social», imponiendo «criterios uniformes sobre las condiciones en las que no puede denegarse la autorización y contribuye a facilitar la libre circulación de los beneficiarios de un régimen legal de seguridad social» (punto 29), el Tratado «faculta a todos los nacionales de los Estados miembros [...] para solicitar el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de los gastos sanitarios causados en otro Estado miembro sin autorización» (punto 30).

27. Estas mismas ideas guían mis reflexiones sobre las pautas jurídicas para resolver este asunto.

b) La disposición aplicable al litigio principal

28. El auto de remisión omite cualquier alusión al Reglamento nº 1408/71, pero contiene algunos datos que insinúan su posible empleo: la inscripción del Sr. Stamatelaki en el TAE y la posterior reclamación al OAEE.

29. El sistema griego de seguridad social se caracteriza por la existencia de numerosas instituciones públicas encargadas de cubrir los distintos sectores de la población, según criterios profesionales. El paso del tiempo ha propiciado la disminución del número de organismos, concentrando las labores en el Idrima Koinonikon Asfaliseon (instituto de la seguridad social; en lo sucesivo, «IKA») para los asalariados y en el OAEE para los autónomos, así como para quienes ejercen actividades liberales. [11]

30. El OAEE, persona jurídica de derecho público que absorbió al TAE, cubre obligatoriamente a los comerciantes, a los artesanos, a los conductores y a los hosteleros. [12] El artículo 2 del Reglamento nº 1408/71 men-

11 — *Le système hellénique de la sécurité sociale*, Ministerio de Trabajo y de Seguros Sociales, Secretaría General de la Seguridad Social, Atenas, 2002, pp. 20 y ss. El texto se encuentra en http://www.ggka.gr/france/asfalistikofr_menu.htm.

12 — *Le système hellénique*, *op. cit.*, p. 26.

ciona a los trabajadores por cuenta propia, por lo que cabe imaginar que atañe a las personas integradas en el OAEE.

31. Ahora bien, como indica la Comisión, nada en las actuaciones sugiere que el interesado solicitara una aprobación previa con arreglo al artículo 22 del Reglamento nº 1408/71; tampoco se advierten las causas de que no lo hiciera. Incluso en la hipótesis de que la pidiera, conviene traer a colación que, a tenor de la jurisprudencia, el precepto se propone que el asegurado autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para una terapia disfrute de la asistencia sanitaria, a expensas de la institución competente, conforme a la legislación del lugar en el que se realice, sin regular el reembolso, según las tarifas vigentes en el Estado competente, del importe abonado por aquellas prestaciones. [13]

32. Pero las dudas del juez nacional no nacen de un sistema de autorización, sino de que, con la excepción de los menores de catorce años, la cura en centros privados extranjeros corre siempre a cargo del paciente.

33. Además, la sentencia Vanbraekel y otros declaró que, en algunas situaciones, el interesado, de acuerdo con el artículo 49 CE, tiene derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado miembro en condiciones de cobertura diferentes a las del referido artículo 22 (apartados 37 a 53). [14]

34. En esta tesitura, las preguntas del órgano de reenvío merecen ser estudiadas a la luz del artículo 49 CE, que, no se olvide, representa una expresión singular del principio de igualdad de trato.

2. La asistencia hospitalaria en la jurisprudencia

35. Quienes han depositado observaciones en este proceso prejudicial destacan las sentencias de este Tribunal de Justicia en la materia. Parece oportuno recordarlas para comprender las cuestiones del Dioikitiko Protodikeio de Atenas.

13 — Sentencia de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera (C-466/04, sin publicar en la Recopilación); y las sentencias indicadas Kohll, apartado 27; así como Vanbraekel y otros, apartado 36.

14 — La sentencia de 16 de mayo de 2006, Watts (C-372/04, Rec. p. I-4325), apartados 46 y 47, reitera esta tesis.

36. De entrada, la libre prestación de servicios engloba las atenciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración, [15] tanto dentro como fuera de un hospital; [16] también engloba la libertad de los destinatarios de desplazarse a otro Estado miembro para someterse allí a los cuidados precisos. [17]

37. En el asunto de autos consta que el Sr. Stamatelaki pagó directamente a la clínica británica, sin que la circunstancia de que con posterioridad instara el reembolso al OAEE convierta en inoperantes las normas del Tratado, [18] pues una prestación médica no deja de regirse por el artículo 49 CE porque el paciente solicite a un organismo nacional de salud el reintegro de los gastos satisfechos. [19]

38. El derecho comunitario no restringe la competencia de las autoridades nacionales para organizar sus sistemas de seguridad social; [20] a falta de una armonización comunitaria, corresponde a la legislación de cada país determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones, [21] pero, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros han de respetar las normas europeas, [22] lo que significa no poder introducir o mantener en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de la libre prestación de servicios sanitarios. [23]

39. Por tanto, procede analizar si la prohibición griega de reintegrar el importe de la asistencia en clínicas privadas extranjeras menoscaba la mencionada libertad (primera cuestión prejudicial), si se justifica (segunda cuestión prejudicial) y si resulta proporcional al propósito que persigue (tercera cuestión prejudicial).

40. No obstante, aunque la jurisprudencia toma como principal referente las libertades

15 — Sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685), apartado 18; y las citadas sentencias Kohll, apartado 29; y Watts, apartado 86.

16 — Sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartado 53; de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509), apartado 38; y las mencionadas sentencias Vanbraekel y otros, apartado 41; Inizan, apartado 16; y Watts, apartado 86.

17 — Sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16; y la referida sentencia Watts, apartado 87.

18 — Sentencias Smits y Peerbooms, apartado 55; así como Müller-Fauré y van Riet, apartado 39.

19 — Sentencias Müller-Fauré y van Riet, apartado 103; y Watts, apartados 89 y 90.

20 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre (C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), apartado 6; y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27; así como la mencionada sentencia Kohll, apartado 17.

21 — Sentencia de 30 de enero de 1997, Stöber y Piosa Pereira (C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 36; y la reiterada sentencia Kholl, apartado 18.

22 — Sentencias Smits y Peerbooms, apartados 44 a 46; Müller-Fauré y van Riet, apartado 100; Inizan, apartado 17; y Watts, apartado 92.

23 — Según González Vaqué, L., «La aplicación del principio fundamental de la libre circulación en el ámbito de la Seguridad Social: la sentencia Decker», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 5, Madrid, 1999, pp. 129 y ss., la doctrina del Tribunal de Justicia aúna suficientes elementos para limitar las eventuales consecuencias negativas que causaría a corto o a medio plazo.

fundamentales del Tratado, hay otra faceta cada vez más importante en el ámbito comunitario, el derecho de los ciudadanos a la atención sanitaria, proclamado en el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [24] pues «la salud, al ser un bien muy preciado, no ha de considerarse exclusivamente en la perspectiva de los gastos sociales y las dificultades económicas latentes». [25] Este derecho se configura con carácter personal, al margen de la relación del sujeto con la seguridad social, [26] sin que el Tribunal de Justicia pueda ignorar tal aspecto.

B. *La existencia de una restricción a la libre prestación de servicios*

41. El Gobierno belga y la Comisión sostienen que la legislación helena restringe la libre prestación de servicios pues, aunque no impide dirigirse a sanatorios privados de otros Estados miembros, disuade a sus potenciales usuarios de hacerlo, ya que, si son mayores de catorce años, asumen el coste del tratamiento.

42. Por el contrario, Grecia no ve la concurrencia de traba alguna, puesto que su normativa sólo prevé la restitución cuando la asistencia se ha dispensado en un hospital privado concertado de su territorio. La negativa generalizada a asumir los gastos, sin distinguir el emplazamiento de la clínica, implica que nada cabría objetar en el plano comunitario.

43. Me parece atinada la premisa de esta alegación, pero no el desarrollo ni el colofón.

44. El juez de reenvío ha planteado las cuestiones ponderando las posibilidades de reembolso según que la hospitalización haya acaecido en centros extranjeros públicos o privados. Tal razonamiento, esgrimido por Bélgica y, en parte, por la Comisión, prescinde del vínculo entre la libre prestación de servicios y la libertad de desplaza-

24 — DO 2000, C 364, p. 1. El precepto enuncia que «toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones descritas por las legislaciones y las prácticas nacionales. Al definirse y ejercitarse todas las políticas y las acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana», su contenido se reproduce en el artículo II-95 del Tratado por el que se instaura una Constitución para Europa (DO 2004, C 310, p. 1). La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la estrategia sanitaria de la Comunidad Europea [COM(2000) 285, final] comienza observando que «la población otorga una gran prioridad a su salud».

25 — Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La asistencia sanitaria», aprobado por el Pleno de los días 16 y 17 de julio de 2003 (DO C 234, p. 36).

26 — Cavas Martínez, F., y Sánchez Triguero, C., «La protección de la salud en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, Madrid, 2005, p. 28.

miento, que permite al artículo 49 CE prohibir las restricciones respecto de los nacionales establecidos en otro Estado miembro.

45. En el marco de la libre prestación de servicios hay dos territorios afectados que, en el litigio principal, se corresponden con el de la nacionalidad del Sr. Stamatelaki –Grecia– y con el del lugar donde se verificó la asistencia –Reino Unido–, de modo que, para apreciar una limitación a la libertad fundamental, se observa lo que el legislador estatal haya dispuesto para el reintegro, evaluando si el enfermo ha transitado; la situación se distorsiona cuando, como hace el auto de remisión, sólo se atiende a los centros públicos o privados del extranjero, prescindiendo de los del propio país; tal enfoque ignora el tránsito. La jurisprudencia ha reiterado que el artículo 49 CE se opone a una normativa nacional que dificulte más las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las puramente internas. [27]

46. Por tanto, sugiero reformular las cuestiones prejudiciales, pues coincido con el representante de Grecia en que procede examinar las hipótesis de que sus nacionales obtengan el importe de la hospitalización en los centros privados de su país y no prescribe nada para los cuidados en dispensarios extranjeros de cualquier naturaleza. Mi discrepancia estriba en constatar que las normas helenas son más rigurosas para quienes viajan a otros Estados de la Comunidad.

47. Por un lado, la regulación no prevé un eventual acuerdo entre la clínica particular y la sanidad pública extranjera, a diferencia de lo que sucede en el marco doméstico. De esta manera, si alguien acude a un sanatorio privado concertado de Grecia, no desembolsa nada; pero, si va a uno de iguales características en otro país, debe pagar la factura. La afirmación del Gobierno griego de que en este caso –así como cuando se emplea el formulario E 112– [28] el paciente no

27 — Sentencia de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17; y las citadas sentencias Kohll, apartado 33; Smits y Peerbooms, apartado 61; y Watts, apartado 94.

28 — De la Decisión 94/604/CE, nº 153 de la Comisión administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores migrantes, de 7 de octubre de 1993, relativa a los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CEE) nº 574/72 (E 001, E 103-E 127) (DO 1994, L 244, p. 22), se desprende que el formulario E 112 se requiere para aplicar el artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento nº 1408/71. A tenor de la sentencia de 12 de abril de 2005, Keller (C-145/03, Rec. p. I-2529), los formularios E 111 y E 112 persiguen «garantizar a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por esa institución que el titular de tales formularios tiene derecho a recibir en ese Estado miembro, durante el periodo señalado en el formulario, una asistencia cuyo coste incumbe a la institución competente» (apartado 49).

soporta el coste carece de fundamento, pues las Órdenes de 1997 y de 1999 niegan el reintegro, con la única salvedad de los menores de catorce años. [29]

48. Por otro lado, la oposición al resarcimiento de lo abonado en las clínicas privadas griegas ajenas a los convenios conoce una excepción, ya que el organismo asegurador abona la hospitalización de urgencia, cumpliendo ciertas formalidades. [30] Sin embargo, ninguna singularidad se recoge cuando la emergencia surge en el extranjero y objetivamente no se puede acudir a la sanidad pública del país donde el sujeto se encuentra. [31]

49. Así pues, la primera cuestión prejudicial merece una respuesta afirmativa, no porque se prevea la asunción del importe de la hospitalización en sanatorios públicos extranjeros y se niegue la de los privados, sino porque la exclusión de estos últimos, con la prerrogativa apuntada de los menores de catorce años, tiene una connotación más absoluta que cuando la prestación se ofrece en Grecia en condiciones similares, reduciendo las posibilidades de que las clínicas particulares de otros Estados comunitarios se ocupen de los enfermos griegos.

C. La justificación de la restricción

50. Detectada la traba a una libertad fundamental, procede averiguar si está justificada.

51. El Tribunal de Justicia ha reconocido algunas razones imperiosas de interés general para disculpar los obstáculos a la libre prestación de servicios en las clínicas, como el riesgo de un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, [32] el objetivo de mantener una sanidad de calidad, equilibrada y accesible a todos [33] o el sostenimiento de una capacidad de asistencia y de una competencia médica en el territorio nacional. [34]

29 — El agente heleno, al responder a las preguntas que le formulé en la vista, aclaró que la asunción por su país del cargo era «una práctica» anudada a la aceptación del formulario E 112, lo que ha de rechazarse en el asunto de autos, pues no desvirtúa el tenor de las reglas escritas ni en esta ocasión se ha utilizado el referido formulario. También manifestó ignorar que la seguridad social griega haya alcanzado algún concierto con hospitales privados de otros Estados miembros.

30 — Así consta en la información que se obtiene de las páginas electrónicas de la OAEE (http://www.oaee.gr/English/diafora/oaee.htm) y del IKA (http://www.ika.gr/fr/home.cfm) y lo confirmó el representante de Grecia en la vista.

31 — Desdentado Bonete, A., y Desdentado Daroca, E., «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 44, Madrid, 2003, p. 28.

32 — Sentencias Kohll, apartado 41; Smits y Peerbooms, apartado 72; Müller-Fauré y van Riet, apartado 73; y Watts, apartado 103.

33 — Sentencias Kohll, apartado 50; Smits y Peerbooms, apartado 73; Müller-Fauré y van Riet, apartado 67; y Watts, apartado 104.

34 — Sentencias Kohll, apartado 51; Smits y Peerbooms, apartado 74; Müller-Fauré y van Riet, apartado 67; y Watts, apartado 105.

52. En concreto, ha aprobado que el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización, su equipamiento y los servicios que procuran se programen para satisfacer diversas preocupaciones, entre otras, la de garantizar el alcance suficiente y permanente a una alta gama de atenciones o la de controlar los gastos y evitar el derroche de medios, principalmente, de los económicos, comprobada su insuficiencia, sin importar el modo de financiación. [35] Ha añadido que, si los pacientes acudieran libremente a centros de cualquier tipo, también a los no concertados, se comprometerían los esfuerzos de planificación. [36]

53. En el asunto de autos, las razones indicadas sirven de pretexto al juez remitente y a buena parte de las observaciones presentadas en este proceso prejudicial, para orientar el debate hacia la disyuntiva sanidad pública/sanidad privada, que se debería soslayar, pues, según he reflejado en puntos precedentes, no se halla en la base de la restricción de la libertad fundamental comunitaria; además, en ese debate confluyen circunstancias de variada índole, singularmente, extra jurídicas.

54. En el plano de la asistencia hospitalaria privada –bien en Grecia, bien en otro Estado miembro–, excluir las prestaciones en los hospitales particulares concertados de otras naciones o las urgencias, se compagina mal con las anteriores justificaciones, cuando los gastos sólo se asumen si se devengan en un establecimiento del país o si la emergencia acaece en su territorio.

55. Las derivaciones económicas y la cobertura sanitaria se proyectan de igual forma en ambas situaciones. Pongo el ejemplo de un ciudadano griego que sufre un accidente y que, ante la gravedad de sus heridas, la ambulancia lo lleva inconsciente al centro sanitario más próximo, que resulta ser privado. Me imagino la perplejidad del enfermo al enterarse de que, si el infortunio hubiera ocurrido en Grecia, se le dispensaría de abonar el tratamiento siempre que el centro haya suscrito un concierto o la actuación sea urgente, mientras que, si hubiera sucedido en otro sitio, habría de pagar, salvo que cuente con menos de catorce años y concurran los requisitos para el resarcimiento.

56. Las razones aducidas ceden ante la libre prestación de servicios de los centros privados concertados extranjeros y ante el derecho a la salud.

35 — Sentencias Smits y Peerbooms, apartados 76 a 80; Müller-Fauré y van Riet, apartados 77 a 80; y Watts, apartados 108 y 109.

36 — Sentencias Smits y Peerbooms, apartado 81; y Watts, apartado 111.

57. Además, varios aspectos de la normativa helena contradicen esas razones. Así, es difícil de entender que la exclusión de los centros privados concertados extranjeros se sustente en la falta de control de la calidad de sus prestaciones por las autoridades griegas, pues esa vigilancia incumbe, de suyo, a las del país donde radiquen; [37] por el mismo motivo se rechazarían otras muchas actividades, socavando los cimientos comunitarios. El Tribunal de Justicia ha sostenido que, en el ámbito de la libre prestación de servicios, los médicos instalados en otros Estados miembros ofrecen garantías profesionales equivalentes [38] a las de los ubicados en el territorio nacional; [39] principio trasladable a los hospitales, en los que los médicos constituyen su elemento profesional fundamental.

58. Tampoco vislumbro explicación para el abono de la hospitalización privada de los menores de catorce años en el extranjero, ya que, admitiendo la aseveración del Gobierno griego de que la cobertura obedece a la idea de proteger una categoría de población sensible, ignoro la causa de que no abarque otros sectores que también reclaman un amparo especial, como el de los ancianos, el de los incapacitados o el de las embarazadas. [40] Además, en relación con los menores no juega el inconveniente de la imposibilidad de evaluar las prestaciones.

59. En consecuencia, no hay una excusa válida para limitar la libre prestación de servicios sanitarios en clínicas privadas de otros países comunitarios de modo más riguroso que en centros similares nacionales. Procede, pues, responder en sentido negativo a la segunda cuestión prejudicial.

D. *La proporcionalidad de la regla*

60. La proporcionalidad sugiere conveniencia y armonía entre la intención perseguida y las medidas acordadas para lograrla, pero, cuando esa intención no halla una justificación adecuada, como acontece en el caso de autos, carece de utilidad analizar la relación con las medidas. De ahí que, con acierto, el

37 — El representante de los Países Bajos propuso, en la vista, que el nivel se constatara mediante una declaración de los servicios competentes del país, pero, para las clínicas privadas concertadas, entiendo que la garantía va de suyo en el hecho de haber alcanzado el acuerdo con los organismos públicos de sanidad.

38 — Sin embargo, Molière, en su comedia, *Le Médecin malgré lui*, pone en boca de Valère que «siempre intentamos encontrar algún hombre hábil, algún médico diferente, capaz de brindar cierto alivio a la hija de nuestro patrón, presa de una enfermedad que le ha arrebatado de repente el habla. Varios médicos han agotado su ciencia con ella, pero a veces hay gente que conoce remedios prodigiosos que los demás ignoran; es lo que estamos buscando» (Obras completas, col. La Pleiade, Ed. Gallimard, París, 1971, acto I, escena IV, p. 231).

39 — Sentencias Keller, apartado 52; y Kholl, apartado 48.

40 — En la vista, el representante heleno no supo dar razones objetivas de la limitación a los menores.

órgano judicial remitente formule esta pregunta con carácter subsidiario.

61. No obstante, por si el Tribunal de Justicia encuentra una razón para cobijar la restricción, examino sucintamente la proporcionalidad.

62. Creo que, dejando aparte la situación de los niños, el ejemplo del punto anterior ilustra la desmesura de la prohibición absoluta de reembolso de los cuidados en clínicas privadas de otros Estados miembros, tanto con respecto a las que han celebrado acuerdos con las autoridades u organismos sanitarios públicos como cuando existe un riesgo vital.

63. Hay otros medios menos coercitivos y más respetuosos con la libertad comunitaria. Dado el enfoque propuesto de las cuestiones prejudiciales, bastaría con eliminar las diferencias en la regulación de los pagos por la asistencia en hospitales privados del extranjero.

64. Por tanto, también sería negativa la respuesta a la tercera cuestión prejudicial.

E. *Corolario y alternativa*

65. De las reflexiones precedentes se infiere que vulnera el artículo 49 CE una legislación nacional que permite al paciente repercutir la factura de su hospitalización en centros particulares concertados del país o cuando haya habido una urgencia, mientras que, salvo para los menores de catorce años, impide el reembolso si la terapia se lleva a cabo en clínicas privadas del extranjero, pues se limita de forma injustificada y desproporcionada la libre prestación de servicios y el derecho a la salud de los ciudadanos.

66. Ahora bien, ya he consignado en estas conclusiones que la infracción del derecho comunitario no proviene de que las normas helenas nieguen el reintegro del coste del tratamiento en las clínicas privadas extranjeras y lo acepten, con ciertas condiciones, en las públicas. No obstante, si el Tribunal de Justicia, siguiendo el discurso del Dioikitiko Protodikeio, se fijara en la distinta ordenación de los gastos hospitalarios generados fuera de Grecia, convendría añadir algunas reflexiones más.

67. En primer lugar, la movilidad de los pacientes en la Comunidad es uno de los aspectos del debate general sobre la asistencia sanitaria que preocupa más a las Instituciones y a los Estados miembros, [41] habida cuenta de la insuficiencia de medios presupuestarios, materiales y humanos para acometer la liberalización absoluta. [42] El Tribunal de Justicia sólo ha de velar por que se respete el ordenamiento jurídico, sin intentar sustituir la voluntad del legislador. [43]

68. En segundo lugar, no cabe duda de que la regulación griega desanima a los asegurados de los organismos públicos para dirigirse a centros privados de otros Estados, por lo que restringe la libre prestación de servicios, si se contempla al margen de lo que ocurre en el propio país.

69. En tercer lugar, la limitación se orienta, como resulta de los datos aportados por Grecia, a garantizar la viabilidad del sistema de seguridad social.

70. Finalmente, aunque excusables, las medidas son desproporcionadas, ya que, con la única singularidad de los menores, no prevén ninguna excepción, como las recogidas para la asistencia en hospitales públicos extranjeros, aunque queden sometidas al requisito de la autorización; tampoco diseñan baremos de reembolso. Los términos tan absolutos de la prohibición no se adecúan al objetivo perseguido, pues hay medios menos restrictivos y más respetuosos con la libertad fundamental e, insisto, con el derecho a la salud.

71. Por tanto, en esta perspectiva, una disposición nacional que excluye en cual-

41 — En el punto 80 de las conclusiones que presenté en el asunto en el que recayó la sentencia Smits y Peerbooms me refiero al «fenómeno del llamado "turismo clínico-social", por el que los pacientes, normalmente en buena situación económica, buscan un mejor tratamiento médico», poniendo como ejemplo al escritor alemán Thomas Mann, que acompañó a su esposa enferma a un sanatorio de Davos (Suiza), donde concibió *La montaña mágica*, «en la que se pone de relieve ese ir y venir para lograr la atención sanitaria más conveniente».

42 — El abogado general Geelhoed, en los puntos 19 a 24 de las conclusiones del asunto en el que se dictó la sentencia Watts, constata las tensiones de la fragmentación de los sistemas nacionales de asistencia sanitaria y de seguro de enfermedad, así como del modo de funcionamiento en el marco de un mercado interior común a veinticinco Estados miembros y describe los factores a los que aquellas tensiones obedecen, entre los que enumera el fomento de «la movilidad del paciente»; si bien la diversidad de esos sistemas no impide que compartan «principios comunes de solidaridad, equidad y universalidad» (Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Estados miembros, reunidos en el Consejo, de 19 de julio de 2002, sobre movilidad de los pacientes y evolución de la atención sanitaria en la Unión Europea, DO 2002, C 183, p. 1). En la doctrina, no faltan voces alertando de que la proyección de las libertades fundamentales sobre la protección social genera riesgos para la solidaridad (Mossialos, E., McKee, M., Palm, W., Kart, B., y Marhold, F., «L'influence de la législation de l'UE sur la nature des systèmes de soins de santé dans l'Union européenne», *Revue belge de sécurité sociale*, 2002, pp. 895 a 897).

43 — La Comisión ha lanzado, en septiembre de 2006, una consulta pública sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud para promover propuestas concretas a lo largo de 2007 (http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/patient_mobility_fr.htm).

quier situación, salvo en el de los niños menores de catorce años, el reembolso por las entidades nacionales de los gastos de tratamiento de sus asegurados en clínicas extranjeras privadas supondría una limitación a la libre prestación de servicios del artículo 49 CE, disculpable, pero que excede lo indispensable para lograr su propósito.

VI. Conclusión

72. Conforme a las consideraciones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Dioikitiko Protodikeio de Atenas, declarando que:

«Una normativa nacional que niega el reembolso por las entidades aseguradoras de los gastos de tratamiento de sus afiliados en las clínicas privadas extranjeras, salvo en el caso de los niños menores de catorce años, permitiéndolo si la asistencia se ha llevado a cabo en las clínicas privadas del país, cuando están concertadas o haya urgencia, constituye una limitación injustificada y desproporcionada a la libre prestación de servicios del artículo 49 CE.»