CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 22 de octubre 2002 [1]

1. Mediante las tres cuestiones que ha planteado con arreglo al artículo 234 CE, el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos) quiere saber, 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 la normativa de un Estado miembro en materia de seguro obligatorio de enfermedad, organizado para conceder sólo prestaciones en especie, que supedita a una autorización previa de la caja de enfermedad, cuando el tratamiento es necesario, la asunción de los gastos de asistencia médica dispensada en otro Estado miembro por un facultativo o un centro hospitalario con los que no tenga firmado concierto.

I. Los hechos de los dos litigios principales

A. *El proceso de la Sra. Müller-Fauré*

2. Por estar descontenta con los odontólogos neerlandeses, la Sra. Müller-Fauré decidió aprovechar unas vacaciones en Alemania para ir al dentista, sin haberse proveído de la autorización de su caja de enfermedad. Entre el 20 de octubre y el 18 de noviembre de 1994 se le insertaron seis coronas y una prótesis con anclaje de precisión. Se le facturaron también empastes, radiografías y anestesia. Al regresar a los Países Bajos, solicitó a su caja de enfermedad, la sociedad de seguro mutuo Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA (en lo sucesivo, «OZ Verzekeringen») el reembolso del tratamiento, que ascendía a 7.444,59 DEM (3.806,35 euros). Como la mayor parte de las intervenciones realizadas en Alemania no están cubiertas por el seguro obligatorio de enfermedad y no son, por lo tanto, susceptibles de reintegro, el litigio versa, en realidad, sobre 465,05 NLG (211,03 euros). A la luz del dictamen de su dentista asesor, la caja desestimó la solicitud en mayo de 1995.

3. La Comisión de reclamaciones del Consejo encargado de controlar la gestión y la administración de las cajas del seguro de enfermedad (Commissie voor beroepszaken van de Ziekenfondsraad) dictaminó, en febrero de 1996, que la negativa era correcta. Consideró que el seguro obligatorio de enfermedad se caracteriza por ser sus prestaciones en especie, lo cual significa que los asegurados tienen derecho a recibir

1 — Lengua original: español.

los cuidados. Sólo en algún supuesto excepcional pueden pedir el reintegro, pero en el caso de la Sra. Müller-Fauré no cabía esa posibilidad, pues no era un tratamiento urgente en el sentido del artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 1408/71. [2] Además, para proporcionar a la paciente la asistencia que necesitaba no habría sido preciso recurrir a un dentista que carecía de concierto con OZ Verzekeringen.

4. El órgano que conoció del asunto en primera instancia se adhirió a esta postura y estimó que la amplitud del tratamiento realizado y el hecho de que durara varias semanas corroboraban la inexistencia de urgencia.

B. *El proceso de la Sra. Van Riet*

5. El 5 de abril de 1993, el médico de cabecera de la Sra. Van Riet solicitó, en nombre de su paciente, autorización al médico asesor de su aseguradora Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (en lo sucesivo, «ZAO Zorgverzekeringen») para que se hiciera cargo del coste de una artroscopia en Bélgica, país en el que la intervención podía efectuarse en un plazo más corto que en los Países Bajos. Mediante escritos de 24 de junio de 1993 y de 5 de julio de 1993, la solicitud fue denegada porque el tratamiento se podía realizar en este último país.

La interesada, sin esperar la respuesta, en mayo de 1993 se sometió a la artroscopia y a un acortamiento del cúbito en una clínica de medicina deportiva de Bélgica. La aseguradora se negó a reembolsar el coste, que ascendió a 93.792 BEF (2.325,04 euros).

6. El 23 de septiembre de 1994 la Comisión de reclamaciones del Consejo encargado de controlar la gestión y la administración de las cajas del seguro de enfermedad estimó correcta la denegación del reembolso del coste de las intervenciones. Juzgó que la asistencia médica necesaria y adecuada estaba disponible en los Países Bajos, en un plazo razonable, por lo que no cabía hablar de un tratamiento urgente en el sentido del artículo 22 del Reglamento nº 1408/71.

El Rechtbank declaró infundado el recurso de la interesada, al apreciar que su dolencia no requería ser atendida en Bélgica.

2 — Reglamento del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO nº L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), en la versión del Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, por el que se modifican y actualizan el Reglamento nº 1408/71 y el Reglamento nº 574/72 (DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53).

II. Las cuestiones prejudiciales

7. El Centrale Raad van Beroep indica, en el auto de remisión, que la práctica totalidad de la asistencia sanitaria prestada a la Sra. Van Riet en Bélgica está cubierta por el seguro obligatorio de enfermedad. Esta afirmación sólo es cierta para una parte limitada de los trabajos dentales que se efectuaron a la Sra. Müller-Fauré en Alemania, pues el resto no puede dar lugar a reembolso.

De acuerdo con su propia jurisprudencia, el asegurado debe haber obtenido una autorización de su caja de enfermedad antes de iniciar el tratamiento. El coste de los cuidados médicos prodigados en el extranjero no puede dar lugar a reembolso, a no ser que, por concurrir circunstancias particulares, la negativa de la caja del seguro de enfermedad conculcara un principio general de derecho. Pero esta coyuntura no se ha dado ni en el caso de la Sra. Müller-Fauré, que aprovechó para ir al dentista mientras estaba de vacaciones, ni en el de la Sra. Van Riet, que no esperó a que la caja respondiera a su petición, sin que conste que no pudiera aguardar, por razones médicas o de otra índole, a que se resolviera su solicitud.

Añade que, aun cuando la Sra. Müller-Fauré hubiera solicitado la autorización o la Sra. Van Riet esperado la respuesta, las cajas aseguradoras no habrían dado el permiso, ya que no consta la necesidad de seguir los tratamientos en el extranjero. En efecto, la falta de confianza en la clase médica nacional no es razón suficiente ni el plazo de espera en los Países Bajos, para realizar una artroscopia, resulta inaceptable.

8. Por último, el Centrale Raad van Beroep se pregunta si las decisiones denegatorias recurridas infringen los artículos 49 CE y 50 CE, por lo que suspendió el procedimiento en los dos litigios y planteó al Tribunal de Justicia tres preguntas redactadas en los siguientes términos:

«1. ¿Deben interpretarse los artículos 59 y 60 del Tratado CE (actualmente artículos 49 CE y 50 CE) en el sentido de que, en principio, es incompatible con ellos una disposición como el artículo 9, apartado 4, de la Ziekenfondswet [Ley sobre cajas de enfermedad], en relación con el artículo 1 de la Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering [Reglamento sobre cuidados médicos en el extranjero cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad], en la medida en que dispone que para hacer valer su derecho a reembolso, un asegurado en una caja de enfermedad necesita una autorización previa por parte de esta última para dirigirse a una persona o institución fuera de los Países Bajos con la que la caja de enfermedad no ha celebrado ningún convenio?

2. Si se respondiese afirmativamente a la primera cuestión, ¿constituyen los objetivos antes mencionados del sistema neerlandés de prestaciones en especie [garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, la supervivencia del régimen de prestaciones en especie y el control del equilibrio financiero mediante la supervisión de los costes] una razón imperiosa de interés general susceptible de justificar un obstáculo al principio fundamental de libre prestación de servicios?

3. ¿Reviste importancia para la respuesta a estas preguntas el hecho de que el tratamiento se haya dispensado, en todo o en parte, en una infraestructura hospitalaria?»

III. La legislación nacional en materia de seguro obligatorio de enfermedad [3]

9. En los Países Bajos, los trabajadores cuyos ingresos no superan una cantidad determinada y las personas asimiladas están amparados por el seguro obligatorio de enfermedad con arreglo a la Ley sobre cajas de enfermedad, que cubre la asistencia sanitaria ordinaria.

10. De acuerdo con el artículo 8 de esta Ley, las cajas están obligadas a garantizar que los asegurados puedan ejercer su derecho a prestaciones. Se trata de un sistema que sólo contempla la asistencia sanitaria en especie, de manera que los beneficiarios no tienen derecho al reembolso de los gastos de enfermedad en los que incurran, sino a recibir la atención gratuitamente. [4]

11. La asistencia sanitaria comprende, según dispone el artículo 3 del Real Decreto de 4 de enero de 1966 sobre prestaciones en especie del seguro de enfermedad (Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering), modificado por el Real Decreto de 16 de diciembre de 1997, entre otras, las prestaciones que deban dispensar el médico de atención primaria 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 la medida en que un tratamiento es calificado como procedimiento profesional apropiado, pues, si se apoya en una base

3 — El Centrale Raad van Beroep, después de hacer una descripción muy somera sobre el régimen neerlandés del seguro obligatorio de enfermedad, se remite, para más detalles, al apartado II.1 del auto del Arrondissementsrechtbank te Roermond, por el que se plantearon las cuestiones prejudiciales en el asunto C-157/99, Smits y Peerbooms, en el que recayó sentencia el 12 de julio de 2001 (Rec. p. I-5473). Por mi parte, he retomado, en la medida en que resulta pertinente, la presentación que de la legislación neerlandesa hice en el capítulo I de las conclusiones que presenté en ese asunto el 18 de mayo de 2000.

4 — Durante la vista ante el Tribunal de Justicia, las dos cajas de enfermedad hicieron hincapié en que esta legislación no reconoce a los asegurados un derecho al reembolso de los gastos médicos en los que incurran.

científica válida, se define como prestación en el sentido de la Ley sobre cajas de enfermedad. [5]

En relación con los cuidados dentales, las prestaciones a las que tienen acceso los asegurados están reguladas en el artículo 7, apartado 2. En 1994 el Gobierno decidió suprimir casi por completo el derecho de los mayores de dieciocho años a los cuidados dentales en el marco del seguro obligatorio de enfermedad. [6] Al parecer sólo están cubiertas, por ahora, una revisión anual de carácter preventivo y las radiografías necesarias.

12. El artículo 9 de la Ley sobre cajas de enfermedad se refiere al ejercicio del derecho a la asistencia y establece, en lo que aquí interesa:

1. El asegurado que quiera ejercer su derecho a asistencia ha de dirigirse [...] 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 puede elegir entre las personas e instituciones mencionadas en el apartado 1.

[...]

4. No obstante lo prescrito en los apartados 1 y 2, la caja de enfermedad puede autorizar al asegurado para que se dirija a otra persona o institución en los Países Bajos con objeto de hacer valer su derecho, si fuese necesario para su asistencia médica. Mediante reglamento se determinarán los casos y las condiciones en que se puede autorizar al asegurado para acudir a una persona o institución fuera de los Países Bajos, con el fin de recibir asistencia.

13. 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, de 30 de junio de 1988, [7] que dispone:

Son casos en los que una caja de enfermedad puede conceder autorización a un asegurado para dirigirse a personas o ins-

5 — En la sentencia Smits y Peerbooms, antes citada, el Tribunal de Justicia indicó la manera en que hay que interpretar este requisito ante la solicitud de un asegurado que desea obtener asistencia en un centro hospitalario no concertado en otro Estado miembro.

6 — Un año después, el Gobierno reintrodujo la financiación parcial de las dentaduras postizas, ya que algunos ancianos no podían permitirse comprarlas.

7 — *Staatscourant* 1988, nº 123.

tituciones fuera de los Países Bajos con el fin de ejercer su derecho a asistencia, aquellos en los que se haya comprobado que resulta necesario para el tratamiento médico del asegurado.

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, por lo que deben obtener una autorización previa de su caja de enfermedad, idéntica a la que necesitarían para ser tratados 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. [8]

14. Con objeto de 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 el contenido del concierto, que comprende la naturaleza y la extensión de las obligaciones y los derechos de las partes, la clase de asistencia que se ha de prestar, su calidad y eficacia, el 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 denunciarlo, poniendo fin al concierto.

8 — El agente del Gobierno neerlandés confirmó este extremo en su intervención durante la vista.

IV. La disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios

15. Según el artículo 49 CE:

«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.

[...]»

En virtud del 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:

[...]

d) actividades propias de las profesiones liberales.

[...]»

V. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. En una primera fase, presentaron observaciones escritas dentro del plazo establecido por el artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia la Sra. Müller-Fauré, OZ Zorgverzekeringen, el Gobierno belga, el danés, el alemán, el español, el irlandés, el italiano, el de los Países Bajos, el sueco, el del Reino Unido, el islandés, el noruego y la Comisión.

17. El 12 de julio de 2001, día en el que se dictó la sentencia Smits y Peerbooms, la secretaría del Tribunal de Justicia envió una carta al Centrale Raad van Beroep preguntándole si, a la luz de la respuesta dada en ese asunto, deseaba mantener sus cuestiones. Después de oír a las partes en ambos litigios, el 25 de octubre de 2001 contestó que no retiraba las preguntas.

18. Tras constatar que el procedimiento escrito en este asunto había terminado en febrero de 2000, el Tribunal decidió, en marzo de 2002, invitar a las partes en los asuntos principales, a los Gobiernos de los Estados miembros, a la Comisión y a los demás interesados a tomar posición por escrito sobre las consecuencias que cabía sacar de la sentencia Smits y Peerbooms, habida cuenta de las reflexiones hechas por el Centrale Raad van Beroep en su carta de 25 de octubre de 2001.

Hicieron uso de esta posibilidad, la Sra. Van Riet, OZ Zorgverzekeringen, ZAO Zorgverzekeringen, el Gobierno de Irlanda, el de los Países Bajos, el de Suecia, el del Reino Unido, el de Noruega y la Comisión. La comunicación al Gobierno español no se envió al domicilio que había designado para notificaciones, razón por la que se le autorizó a depositar un escrito después de expirado el plazo, lo que hizo el 1 de agosto de 2002.

19. En la vista, que tuvo lugar el 10 de septiembre de 2002, comparecieron, a fin de presentar oralmente sus alegaciones, los representantes de Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA y de Onderlinge Waarborgmaatschappij

ZAO Zorgverzekeringen y los agentes de Dinamarca, de España, de Irlanda, de los Países Bajos, de Finlandia, del Reino Unido y de la Comisión.

VI. Las posición de los comparecientes en este procedimiento

20. Las reflexiones de quienes se han manifestado son, con algunas particularidades que pondré de relieve, en buena medida coincidentes, exceptuando las de las recurrentes en los dos litigios principales, las de Bélgica y las de la Comisión.

21. La Sra. Müller-Fauré opina que la autorización previa es contraria a los artículos 49 CE y 50 CE, sin que pueda estar justificada porque las prestaciones sean las mismas en los Países Bajos y en Alemania e iguales el coste y la calidad. La Sra. Van Riet expone que, para confirmar, mediante la artroscopia, el diagnóstico de que necesitaba una reducción del cúbito, tenía que aguardar entre diez y catorce semanas. Después, la operación se demoraría entre seis y ocho meses. Para evitar tales inconvenientes, acudió a una clínica en Bélgica, donde sólo esperó cuatro semanas para el examen exploratorio y una para la intervención quirúrgica, ascendiendo la cuenta total a menos de dos tercios de lo que hubiera costado en los Países Bajos.

22. OZ Zorgverzekeringen sostiene que la autorización previa para dirigirse a un prestador de servicios no concertado, en los Países Bajos o en el extranjero, es inherente al régimen de prestaciones en especie. En el supuesto de que se considerara un obstáculo a la libre prestación de servicios, estaría justificada por la necesidad de garantizar una asistencia sanitaria de calidad a un coste soportable y por la igualdad de los asegurados en el derecho a prestaciones, sin que proceda diferenciar en función de que sea un facultativo o un centro hospitalario quien dispense los servicios.

23. Para el Gobierno belga la exigencia de una autorización es contraria a los citados artículos 49 CE y 50 CE. Además, juzgar que el tratamiento no es necesario en el extranjero porque un profesional concertado puede dispensarlo en el país entraña una discriminación. La especificidad del régimen de seguro de enfermedad, es decir, el hecho de que sólo conceda prestaciones en especie, no es una razón imperiosa de interés general, pues carece de entidad para justificar el obstáculo.

24. Las posturas de los otros once Estados se pueden clasificar en dos grupos. Para los del primero, en el que se encuentran Dinamarca, Alemania, Irlanda, Suecia, Reino Unido, Noruega e Islandia, las prestaciones públicas de salud, gratuitas para los interesados, no son servicios en el sentido del artículo 50 CE, bien por carecer del elemento de la retribución, [9] bien porque las partes afectadas, que son el médico y el paciente, no pueden decidir el contenido ni el precio de la prestación.

Los del segundo grupo, integrado por España, Finlandia, Italia y Países Bajos, defienden que no cabe aplicar la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kohll, [10] dictada para un régimen de seguro de enfermedad que reembolsa una parte del coste de la asistencia, a los organizados para servir únicamente prestaciones en especie, sin que quepa, a este respecto, diferenciar entre los cuidados dispensados por un facultativo y los que se proveen en un hospital.

Aun estimando que se trata de servicios o que dicha jurisprudencia se aplica también a un régimen de seguro de enfermedad como el neerlandés, todos estos Estados, sin excepción, opinan que la exigencia de autorización previa no es contraria a los artículos 49 CE y 50 CE, porque está justificada.

25. La Comisión expuso, en las primeras observaciones presentadas, que las prestaciones médicas y hospitalarias son servicios en el sentido del Tratado, incluso en los Estados miembros en los que funcionan con separación total un sistema público de salud, [11] por un lado, así como facultativos que se dedican al libre ejercicio de la profesión y hospitales de financiación privada, por otro. En el seguro de enfermedad de los Países Bajos, las prestaciones en especie, los conciertos y la exigencia de autorización previa forman un todo indisociable. Pero, para la concesión de la autorización, el criterio de la necesidad de la prestación para el paciente, que un centro concertado no puede servirle en tiempo oportuno, constituye una discrimi-

9 — Opinión que comparto, como dejé patente en las conclusiones que presenté en el asunto C-157/99, Smits y Peerbooms. Véanse, en particular, los puntos 35 a 49, en los que examino en detalle las características del régimen de seguro obligatorio de enfermedad en los Países Bajos y afirmo que las prestaciones de asistencia sanitaria en especie que concede a sus asegurados carecen del elemento de la retribución y no son, por tanto, servicios en el sentido del artículo 50 CE.

10 — Sentencia de 28 de abril de 1998 (C-158/96, Rec. p. I-1931).

11 — Reconoce que, en algunos Estados miembros, existen sistemas públicos de asistencia sanitaria en los que los prestadores de los cuidados no actúan en el marco del ejercicio de una profesión liberal, cuya retribución no es por acto médico y donde los centros hospitalarios no ejercen una actividad comercial. En la vista citó los ejemplos de Dinamarca, España, Irlanda y Reino Unido.

nación directa por razón del lugar de establecimiento, ya que favorece a los prestadores de servicios no concertados neerlandeses en demérito de los radicados en los demás Estados miembros.

VII. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libre prestación de servicios, en relación con la exigencia de autorización previa de la caja de enfermedad para recibir cuidados en otro Estado miembro

La Comisión indica que ni la protección de la calidad de la asistencia sanitaria ni el control del coste por las cajas de enfermedad tienen entidad suficiente para justificar el obstáculo que la autorización previa representa para la libre prestación de servicios. Diferencia, dentro de los cuidados dispensados en una infraestructura hospitalaria, los que se dan previa hospitalización de los que se prestan en régimen ambulatorio, para asimilar estos últimos a los que se sirven en la consulta del facultativo. A partir de aquí, considera poco probable que el desplazamiento de pacientes a otros Estados miembros en busca de cuidados que no impliquen hospitalización adquiera amplitud bastante para comprometer seriamente un régimen nacional de seguro de enfermedad de prestaciones en especie.

A. *La visita a un facultativo en su consulta y la exigencia de autorización previa en un régimen de seguro de enfermedad que reembolsa las prestaciones*

26. En el documento presentado a sugerencia del Tribunal de Justicia una vez dictada la sentencia Smits y Peerbooms, la Comisión admite que existen determinadas prestaciones odontológicas cuyas particularidades podrían aconsejar asumir las razones imperiosas examinadas en la referida sentencia, relativas a los cuidados dispensados en un centro hospitalario, por lo que insta a matizar la posición de la jurisprudencia a este respecto.

27. El 28 de abril de 1998 el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Kohll. [12] 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.

28. 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, al margen de cualquier infraestructura hospitalaria, el Tribunal de Justicia declaró que,

12 — Antes citada. El mismo día dictó también la sentencia Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831), sobre la que no me voy a extender, 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. Véanse las opiniones de los numerosos autores que han comentado estas dos sentencias en las conclusiones que presenté el 18 de mayo de 2000, en el asunto Smits y Peerbooms.

como la prestación se realizaba contra retribución, se trataba de un servicio en el sentido del artículo 50 CE.

29. En cuanto a los efectos restrictivos, la normativa luxemburguesa no privaba a los asegurados de la posibilidad de acudir a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, pero supeditaba a una autorización previa el reembolso de los gastos, mientras que el de los devengados en el Estado de afiliación no estaba sujeto a dicho trámite. 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. [13]

30. 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 prestaciones médicas, así como el propósito de prestar un servicio sanitario y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

31. Respecto al primero, dado que el organismo luxemburgués asumía los mismos gastos si el asegurado acudía a un ortodoncista luxemburgués o a uno establecido en otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia 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.

32. En lo que se refiere a la protección de la salud pública, los apartados 45 y 46 de la sentencia Kohll recordaron que, si bien los Estados miembros pueden fijar límites a la libre prestación de servicios por razones de salud pública, esta facultad no les permite dejar a la salud, como sector económico, fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación. [14] En cualquier caso, habida cuenta de que los requisitos de acceso y de ejercicio de las profesiones de médico y de dentista han sido objeto de varias directivas de coordinación o de armonización, [15] debían reconocerse a los médicos y dentistas estableci-

13 — 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.

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

15 — 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).

dos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los radicados en el territorio nacional, a efectos de la libre prestación de servicios, por lo que una normativa como la luxemburguesa no estaba justificada por razones de salud pública, con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros.

La sentencia 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 del artículo 46 CE, puesto que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. A este respecto, 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.

Al no haberse demostrado que la normativa luxemburguesa era necesaria para alcanzar esos dos objetivos, el Tribunal de Justicia entendió que no estaba justificada por razones de salud pública.

B. *Los cuidados prestados en un centro hospitalario y la exigencia de autorización previa en un régimen de seguro de enfermedad que sólo concede prestaciones en especie*

33. El 12 de julio de 2001 el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Smits y Peerbooms,[16] en la que tuvo que examinar, a petición de un órgano jurisdiccional neerlandés, el Arrondissementsrechtbank te Roermond, la misma normativa que se cuestiona en el presente asunto, es decir, el artículo 9, apartado 4, de la Ley sobre cajas de enfermedad, en relación con el artículo 1 del Reglamento sobre cuidados médicos en el extranjero cubiertos por el seguro obligatorio de enfermedad.

34. En uno de los dos litigios pendientes de resolución ante el Rechtbank, la caja de enfermedad había denegado a la Sra. Smits, enferma de Parkinson, el reembolso del coste de un tratamiento por categorías y multidisciplinario que había efectuado, sin autorización, en un clínica alemana. Las razones de la negativa consistían en que el método clínico por categorías no era habitual en el medio profesional, por lo que no constituía una prestación cubierta, y en que se disponía de un tratamiento satisfactorio y adecuado en los Países Bajos, en un establecimiento concertado, por lo que el seguido en Alemania no era necesario.

16 — Antes citada.

En el otro, la caja de enfermedad denegó al Sr. Peerbooms, que había entrado en coma a consecuencia de un accidente de tráfico, el abono del tratamiento que había seguido en una clínica de Austria, consistente en una terapia intensiva especial mediante neuroestimulación, técnica que en los Países Bajos sólo se utiliza con carácter experimental en dos centros médicos para pacientes menores de 25 años, edad que ya había superado. La negativa se fundaba, en primer lugar, en el hecho de que, habida cuenta del carácter experimental de la terapia por neuroestimulación y de la ausencia de prueba científica de su eficacia, este tipo de cuidado no se consideraba habitual en el medio profesional, por lo que no era una prestación cubierta. En segundo lugar, en que, al disponerse en tiempo oportuno de un tratamiento satisfactorio y adecuado en los Países Bajos en un establecimiento concertado, el que había seguido en Austria no era necesario.

35. El Tribunal de Justicia no aceptó la postura de la mayoría de los Estados miembros que sostenían que los regímenes de seguro de enfermedad, organizados para conceder únicamente prestaciones en especie, quedaban sustraídos al campo de aplicación de los artículos 49 CE y 50 CE. Interpretó que ni siquiera la circunstancia de que un tratamiento médico aplicado en un hospital fuera financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad, basándose en conciertos y tarifas preestablecidos, podía excluirlo del ámbito de los servicios.

36. Apreció, a continuación, que la normativa neerlandesa disuade a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del de afiliación, constituyendo, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios.

37. En los apartados 76 y siguientes, la sentencia examinó el requisito de la autorización previa impuesta por la legislación neerlandesa para la cobertura de los gastos ocasionados por la asistencia dispensada en otro Estado miembro por un centro hospitalario no concertado, declarando que se trataba de una medida a la vez necesaria y razonable por varios motivos. Primero, porque el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o incluso la clase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder planificarse. Segundo, porque esta planificación, en un sistema de concertación como el neerlandés, persigue el objetivo de garantizar, en el territorio nacional, un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad, a la vez que se propone lograr un control de los gastos y evitar cualquier derroche de medios financieros, técnicos y humanos, derroche que resultaría aún más perjudicial por cuanto el sector hospitalario genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los medios financieros destinados a la

asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación. [17]

VIII. Examen de las cuestiones prejudiciales

38. Como se ha visto, la sentencia Kohll juzgó que, para el supuesto de un tratamiento efectuado por un facultativo en su consulta, a cargo de un régimen de seguro de enfermedad de reembolso, el obstáculo a la libre prestación de servicios que supone el requisito de la autorización previa de la caja de enfermedad no estaba justificado. La sentencia Smits y Peerbooms, en la que se examinaron los cuidados prodigados en un centro hospitalario, a cargo de un régimen de prestaciones en especie, decidió, en cambio, sin distinguir según que el régimen fuera de reembolso o concediera sólo prestaciones en especie, que el obstáculo a una de las libertades fundamentales del Tratado podía estar justificado por exigencias imperiosas de interés general.

Queda todavía por dilucidar, a estas alturas, si cabe admitir esa autorización previa cuando lo que el asegurado en un régimen de prestaciones en especie requiere es atención médica sin necesidad de ser hospitalizado. [18]

39. Así lo ha reconocido el propio Centrale Raad van Beroep en la carta que envió al Tribunal de Justicia en la que, por una parte, le indicaba que la sentencia Smits y Peerbooms, centrada en los cuidados prodigados previa hospitalización, no le permitía responder a las cuestiones prejudiciales surgidas en el litigio de la Sra. Müller-Fauré, en el que el tratamiento se había prestado en la consulta del especialista. Por otra parte, si bien la Sra. Van Riet se había manifestado a favor de que se mantuvieran las cuestiones, el órgano jurisdiccional neerlandés admite que, a la vista de la sentencia citada, no ha lugar a responderlas, pero insta, no obstante, al Tribunal de Justicia para que clarifique el concepto de «en tiempo oportuno» que figura en el apartado 103.

A. *Sobre las dos primeras preguntas*

40. Estas cuestiones son prácticamente idénticas a las que suscitó el Arrondissementsrechtbank te Roermond en el asunto Smits y Peerbooms, concretamente, a la

17 — Bonomo, A.: «Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma», *Il Foro Amministrativo*, 2001, pp. 1870 a 1880, especialmente, p. 1880: «Equilibrio finanziario e programmazione della spesa sanitaria sembrano dunque prevalere sulla libertà di prestare servizi all'interno del territorio comunitario, e, quindi sulla libertà di scelta del luogo di cura».

18 — Steyger, E.: «National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily)», *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 29(1), pp. 97 a 107, especialmente, p. 99: «Since the Kohll and Decker cases concerned a system of reimbursement, the question remained whether the same approach should be applied to national health security schemes which offered benefits in kind.»

1) a) y a la 2). Procede reformularlas, sin embargo, a la vista de que la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre el requisito de la autorización previa cuando la asistencia se dispensa en un centro hospitalario.

Hay que entender, por tanto, que el órgano jurisdiccional nacional desea saber ahora si los artículos 49 CE y 50 CE se oponen a que la normativa de un Estado miembro, que establece un régimen de seguridad social de prestaciones de enfermedad en especie, exija a los asegurados obtener la autorización previa de su caja para desplazarse a otro Estado miembro, si quieren ser atendidos por un facultativo con el que la caja no haya celebrado concierto, teniendo en cuenta que la autorización sólo se concede si el tratamiento es necesario para el interesado, lo que supone la inexistencia en el país de asistencia adecuada dispensada en tiempo oportuno por un profesional concertado.

41. El Tribunal de Justicia ya demostró, en la sentencia Smits y Peerbooms, que la exigencia de que los asegurados se provean de una autorización de la caja de enfermedad para poder ejercer su derecho a prestaciones, en un centro hospitalario de otro Estado miembro, constituía un obstáculo a la libre prestación de servicios. Creo que, tratándose de consultar a un facultativo, la restricción que supone para los asegurados es de la misma magnitud.

42. En efecto, el artículo 49 CE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna. [19] Aunque la legislación neerlandesa controvertida no priva a los asegurados de la posibilidad de acudir a un proveedor de servicios establecido en otro Estado miembro, en la práctica supedita la asunción por la caja del coste de la prestación a la obtención de la autorización previa que, además, es denegada si no se cumple el requisito antes mencionado.

Como se demostró para la asistencia en centros hospitalarios en los apartados 67 y siguientes de la sentencia Smits y Peerbooms, al ser pocos los profesionales establecidos en otros Estados miembros concertados con cajas de enfermedad neerlandesas, en la mayoría de los casos la asunción del coste de la consulta a un facultativo establecido en otro Estado miembro exigiría una autorización previa, que se denegaría por no concurrir el requisito citado. En cambio, la visita a uno de los médicos concertados, radicados en el país, encargados de facilitar gran parte de la atención sanitaria a los asegurados en virtud de la Ley neerlandesa sobre

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

las cajas de enfermedad, además de ser gratuita para el paciente, no está supeditada a autorización previa.

43. Hay que considerar, pues, al igual que apreció el Tribunal de Justicia en la citada sentencia, que la normativa neerlandesa controvertida no sólo produce efectos disuasorios sobre los asegurados, sino que incluso les impide dirigirse a los profesionales de la medicina establecidos en los demás Estados miembros, por lo que constituye, para unos y para otros, un obstáculo a la libre prestación de servicios. [20]

44. El Tribunal de Justicia ya ha aceptado, en materia de atención médica transfronteriza, la existencia de determinadas razones imperiosas de interés general que, de concurrir, son capaces de justificar las restricciones a la libre prestación de servicios, tanto si se dispensa con carácter ambulatorio por cuenta de un régimen de seguro de enfermedad que reembolsa una parte de las prestaciones, [21] como si se prodiga en centros hospitalarios a cargo de un sistema de prestaciones en especie. [22]

Analizando la jurisprudencia cabe diferenciar tres razones: una consiste en evitar que se produzca un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social; otra se basa en el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, comprendido en las excepciones por razones de salud pública del artículo 46 CE, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud; y la última reside en el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional, que resulta esencial para la salud pública e, incluso, para la supervivencia de la población.

45. Procede examinar, pues, si el obstáculo que, para la libre prestación de servicios sanitarios, representa el requisito de la autorización previa para consultar a un facultativo no concertado, exigida por las cajas neerlandesas del seguro obligatorio de enfermedad, queda amparado por alguna de estas tres razones, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha declarado que la normativa nacional no debe exceder de lo que es objetivamente necesario para conseguir el fin perseguido y exige que el mismo resultado no sea susceptible de ser alcanzado con medidas menos coercitivas. [23] Además, una norma discriminatoria sólo puede estar justificada por las razones de interés general mencionadas en el apartado 1 del artículo 46 CE, al que se remite el

20 — Sentencias Kohll y Smits y Peerbooms, antes citadas, apartados 35 y 69, respectivamente.

21 — Véanse los apartados 37 y siguientes de la sentencia Kohll, antes citada.

22 — Véanse los apartados 72 a 75 de la sentencia Smits y Peerbooms, antes citada.

23 — Sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartados 27 y 29; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), apartados 17 y 18; de 20 de mayo de 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351), apartados 30 y 31; y Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 75.

artículo 55 CE, entre las que no figuran los objetivos de carácter económico. [24]

El órgano jurisdiccional nacional que ha interrogado al Tribunal de Justicia admite que el régimen de prestaciones en especie, organizado por las cajas de enfermedad neerlandesas a través de conciertos, es adecuado tanto para garantizar la calidad de la atención sanitaria a los asegurados como para controlar el gasto.

46. Como ya expuse en las conclusiones que presenté en el asunto Smits y Peerbooms, el sistema de seguro obligatorio de enfermedad de los Países Bajos se caracteriza, por una parte, por ser la asistencia gratuita para los asegurados quienes, 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, de manera que, si deciden utilizar medios no concertados, han de abonar, sin derecho a reintegro, los gastos en los que incurran; por otra parte, por recurrir las cajas de enfermedad, obligadas por ley a procurar a los asegurados los cuidados apropiados, a la firma de 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 médicos, 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 cada hospitalización.

47. Según se indicó en el apartado 76 de la sentencia Smits y Peerbooms, a diferencia de las prestaciones efectuadas por los médicos en sus consultas o a domicilio, las dispensadas en un establecimiento hospitalario se insertan en un marco que presenta particularidades indiscutibles, ya que deben planificarse el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, así como la clase de servicios médicos que pueden ofrecer.

Creo, sin embargo, que tratándose de un régimen de seguro de enfermedad organizado estructuralmente para proporcionar sólo prestaciones en especie, bien proveyéndose de centros propios y de personal contratado, bien, como en los Países Bajos, a través de la celebración de conciertos con profesionales y centros sanitarios, pierde nitidez la diferencia entre los cuidados proporcionados por los médicos en las consultas y los que se dan en el marco de una hospitalización.

24 — Sentencias de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 11 y Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 15; de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), apartado 15; y de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 23.

48. En los Países Bajos funcionan unas treinta cajas de enfermedad, con competencia territorial definida. Las personas con derecho al seguro obligatorio deben afiliarse a la caja que opere en el municipio en el que residen. El número de conciertos que firman regularmente con los generalistas y con los facultativos de las distintas especialidades varía en función de las necesidades de asistencia calculadas para la región en la que operan y del número de afiliados en un periodo dado.

49. A su vez, las tarifas que las cajas pactan cada año con los profesionales de la medicina, que difieren según la especialidad, dependen, en gran medida, del número de afiliados que tengan a su cargo. Las tarifas se calculan empleando una fórmula aritmética que suma una cantidad, en concepto de ingresos medios,[25] a otra que representa el coste, también medio, de mantenimiento de un consultorio,[26] dividiéndose el resultado 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). Para el año 2000, este cálculo dio como resultado que un médico de atención primaria percibió de la caja de enfermedad con la que había firmado un concierto, la cantidad de 133 NLG por cada uno de los asegurados que escogieron ser tratados en su consulta, denominada tarifa de abono,[27] independientemente del número de pacientes que recibió, de que unos necesitaran asistencia más veces que otros o de que algunos no lo hubieran consultado en todo el año.[28] Al parecer, los dentistas concertados perciben también de la caja de enfermedad un tanto alzado por asegurado.[29]

Se garantiza así, por adelantado, la financiación de toda la asistencia sanitaria que precisen los enfermos a lo largo de un año en consultas externas de medicina general, de especialistas y de odontología, de suerte que las cajas no deben, en principio, hacer frente a pagos suplementarios. En estas condiciones, el recurso de los asegurados a la utilización de medios no concertados puede tener una incidencia significativa en la financiación del sistema, al suponer para la caja una carga económica adicional en todos los casos, con la consecuencia de poner en peligro el equilibrio financiero del sistema.

25 — 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.

26 — 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 y otros. Se ajustan en función de las necesidades que surjan, como, por ejemplo, la incorporación del ordenador a los consultorios.

27 — Esta tarifa asciende a 157 NLG por cada asegurado mayor de 64 años.

28 — 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.

29 — Véase el capítulo 5 de la publicación del Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport-NL, de mayo de 2001, titulada *Health Care, Health Policies and Health Care reforms in the Netherlands*: «General practitioners and dentists receive capitation payments for their sickness fund insured, but usually fee for services from their private insured clients».

50. Es cierto que, si sólo son unos pocos pacientes al año los que actúan como la Sra. Müller-Fauré, es difícil demostrar que el reembolso de sus facturas tenga una incidencia significativa en la gestión del presupuesto de las cajas de enfermedad.

De hecho, la Comisión sostiene que no puede hablarse de riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social porque, por razón de la barrera del idioma o de la dificultad del desplazamiento, a la hora de la verdad serían contados los pacientes que irían a otros Estados miembros para consultar a un médico. [30]

51. No puedo estar de acuerdo con esta postura. La Comisión sabe bien que hay un número relativamente elevado de médicos que se beneficia del derecho de libertad de establecimiento para ejercer en Estados miembros distintos al de su nacionalidad. Si el paciente consulta a uno de esos médicos que hable su misma lengua, la barrera idiomática deja de existir. De la misma manera, las fronteras lingüísticas en Europa distan mucho de coincidir con las demarcaciones territoriales de los Estados y, en amplias zonas fronterizas, la población se expresa con frecuencia en el habla del país vecino. Piénsese, por ejemplo, en Bélgica y los Países Bajos, en Luxemburgo y Alemania, en Italia y Austria, en Suecia y Finlandia, en España y Portugal, o en países de identidad lingüística como Irlanda y el Reino Unido, Austria y Alemania.

La distancia tampoco es un factor disuasorio, en particular, a la vista del avance de las comunicaciones en Europa, de la tendencia a poseer una segunda residencia en otro Estado miembro, y de la facilidad y de la frecuencia con la que buena parte de la población viaja a otros países para pasar sus vacaciones.

52. Existe otra razón por la que creo que habría un número relativamente elevado de pacientes que, si tuvieran la seguridad de obtener el reembolso de las facturas, optarían por trasladarse a otro Estado miembro a fin de consultar a un especialista. Serían aquellos que, disponiendo de medios suficientes para permitírselo, no quisieran esperar un periodo más o menos largo para ser atendidos. El enfermo intenta, en un legítimo afán, hacer todo lo posible para cuidar sus dolencias. Piénsese que, ya en el siglo XVII, Molière era consciente de esta tendencia del ser humano, pues Argan, el personaje principal de su comedia *El enfermo imaginario*, pretendía casar a su hija Angélique, despreciando sus sentimien-

30 — El Gobierno de los Países Bajos informó, en el acto de la vista de que, aun con todos los inconvenientes citados por la Comisión y a pesar de la obligatoriedad de la autorización previa para recurrir a medios no concertados, fueron alrededor de 14.000 los asegurados que recibieron tratamiento en el extranjero en 2001.

tos, con un médico para asegurarse el remedio de cuantos males le aquejaran. [31]

53. Sin olvidar, a la hora de preservar el equilibrio financiero del sistema, que el funcionamiento de un régimen de prestaciones en especie se caracteriza también por el importante papel que representa el médico generalista, que es el encargado de proporcionar a los pacientes la atención primaria, encaminándolos, cuando lo estime necesario, hacia el especialista competente, al que el enfermo no puede consultar libremente. Si los asegurados pudieran eludir ese paso previo y dirigirse por propia iniciativa a un especialista en otro Estado miembro, con obligación por parte de la caja de enfermedad de reembolsarles la factura, se perdería buena parte de la eficacia que aporta al sistema esta forma de controlar el consumo innecesario de prestaciones médicas y, en particular, de evitar que se llenen las consultas de los especialistas con pacientes que se autoprescriben la visita sin saber siquiera la especialidad que debe tratar su dolencia. De esta manera, esta vertiente de la actuación del médico generalista, ideada para contener el gasto y para velar por la correcta asignación de los medios a las necesidades, cumple, dentro del circuito de las prestaciones concertadas, parecida función a la de la autorización previa de la caja para consultar a un facultativo no concertado.

54. Por otra parte, tratándose de la voluntad de mantener un servicio médico lo más amplio posible, equilibrado y accesible a todos, resulta evidente que el interés de los facultativos por firmar conciertos con la cajas de enfermedad está en relación directa con el número de pacientes que se les pueda aportar, por los que cobran las tarifas cada año. Si los asegurados, en lugar de acudir a la consulta de los galenos concertados, se dirigieran a los no concertados, en el país o en el extranjero, las cajas no podrían garantizar un número de asegurados por médico. Se correría el riesgo de que muchos de estos profesionales dejarían de estar interesados en comprometerse a una determinada disponibilidad y a garantizar la calidad y el precio de los servicios, firmando conciertos con las cajas que gestionan el seguro obligatorio de enfermedad, pues preferirían atender a los pacientes privados, seguramente menos numerosos, pero de los que perciben honorarios más elevados. De esta manera, a pesar de los esfuerzos de planificación de las cajas en materia de oferta sanitaria, en medios personales y económicos, ya no se lograría garantizar el acceso estable y generalizado de los asegurados a las consultas, incluida una gama amplia de especialistas, a un coste soportable, con lo que la continuidad del régimen de prestaciones en especie, en su forma actual, se vería seriamente comprometida. Y no hay que perder de vista que, como declara regularmente el Tribunal de Justicia, el derecho comunitario no

31 — Véase Molière, *Le malade imaginaire*, en especial, acto I, escena 5, Ed. Larousse, petits classiques, Paris, 1998, p. 61. Es curioso constatar que, en la escena 10 del acto III, la sirvienta Toinette se hace pasar por médico ante su patrón y anticipa ya el tema de la atención sanitaria transfronteriza cuando proclama que es un médico itinerante, que va de ciudad en ciudad, de provincia en provincia, de reino en reino, p. 167.

restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, [32] por lo que, a falta de una armonización comunitaria, corresponde a la legislación interna determinar los requisitos que dan acceso a las prestaciones. [33]

55. Es cierto que los regímenes de seguridad social de prestaciones en especie están aquejados por el problema de las listas de espera, originado por la desigualdad, cada vez más marcada, entre la demanda y la oferta de atención sanitaria, tanto en lo que se refiere a la admisión en los hospitales como a la consulta de los médicos. [34] Ante tal situación, la autorización previa de las cajas para acudir a medios no concertados, tanto si se hallan en el país como si radican en el extranjero, es un mecanismo que les permite definir las prioridades para los distintos tratamientos, gestionar los recursos disponibles y garantizar, en la práctica, la asistencia sanitaria de acuerdo con las necesidades que se presentan en cada momento. Si los pacientes en lista de espera para ir al médico pudieran acudir libremente al mercado de servicios no concertados, con derecho al abono de la factura, quebraría por su base el principio fundamental de igualdad entre los asegurados en el acceso a la asistencia sanitaria, en perjuicio de quienes, por falta de medios o por creer en la bondad del sistema, atienden su turno, con el resultado de que el régimen de seguro de enfermedad de prestaciones en especie perdería su esencia convirtiéndose, por la vía de hecho, en un régimen de reembolso.

En este contexto, el que el coste de la intervención concreta que un asegurado como la Sra. Van Riet ha obtenido en otro Estado haya resultado inferior a lo que la caja habría tenido que pagar en el Estado de afiliación es irrelevante, ya que las consecuencias negativas de esa conducta para el sistema no pueden evaluarse sólo a partir de una intervención aislada. [35]

56. De la misma manera, en caso de desplazamiento recurrente y sistemático de enfermos a otros Estados miembros en busca de atención médica, se plantea el riesgo, en particular, en pequeños países, de que las cajas no logren mantener un nivel aceptable de competencia profesional para tratar enfermedades poco frecuentes o de gran complejidad.

32 — 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; Kohll, antes citada, apartado 17; y Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 44.

33 — 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; Kohll, antes citada, apartado 18; y Smits y Peerbooms, antes citada, apartado 45.

34 — No se trata de un problema que aqueje únicamente a los regímenes de seguro de enfermedad de prestaciones en especie: no hay más que ver el número de días que hay que esperar en Luxemburgo, país que sólo ofrece el reembolso de una parte del coste de las prestaciones pagadas por los asegurados, para obtener cita con un médico generalista o las semanas que transcurren antes de conseguir visita con un especialista.

35 — Dubouis, L.: «La libre circulation des patiens hospitaliers, une liberté sous conditions», *Revue de droit sanitaire et social*, 37(4) 2001, pp. 721 a 726, especialmente, p. 726: «[...] on peut se demander s'il est pleinement légitime d'accorder au patient qui se déplace le droit de choisir entre le régime de son État d'origine et celui de l'État dans lequel il se fait soigner les éléments qui lui sont les plus favorables».

57. Además de estar indisociablemente ligada al régimen de prestaciones de enfermedad en especie, la autorización previa es una medida idónea para que los asegurados sepan, con la debida antelación, si los cuidados que solicitan están cubiertos, permitiendo a la caja controlar el gasto y el consumo de medios.

Si la Sra. Müller-Fauré hubiera pedido la autorización previa, habría sabido que, de las prestaciones que iba a solicitar al dentista en Alemania, sólo una ínfima parte estaba cubierta por su régimen de seguridad social en los Países Bajos. Paralelamente, la caja podría haber decidido si el estado de la dentadura de la interesada requería la intervención de un dentista no concertado o si, teniendo en cuenta que proporciona los cuidados dentales cubiertos mediante un pago a tanto alzado por asegurado, era preferible que la paciente se dirigiera a los odontólogos concertados.

58. Bélgica, país en el que el seguro de enfermedad reembolsa a los asegurados una parte del coste de las prestaciones, se opone a que la autorización previa de las cajas, proscrita en la sentencia Kohll, se considere justificada en los regímenes de prestaciones en especie, pues la libre prestación de servicios no puede depender de la especificidad del régimen de seguridad social.

Comprendo esta posición, pero no la comparto. Soy consciente de la dificultad de compaginar esta libertad fundamental del Tratado con la idiosincrasia de los regímenes de seguro de enfermedad de quince países, la mayoría de los cuales se organiza para conceder prestaciones en especie. Pero no hay que perder de vista que los Estados miembros nunca han tenido la intención de armonizar sus legislaciones en este ámbito y se han limitado a coordinarlas mediante el Reglamento nº 1408/71, para cumplir las finalidades impuestas por el artículo 42 CE. Es cierto que, al organizar sus sistemas de seguridad social, los Estados miembros deben respetar el derecho comunitario,[36] pero esta obligación no puede imponerles la renuncia a los principios y a la filosofía que tradicionalmente han regido sus seguros de enfermedad, ni exigirles una reestructuración de tal calibre que les permita reembolsar las prestaciones a aquellos de sus asegurados que escojan ir al médico en otro Estado miembro.[37]

59. Por último, el carácter necesario del tratamiento que se propone seguir el paciente, recurriendo a medios no concertados, como requisito para la concesión de la autorización previa por parte de la caja de enfermedad, fue examinado en detalle en los apartados 103 a 107 de la sentencia Smits y Peerbooms. A mi juicio, se razonaría del mismo modo en el presente asunto, para declararlo justificado de acuerdo con

36 — Sentencias Kohll y Smits y Peerbooms, antes citadas, apartados 19 y 46, respectivamente.

37 — Está por ver la reacción de los asegurados pues, en lugar de disfrutar de prestaciones de enfermedad gratuitas, tendrían que adelantar su pago y esperar un tiempo antes de que se les reembolse una parte del abono efectuado.

el artículo 49 CE, siempre que se interprete en el sentido de que la autorización sólo puede ser denegada cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente se consiga en tiempo oportuno, acudiendo a un profesional con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto. [38]

Interpretado así, el requisito coadyuva, en el contexto de la autorización previa, al mantenimiento en el territorio nacional de una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia de calidad prestada en régimen ambulatorio, proporcionando estabilidad financiera al sistema del seguro de enfermedad.

60. Al igual que ocurre con la asistencia hospitalaria, si muchos de los asegurados en un régimen de prestaciones en especie decidieran desplazarse a otros Estados miembros para consultar a un facultativo, existiendo en el país una oferta suficiente en régimen de concertación, con servicios adecuados, idénticos o equivalentes, este flujo de pacientes pondría en peligro el principio mismo de la concertación, los esfuerzos de planificación y de racionalización llevados a cabo por las cajas, el equilibrio en la oferta de asistencia médica y la gestión de los recursos en función de las prioridades. [39]

Sin embargo, cuando conste que las prestaciones cubiertas por el sistema del seguro de enfermedad nacional no puedan ser dispensadas por un facultativo concertado, no cabe admitir que se dé prioridad a los profesionales nacionales con los que la caja de enfermedad del asegurado no ha celebrado ningún concierto, en perjuicio de los médicos establecidos en otros Estados miembros, ya que, desde el momento en que dichas prestaciones se dispensan, por definición, fuera del marco de planificación establecido por la legislación nacional, dicha prioridad excedería de lo necesario para garantizar el respeto de las razones

38 — Así lo entendió, para las prestaciones hospitalarias, el Arrondissementsrechtbank te Roermond que había suscitado la cuestión prejudicial en este asunto, cuando dictó las sentencias sobre el fondo en los dos litigios principales, el 3 de octubre de 2001, apenas dos meses y medio después de recibir la respuesta del Tribunal de Justicia. Desestimó la demanda de la Sra. Geraets-Smits por no estar demostrado ni clínica ni científicamente que el tratamiento por categorías y multidisciplinario, aplicado en Alemania, fuera mejor que los cuidados disponibles en los Países Bajos y porque la paciente habría podido ser atendida en su país por un centro concertado con su caja de enfermedad. La demanda del Sr. Peerbooms corrió la misma suerte, al apreciar el juez que la terapia intensiva especial mediante neuroestimulación no puede considerarse habitual en el medio profesional, porque no ha sido comprobada ni reconocida de manera suficiente por la ciencia médica internacional. Para formarse esta opinión, el juez se apoya en un dictamen pericial de 1994, relativo a los programas de estimulación, en el informe de una comisión del Consejo de Salud y en un estudio piloto. Véanse las sentencias que figuran en la base de datos «Decisiones Nacionales» del Tribunal de Justicia, referencias QP/03935-P1-A y QP/03935-P1-B.

39 — Dubouis, L., *op. cit.*, p. 726 indica, respecto a los cuidados prestados en régimen de hospitalización: «Il reste que les incidences pratiques à moyen ou long terme de cette jurisprudence paraissent difficiles à évaluer. Ne risque-t-elle pas d'induire un afflux excessif de candidats à l'admision dans les établissements "en pointe", d'aggraver les difficultés des systèmes de soins moins performants? Il apparait souhaitable que nos systèmes hospitaliers s'ouvrent aux vents de l'Europe. Pour autant, on ne saurait oublier combien ils diffèrent les uns des autres, combien chacun est complexe et repose sur des fragiles équilibres, financiers notamment.»

imperiosas capaces de justificar la existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios.

61. Soy consciente de que la interpretación que propongo, además de contrariar el punto de vista de Estados cuyos regímenes de seguro de enfermedad reembolsan una parte de las facturas pagadas por los asegurados, de los que el único que se ha manifestado en este procedimiento es Bélgica, presenta el inconveniente de enfrentarse a los partidarios a ultranza de la liberalización de los servicios de salud en los Estados miembros. Pero tiene, por lo menos, la virtud de ofrecer una solución clara y sin ambages al problema suscitado, evitando dilemas como el que se le plantea a la Comisión, que admite la existencia de determinadas prestaciones odontológicas cuyas particularidades avalarían la toma en consideración de las razones imperiosas examinadas en la sentencia Smits y Peerbooms.

En respuesta a la pregunta que le formulé sobre este particular, la Comisión aclaró que se refería a los cuidados dentales cuya realización era muy costosa y exigía recurrir a profesionales altamente especializados, ya que la disponibilidad de tales servicios requiere una planificación. Reconoció, además, que no existen criterios absolutos de diferenciación entre asistencia hospitalaria y ambulatoria: si hay hospitalización, esta justificada la exigencia de autorización, mientras que si las prestaciones se dan en la consulta, hay que examinar caso por caso.

No soy el único en pensar que esta propuesta de la Comisión, por adecuada que parezca a la luz del principio de proporcionalidad, no funcionaría en la práctica, [40] ya que, por una parte, introduciría un factor de incertidumbre en los usuarios, contrario al principio de seguridad jurídica; y, por otra, si cabe justificar la autorización previa en la necesidad que tienen las cajas de enfermedad de planificar la oferta de prestaciones médicas, me parece evidente que no sólo las más costosas o complejas han de ser objeto de planificación. [41] Sin contar con que las cajas deberían estudiar con carácter preliminar, en cada supuesto concreto de prestación ambulatoria, si sus características exigen que pueda someterse a autorización previa, añadiendo un obstáculo suplementario en el proceso para obtener atención sanitaria.

62. Por los motivos expuestos, estimo que los artículos 49 CE y 50 CE no se oponen a que la normativa de un Estado miembro, que establece un régimen de seguridad social de prestaciones de enfermedad en

40 — Los Estados miembros que se personaron en la vista, al hacer uso del derecho de réplica, se mostraron contrarios a esta posibilidad.

41 — Las posibilidades no se circunscriben a las prestaciones odontológicas. Hay servicios tales como el del escáner o el de la resonancia magnética, prestados normalmente por radiólogos, que no requieren hospitalización y cuya disponibilidad, todavía limitada, es sin duda objeto de planificación por parte de los organismos que gestionan el seguro de enfermedad.

especie, obligue a los asegurados a obtener la autorización previa de su caja para desplazarse a otro Estado miembro, si quieren ser atendidos por un facultativo no concertado, y supedite la concesión del permiso al requisito de que el tratamiento sea necesario para el interesado, siempre que se interprete que sólo cabe denegarlo cuando se pueda obtener en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia de un profesional que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado.

B. *Sobre la tercera pregunta*

63. La sentencia Smits y Peerbooms ya analizó exhaustivamente el requisito de la autorización previa para obtener, en otro Estado miembro, servicios prestados en el medio hospitalario. No procede, por tanto, responder a la tercera cuestión prejudicial, por la que se preguntaba si, para contestar a las dos preguntas anteriores, procedía diferenciar en función de que la asistencia se prestara, en todo o en parte, en régimen de internamiento.

C. *Sobre la aclaración pedida por el Centrale Raad van Beroep respecto al concepto de «en tiempo oportuno» del apartado 103 de la sentencia Smits y Peerbooms*

64. En la carta de 25 de octubre de 2001, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia el significado de esta expresión, que le parece oscuro, en los siguientes términos:

«La expresión "en tiempo oportuno" [tijdig], que figura en el apartado 103 de la sentencia Smits y Peerbooms, ¿significa que no se toma en cuenta si la terapia no es urgente o necesaria por razones médicas, con independencia de la duración del periodo de espera?»

65. Sobre este particular, estoy de acuerdo con la Comisión, que pone de relieve que la expresión procede del derecho neerlandés, concretamente, del auto por el que el Arrondissementsrechtbank te Roermond suscitó las cuestiones prejudiciales del asunto Smits y Peerbooms. En efecto, en la penúltima línea del penúltimo párrafo del capítulo II. 1 del auto, se encuentra recogida la expresión «tijdig».

Es una condición ligada a uno de los dos requisitos que exigen las cajas de enfermedad a la hora de conceder la autorización previa, a saber, que los cuidados previstos sean necesarios para el paciente.

66. Además, la sentencia Smits y Peerbooms precisó, en el apartado 104, la manera de apreciar si se podía conseguir en tiempo oportuno un tratamiento con el mismo grado de eficacia para el paciente en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad a la que esté afiliado el asegurado, afirmando que las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, no sólo la situación médica del paciente en el momento en que se solicita la autorización, sino también sus antecedentes.

Como se puede apreciar, el Tribunal de Justicia no hizo ninguna referencia a razones que no sean médicas.

67. A mi juicio procede aclarar al órgano jurisdiccional nacional, que la apreciación de la condición «en tiempo oportuno» (tijdig) debe realizarse desde un punto de vista estrictamente médico, con independencia de la duración del periodo de espera para obtener el tratamiento requerido.

IX. Conclusión

68. A tenor de los razonamientos que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Centrale Raad van Beroep de la siguiente manera:

«1) Los artículos 49 CE y 50 CE no se oponen a que la normativa de un Estado miembro, por la que se establece un régimen de seguridad social de

prestaciones de enfermedad en especie, imponga a los asegurados la autorización previa de su caja para desplazarse a otro Estado miembro, si quieren ser atendidos por un facultativo no concertado, y supedite la concesión del permiso al requisito de que el tratamiento sea necesario para el interesado, siempre que se interprete que sólo cabe denegarlo cuando se pueda obtener en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia de un profesional que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado.

2) La apreciación de la condición "en tiempo oportuno" (tijdig) debe realizarse desde un punto de vista estrictamente médico, con independencia de la duración del periodo de espera para recibir el tratamiento requerido.»