

Un primer balance del impacto de la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en la sanidad española

di Josefa Cantero Martínez

Abstract: *A first assessment of the impact of the liberalization of cross-border healthcare in Spanish healthcare system* – The article analyses the Spanish health system and its recent developments. Firstly, it focuses on the impact that the internal market and European competition rules have had on Spanish health care system. The analysis is then carried out on the consequences of this development on patient protection, on equality in access to care and on the role played by private healthcare providers.

Keywords: Healthcare; EU internal market; Competition; Public service; Spanish legal system.

337

1. Introducción. La sanidad ¿un mero asunto interno de los estados miembros?

A efectos del Derecho Comunitario, la sanidad puede considerarse como un servicio de interés general, basado en la solidaridad y que, en la medida en que satisface necesidades básicas y fundamentales de los ciudadanos, debe responder a los principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia¹. Como tal, permite importantes ámbitos de libertad a los Estados a la hora de configurarlos y organizarlos, lo que no impide que estos servicios deban respetar también las normas de los Tratados y, específicamente, los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Por el contrario, a los denominados servicios de interés económico general (SIEG) les resultan aplicables también los principios de la libre prestación de servicios, el derecho de establecimiento y las normas en materia de competencia, según el Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003. A partir de esta consideración, no es de extrañar que la organización y gestión de la asistencia sanitaria se haya considerado clásicamente como una cuestión estrictamente interna que, al menos en principio, sólo incumbe a cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea². Así de claro y contundente se muestra el artículo 168.7 del Tratado de

¹ Font I Llovet, Tomás, “Organización y gestión de servicios de salud: el impacto del derecho de la Unión Europea”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, obra colectiva dirigida por Vera Parisio, Vicenç Aguado i Cudol y Belén Noguera de la Muela, Tirant Lo Blanch y Giappichelli Editore, Valencia y Turín, 2016, pág. 193.

² La salud pública fue objeto de un considerable impulso gracias al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que supuso la inclusión de nuevos títulos competenciales con los que se institucionalizaba por vez primera una auténtica política comunitaria sobre la salud pública, constituyendo la primera referencia comunitaria evidente

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al establecer que “la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios”. Se deduce de ello que, al menos en principio, la normativa europea no puede producir el efecto de obligar a un Estado miembro a modificar su organización sanitaria, a incluir o excluir colectivos de personal asegurado, a ampliar la lista de prestaciones médicas cubiertas por su sistema de protección social u obligarle a incluir nuevas técnicas o nuevos tratamientos que estén cubiertos por los regímenes públicos sanitarios de otros Estados miembros³. Partiendo de esta premisa -y de la falta de títulos habilitantes para incidir en esta materia- la asistencia sanitaria prestada en otro Estado, la denominada asistencia transfronteriza, se ha organizado tradicionalmente a través de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social.

Efectivamente, puede decirse que hace ya cerca de cincuenta años se reconoció, aunque de una forma muy tímida y limitada, el principio de la libre circulación de los pacientes en el ámbito comunitario, al permitir que cualquier trabajador pudiera dirigirse a otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria, aunque, eso sí, debía para ello ser previamente autorizado por el Estado en el que estaba afiliado a la Seguridad Social⁴. Ello se produjo básicamente con la aprobación del *Reglamento CEE n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad*, con las múltiples modificaciones de que ha sido objeto. Esta norma fue sustituida por el actual *Reglamento CEE n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social*, que considera que todas las personas que residen en el territorio de un Estado miembro están sujetas a las obligaciones y pueden acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado

a los temas sanitarios. Calvete Oliva, Antonio, “La salud pública en la Unión Europea según el Tratado de Ámsterdam”, *Revista de Administración Sanitaria*, volumen IV, n° 14, abril/junio 2000, pág. 42; González Navarro, Francisco, “El sistema del medicamento en el Derecho de la Comunidad Europea: una propuesta metodológica”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 3, número 1, 1995, pág. 11; Beato Espejo, Manuel, “Los derechos de los usuarios de los servicios y profesiones sanitarias en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 184, mayo 2000, pág. 36; Molina Del Pozo, Carlos Francisco, “Aspectos sanitarios de las políticas de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 184, mayo 2000, pág. 79; Martín Del Castillo, J.M., “El marco jurídico del medicamento en la Unión Europea y en España”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, n° 28, 1997, págs. 215 y 216.

³ En esta misma línea, el art. 2 del Protocolo núm. 26 del TFUE sobre los servicios de interés general clarifica que las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico. Todo ello tras reconocer que los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

⁴ El antiguo formulario E111 fue sustituido por la tarjeta sanitaria europea. La autorización E112 también ha sido sustituida por el nuevo documento portátil denominado formulario S2, que acredita el derecho a recibir tratamiento médico planificado en otro país miembro de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. Debe ser obtenido en el correspondiente organismo de seguridad social antes de salir del país y ser presentado ante el organismo correspondiente del país en el que vaya a recibir tratamiento.

miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado⁵. Marcaba así este reglamento el nacimiento de la “libre circulación de los pacientes⁶”, esto es, el derecho de todo ciudadano europeo a recibir asistencia sanitaria pública en cualquier otro Estado aunque, eso sí, habiendo obtenido una previa autorización por parte de las autoridades sanitarias de su país, para cuya concesión la Administración disponía de un importante margen de discrecionalidad. La posibilidad de derivar pacientes entre los Estados, que es lo que al fin y al cabo permite este precepto, suponía reconocer cierto “alcance extraterritorial” al derecho a la asistencia sanitaria pública⁷.

En los últimos años, sin embargo, se han producido determinadas circunstancias que han motivado la búsqueda de nuevos títulos de intervención del legislador comunitario en este ámbito. La jurisprudencia comunitaria ha supuesto una penetración directa y prevalente de las normas del mercado en esta materia al reconocer la aplicación directa del principio de la libre circulación transfronteriza de productos y servicios sanitarios y de pacientes, lo que nos sitúa ante un escenario diferente. Ha considerado que las prestaciones sanitarias no dejan de ser un “servicio” a los efectos comunitarios y, en consecuencia, la exigencia de una autorización previa para poder recibir las puede ser concebida como un obstáculo a la libre prestación de servicios. Resultado de ello ha sido la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza, esto es, la que se presta en otro Estado distinto del Estado de afiliación del paciente asegurado. Con ello hemos creado un marco dual para regular el mismo fenómeno: el que deriva de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social y el que deriva directamente de la aplicación de las libertades comunitarias. El marco jurídico de regulación de este fenómeno es tan complejo que la Unión Europea decidió sistematizarlo y codificarlo a través de la *Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Esta norma ha supuesto la liberalización de una parte del servicio público, la relativa a la asistencia transfronteriza, creando un nuevo derecho, el derecho de los pacientes a la libre opción sanitaria transfronteriza, que les permite además elegir entre la sanidad pública o privada con cargo al presupuesto público.

Con ello se persigue, no sólo facilitar y fomentar la movilidad de los pacientes por Europa, sino también, ampliar las posibilidades de expansión del negocio de la sanidad privada, tal como de forma expresa se recoge en el reglamento de transposición de la Directiva⁸. De ahí que este tipo de asistencia transfronteriza se haya considerado como una forma de mercantilización de la sanidad provocada por

⁵ El Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, ha sido modificado por el Reglamento (CE) n° 988/2009. Ambos reglamentos entran en vigor el 1 de mayo de 2010 y al principio solo se aplicarán en la UE. Los dos textos forman, junto con el Reglamento (CE) n° 987/2009 (reglamento de aplicación), el paquete legislativo que establece la “coordinación modernizada de los regímenes de seguridad social”.

⁶ Nourissat, Cyril, “La Sécurité Sociale et le principe de la libre circulation des marchandises et des services”, *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n° 1, 6 de enero de 1999, pág. 27.

⁷ Pemán Gavín, Juan María, “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, *Revista de Administración Pública*, n° 160, 2003, pág. 141.

⁸ Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

la irrupción de las normas sobre mercado en el ámbito de los servicios públicos sanitarios⁹. Esta nueva vía de acceso a las prestaciones sanitarias, como se ha resaltado, responde en última instancia <<a un planteamiento ultraliberal de los servicios sanitarios: la “compra” de servicios médicos que posiblemente sólo podrán permitirse aquellos que puedan pagarlos y un libre mercado sin ninguna regulación, ignorando las características específicas del sector sanitario>>¹⁰. De este nuevo marco y de sus efectos más inmediatos en nuestro sistema público sanitario y en sus principios inspiradores pretendemos centrarnos en este trabajo.

2. La irrupción de los principios comunitarios y de las reglas del mercado en el servicio público: la liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza

Desde finales de los años noventa se ha instaurado una nueva vía de acceso a las prestaciones sanitarias en otro Estado al margen de la prevista en los reglamentos comunitarios de seguridad social. Su origen se encuentra en la jurisprudencia comunitaria, que ha considerado que la asistencia sanitaria no deja de ser un mero servicio a los efectos del derecho comunitario (artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), por lo que, en principio, la exigencia de una autorización administrativa previa ha de ser concebida como un obstáculo a la libre prestación de servicios sanitarios. Se iniciaba así el proceso de liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza. A través de sus sentencias, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido conformando todo un cuerpo jurisprudencial acerca del alcance del derecho a la asistencia sanitaria en otro Estado y sus reembolsos. Ha sostenido que la libre prestación de servicios abarca la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que precisan un tratamiento médico, de acudir a otro Estado miembro para recibir allí esos servicios. Ha considerado que constituye una restricción del principio comunitario de la libre prestación de servicios no garantizar a un paciente un nivel de reembolso equivalente al que hubiera tenido derecho si hubiera recibido la asistencia sanitaria en el Estado miembro de afiliación y, en fin, ha considerado que la exigencia de una autorización previa por parte de dicho Estado también es un obstáculo a la libertad comunitaria, aunque en algunos casos la autorización puede estar justificada.

Efectivamente, con la jurisprudencia sentada a partir del año 1998 en los famosos casos Kohll y Decker, de 28 de abril, puede decirse que el Tribunal ha inaugurado una segunda vía para el acceso a las prestaciones sanitarias al margen de la normativa prevista en materia de Seguridad Social y sin necesidad de contar con una previa autorización administrativa. Con estas dos sentencias, relativas a un tratamiento de ortodoncia y a la compra de unas gafas en otro Estado, el Tribunal ha afirmado que las libertades fundamentales garantizadas en los Tratados constitutivos se oponen a toda normativa nacional que subordine el reembolso de un producto farmacéutico o de una prestación médica obtenida en

⁹ Cantero Martínez, Josefa, “La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: entre ciudadanía sanitaria y reglas del mercado”, en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 83 y ss.

¹⁰ Sevilla Pérez, Francisco, “Propuesta de directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza”, *Revista de Administración Sanitaria* nº 4, 2009, págs. 550 y 564.

otro Estado a la exigencia de una previa autorización concedida por el organismo competente de la Seguridad Social del Estado de afiliación.

Como ambas sentencias se referían a prestaciones sanitarias prestadas en una consulta y que habían sido previamente pagadas por los interesados, se planteaba la duda de si la misma interpretación debía realizarse con las prestaciones que se prestan en los hospitales. A partir de la Sentencia Geraets y Peerbooms, de 12 de julio de 2001 (asunto C-157/99) quedó también solucionada esta duda, «las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario» y, asimismo, ha considerado que «la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que requieren tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir allí dichos servicios» (entre otras muchas, en las sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C-372/04, en la de 19 de abril de 2007, Stamatelaki, C-444/05, en la de 15 de junio de 2010, Comisión/España, C-211/08; en la Sentencia Elchinov de 5 de octubre de 2010, asunto C-173/09 o en la Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C268/13, Elena Petru).

La aplicación de las libertades comunitarias es independiente del modo en que se preste y organice la asistencia dentro de los Estados. La jurisprudencia comunitaria ha declarado de forma inconcusa que todas las prestaciones médicas, ya sean dispensadas a cambio de una remuneración o ya sean prestadas en especie directamente por el sistema público sanitario, están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, incluida la asistencia dispensada en un marco hospitalario¹¹. La liberalización permite la subordinación de la asistencia a una autorización previa por razones imperiosas de interés general, especialmente por la necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o cuando se trate de asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos disponibles.

La aplicación de esta prolija jurisprudencia nos ha situado ante un novedoso y complejísimo marco que resulta difícil de gestionar de forma unilateral para un Estado sin tener en cuenta a los demás Estados implicados. Ciertamente es complicado que un Estado pueda definir su política sanitaria y su responsabilidad, especialmente en materia de reembolso de gastos médicos, sin ponerse de acuerdo con los demás sobre las responsabilidades de otros países involucrados y sobre la seguridad y calidad de las prestaciones, lo que requiere la cooperación a escala comunitaria y cierta aproximación de las normas sanitarias de los distintos Estados miembros. Todo ello llevó a las autoridades europeas a decidir la liberalización del sector sanitario mediante la aprobación de una Directiva comunitaria sobre la asistencia sanitaria transfronteriza, invocando directamente principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 del TFUE ante las dificultades que encontrarían los Estados para conseguir de una manera suficiente el objetivo perseguido de la movilidad de los pacientes.

¹¹ Para profundizar sobre esta extensa línea jurisprudencial nos remitimos a García Amez, Javier, “El reintegro de gastos en la directiva de asistencia transfronteriza: compensación para el paciente y reforzamiento de la libre circulación de pacientes consolidada a través de la jurisprudencia europea”, en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, dirigida por Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 60 y ss.

Inicialmente esta intervención pretendió legitimarse exclusivamente en la competencia de la Unión sobre el mercado interior, esto es, en el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) relativo a la mejora del funcionamiento del mercado interior. Es decir, paradójicamente, la creación de este nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza que extiende los derechos de ciudadanía sanitaria tendría su fundamento legal último, su legitimación, en el mercado interior. Posteriormente se decidió incluir un nuevo título de intervención, esta vez el relativo a la salud pública previsto en el art. 168.7, que obliga a la Unión Europea a conseguir un nivel elevado de protección de la salud en todas sus políticas. A pesar de que se invocan ambos títulos competenciales, la Directiva es muy clara y tajante al establecer que “la base jurídica adecuada es el artículo 114 del TFUE”, toda vez que la mayoría de sus disposiciones tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios.

La culminación de todo este proceso liberalizador se ha producido con la aprobación de la *Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Esta norma comunitaria, que entró en vigor el 25 de octubre de 2013, se aplica sólo a la asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación¹². Ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento a través del *Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación*. Con este nuevo marco jurídico se pretende sistematizar y clarificar los derechos de los pacientes en la movilidad transfronteriza para facilitar la libre circulación de pacientes por todo el territorio del Espacio Económico Europeo.

En todo caso, conviene señalar que la Directiva no supone el reconocimiento de un sistema sanitario europeo. Como señala Álvarez González, las diferencias que existen entre los distintos modelos europeos de organización y financiación sanitaria, unida a la ausencia de un desarrollo significativo de la asistencia sanitaria que deben recibir los ciudadanos para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud a nivel comunitario, sitúan todavía lejano el momento en el que podamos hablar de un sistema sanitario europeo único que, por lo demás, requeriría un amplio e intenso debate al respecto¹³. Simplemente pretende establecer un marco general para una provisión de asistencia sanitaria transfronteriza segura, eficaz y

¹² Por lo demás, la Directiva tiene otro contenido que, sin duda, merece una valoración altamente positiva.

Crea una red de puntos de contacto nacionales encargados de ofrecer información clara y exacta sobre dicha asistencia, que está llamada a desempeñar un papel esencial para el adecuado uso de este derecho. Establece las bases para la cooperación sanitaria entre los países europeos y un nuevo entramado de compromisos y responsabilidades de los Estados en esta materia. Asimismo, ayuda a los países de la Unión a poner en común su experiencia sobre la mejor atención posible al paciente estableciendo la obligación de intercambiar información sanitaria, favoreciendo la atención a las enfermedades raras y la creación de centros de referencia. Potencia el uso de las nuevas tecnologías sanitarias y la creación de redes para la evaluación de las tecnologías, fomenta la e-salud y establece unas normas europeas sobre los elementos que deben contener como mínimo las recetas médicas de un país de la UE para que el paciente pueda utilizarlas en otro, favoreciendo así su movilidad (receta transfronteriza).

¹³ Álvarez González, Elsa Marina, “El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza”, *Derecho y Salud*, volumen 18, número 2, julio-diciembre de 2009, pág. 31; *Sanidad transfronteriza y libertad de circulación. Un desafío para los lugares europeos de retiro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 193 y ss.

de gran calidad. Trata de garantizar que la libre circulación de los servicios sanitarios no va a suponer una merma del “elevado nivel de protección de la salud” que tiene que garantizar la normativa comunitaria, intentando respetar al mismo tiempo, claro está, las responsabilidades y competencias que tiene cada uno de los Estados miembros sobre la organización y el suministro de servicios de salud y atención médica. Un equilibrio de objetivos que, como a nadie se le escapa, no resultará nada fácil de conseguir pero que, poco a poco, puede ir contribuyendo a un cierto acercamiento entre los distintos sistemas, al menos en aquellas materias en que se instaure la cooperación entre los Estados.

Sin embargo, la asistencia sanitaria transfronteriza regulada en la Directiva es una posibilidad añadida a la contemplada en los **Reglamentos** sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social existentes. La Directiva ha dado lugar a la conformación de un modelo dual para regular la movilidad de los pacientes y las prestaciones médicas que se reciben en otro Estado¹⁴. Tanto la vía de la Directiva 2011/24/UE como la vía de los reglamentos sobre Seguridad Social coinciden ampliamente en sus ámbitos subjetivos y objetivos de aplicación, lo que nos sitúa ante un marco jurídico ciertamente complejo, por no decir ante una situación de auténtica “patología” jurídica, pues la misma realidad se regula de dos formas diferentes, aunque las consecuencias para el paciente y para los propios servicios de salud son considerables según se utilice una u otra vía.

Efectivamente, tal como se explica en la exposición de motivos del reglamento, la diferencia práctica más notable es que, con arreglo a la Directiva, los pacientes anticipan los pagos de la asistencia sanitaria recibida que se reembolsarán posteriormente según los casos; mientras que, en el ámbito de los reglamentos, no existe esta obligación con carácter general porque existe un sistema de compensación entre los Estados. Otra diferencia, a mi juicio la más destacable, es que la directiva es aplicable a todos los proveedores de asistencia sanitaria, ya sean públicos o privados, mientras que los reglamentos coordinan sólo sistemas de seguridad social. Por eso, el proceso de liberalización de la asistencia transfronteriza que incorpora la Directiva se ha interpretado como una oportunidad de negocio y expansión para la sanidad privada. Fuera de las fronteras, se permite al paciente optar entre lo público y lo privado, lo que supone una importantísima novedad para nuestro servicio público.

Los reglamentos garantizan la protección sanitaria de los ciudadanos europeos cuando se mueven por el espacio europeo, tanto en el caso de estancia temporal como permanente¹⁵. El asegurado, que tendrá que estar en posesión de la Tarjeta Sanitaria Europea y, en su caso, disponer de los correspondientes documentos autorizatorios¹⁶, tendrá derecho a disfrutar de las prestaciones

¹⁴ Alonso Olea García, Belén, “Las prestaciones sanitarias en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Derecho y Salud*, número extraordinario, volumen 26, 2016, pág., pág. 409.

¹⁵ Gil Pérez, María Encarnación, “Implicaciones para el paciente transfronterizo del sometimiento a los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social. La existencia de un modelo dual para la asistencia sanitaria en Europa”, en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 226 y ss.

¹⁶ El documento DA1 (el antiguo E-123) está previsto únicamente para los supuestos en los que la atención sanitaria es requerida como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. El documento S1 (antiguo E-106) se requiere para desplazamientos temporales y trabajadores que ejerzan su actividad en dos o más Estados miembros, pero no está previsto cuando el motivo de la estancia en otro Estado sea precisamente el recibir un tratamiento médico; el S2 (antiguo E-112) para los supuestos de asistencia sanitaria programada en otro Estado y el S3 (antiguo E-106) está pensado para los trabajadores

sanitarias en las mismas condiciones que disfrutarían los propios pacientes del Estado que le presta la asistencia. La elección de esta vía para el paciente no es neutral, toda vez que, si existen disparidades entre los dos Estados implicados, el paciente no tendrá derecho a recibir las prestaciones a las que tendría derecho conforme a la legislación de su país si las mismas no existen en el país de residencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, asunto Chamier-Glisczinski, C-208/07, relativa a las prestaciones médicas en caso de dependencia). Tampoco tendrá derecho al reembolso de gastos cuando el nivel de cobertura del país del tratamiento sea inferior al que le correspondería en el Estado de afiliación (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2010). La Directiva, como regla general, no requiere la obtención de una previa autorización pues ello se concibe como un obstáculo a la libre circulación de pacientes y a la libre prestación de servicios. Sólo en supuestos tasados de asistencia hospitalaria o especialmente costosa se exige autorización, cuyo otorgamiento no recae en el INSS sino en el propio servicio autonómico de salud.

También existen diferencias en relación con los costes de las prestaciones sanitarias recibidas en otro Estado. Conforme establecen los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social, se reembolsan según las condiciones y tarifas de reembolso del Estado de tratamiento. Además, el procedimiento de reembolso tendrá lugar entre las instituciones de los Estados involucrados. Si el ciudadano opta por la vía de la Directiva y el Real Decreto 81/2014, el paciente pagará directamente al proveedor de la asistencia de acuerdo con los costes y tarifas del país de tratamiento. Pero el reembolso se realizará cuando regrese, de acuerdo con las condiciones y tarifas que se hubiesen aplicado por esa asistencia en España, que es el estado de afiliación, excluyéndose los gastos conexos (alojamiento, manutención y viaje).

Aun así, el deslinde entre ambos marcos jurídicos es muy difícil de establecer en la práctica. En todo caso, puede decirse que existe una preferencia por el sistema de Seguridad Social porque generalmente suele ser más cómodo y beneficioso para el paciente porque no suele anticipar pagos. El art. 1 del Real Decreto 81/2014 es muy claro al respecto: cuando resulten aplicables las disposiciones sobre la asistencia sanitaria transfronteriza previstas en dichos Reglamentos, este reglamento no será aplicable, salvo que el paciente solicite expresamente su aplicación. Por lo demás, existe obligación por parte de la Administración sanitaria de informar al paciente sobre las consecuencias que se derivan de los dos modelos. El art. 7.4.d) es muy claro al respecto al atribuir al punto nacional de contacto la obligación de informar, en particular, sobre los derechos que corresponden al paciente derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza y los derivados de los reglamentos comunitarios de coordinación de los sistemas de seguridad social. Se trata de una información muy delicada que obligará al Ministerio a hacer un importante esfuerzo y a establecer o, en su caso, reforzar las unidades encargadas de hacer esta labor de información y asesoramiento.

transfronterizos, permitiéndoles que puedan recibir la asistencia sanitaria en el país donde trabajaba antes, ya sea para someterse a un nuevo tratamiento o para continuar con el ya iniciado antes de dejar de trabajar en ese Estado.

3. Los efectos más inmediatos de la liberalización en el sistema nacional de salud

3.1. Su resultado para el paciente: la creación de nuevos derechos.

Este nuevo marco liberalizado permite que los asegurados cuyo Estado de afiliación es España –que denominaremos impropia­mente pacientes españoles o pacientes nacionales para agilizar el discurso– puedan decidir libremente si se someten a un tratamiento médico en nuestro país, con las condiciones de nuestro sistema público sanitario, o en cualquier otro Estado de la Unión Europea. Desde esta perspectiva va a tener efectos muy positivos para el paciente que tiene la condición de asegurado (o beneficiario de un asegurado) en el Sistema Nacional de Salud, en la medida en que supone ampliar notablemente su esfera jurídica, sus derechos. Crea un nuevo derecho, el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza.

La liberalización, efectivamente, se ha traducido en el reconocimiento de un nuevo derecho basado exclusivamente en la libertad del paciente y que habrá que hacer compatible con nuestro modelo de servicio público, basado fundamentalmente en la idea de igualdad y de solidaridad. El paciente puede elegir de forma completamente libre el lugar y la forma de ejercer su derecho a las prestaciones sanitarias públicas. Puede optar por recibir un tratamiento médico en nuestro país, sometiéndose a las exigencias impuestas por nuestro Sistema Nacional de Salud que, como es sabido, requiere que las prestaciones se faciliten en los centros y servicios propios o concertados y por el personal estatutario de su correspondiente servicio de salud¹⁷, pues nuestro sistema público no garantiza un derecho de opción entre la sanidad pública y la privada. O bien puede decidir que ese mismo tratamiento le sea prestado en cualquier otro Estado del Espacio Económico Europeo, esto es, en cualquiera de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, más Islandia, Liechtenstein y Noruega¹⁸, en cuyo caso también podrá elegir libremente entre la sanidad pública y la privada. Se hará cargo del pago del tratamiento y después solicitará su reembolso al sistema público, correspondiendo su abono al servicio de salud de su Comunidad Autónoma.

En la medida en que el ejercicio de este nuevo derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza exige al paciente anticipar el pago del servicio para exigir después su reembolso, no es de extrañar que se haya considerado como un derecho de carácter ciertamente elitista¹⁹, toda vez que sólo podrán ejercitarlo los pacientes que tengan recursos económicos suficientes como para hacerse cargo del coste del tratamiento médico y de los costes de desplazamiento y alojamiento en otro

¹⁷ Según el art. 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, las prestaciones sanitarias únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte.

¹⁸ Suiza aplica solo los reglamentos comunitarios de Seguridad Social por aplicación del Acuerdo sobre la Libre Circulación de las Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (BOE 21.6.2002).

¹⁹ De Angelisi, Monica, «The expansion of patients' rights in Europe: a new perspective for healthcare abroad», *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, Series VII, Social Sciences Law, Vol. 7 (56) No. 1-2014, pág. 211.

Estado. Quedan excluidos del ámbito liberalizador los cuidados de larga duración, trasplante de órganos o programas de vacunación contra las enfermedades infecciosas. La asistencia que requiere este tipo de situaciones queda al margen de la Directiva comunitaria y, por tanto, no se aplica el derecho a la libre elección transfronteriza del paciente.

Para la efectividad de este derecho el paciente debe saber de antemano y con certeza qué reglas serán aplicables²⁰. Se entiende que sólo así el paciente podrá elegir con conocimiento de causa y podrá establecerse un nivel elevado de confianza entre el paciente y el proveedor de la asistencia sanitaria, ya sea público o privado. Para hacer efectivo este derecho de información se establece un complejo entramado de relaciones entre los puntos nacionales de contacto que deben existir obligatoriamente en cada Estado, que deben estar conectados entre sí y actuar en red. Debe haber un punto nacional en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, aunque este deber se extiende también a los “proveedores de asistencia sanitaria”, esto es, a toda persona física o jurídica que preste legalmente asistencia sanitaria.

Para facilitar el ejercicio del derecho de opción, el Real Decreto 81/2014 fija los principios generales y los derechos de los pacientes, estableciendo las garantías para que la prestación médica se otorgue en condiciones de calidad, seguridad y transparencia mediante mecanismos como la información a través de los puntos nacionales de contacto, la posibilidad de presentar reclamaciones para pedir reparación por la asistencia prestada de modo no satisfactorio, la continuidad del tratamiento y la protección de su derecho a la intimidad.

Nuestro ordenamiento exige, no obstante, el cumplimiento de algunas formalidades previas. El art. 10.4 del Real Decreto prevé que, en el caso de que el asegurado reciba asistencia en otro Estado y sea necesaria una evaluación previa que justifique la indicación de la prestación sanitaria que se debe proporcionar al paciente, la misma será realizada por un médico de atención primaria. Ciertamente esta previsión, en la medida en que actúa como un importante filtro para el ejercicio del derecho, resulta de dudosa compatibilidad con la Directiva, tal como reconoce el Informe presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva. Tal como se recuerda en dicho documento, según el principio de reconocimiento mutuo de cualificaciones, los Estados miembros deben aceptar las decisiones relativas a la necesidad clínica y al carácter adecuado del tratamiento adoptadas por un médico con cualificaciones profesionales equivalentes en otro Estado miembro²¹.

Sólo en algunos casos este tipo de asistencia requiere una autorización previa por parte de la entidad responsable del aseguramiento del paciente en su país de afiliación. Estos supuestos se han fijado en el anexo II del Real Decreto 81/2014, que, como regla general, exige la previa autorización cuando el tratamiento implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche.

²⁰ Este derecho a la movilidad abarca no solo al tratamiento médico, sino también la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios cuando estos sean provistos en el contexto de un servicio sanitario, bien porque se adquieran dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea el Estado miembro de afiliación o bien porque se adquieran en otro Estado que no sea aquel en que fue expedida la receta.

²¹ *Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*, Bruselas, 4 de septiembre de 2015, COM (2015), 421 final.

Asimismo, se ha previsto cuando el paciente necesite ser tratado en centros o unidades de referencia, cuando se trate de la utilización de técnicas, tecnologías o procedimientos que sean sumamente especializados o tengan un elevado coste económico; cuando se trate de diálisis, de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, de tomografías por emisión de positrones (PET), radioterapia, cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico, radiocirugía, análisis genéticos, tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 €, cuando se trate de determinados tratamientos que requieran prótesis o fórmulas nutricionales, etc. En estos casos, la Administración deberá resolver en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, entendiéndose estimada la solicitud por silencio administrativo positivo una vez vencido el plazo sin haberse notificado la resolución.

Por lo demás, y en coherencia con la jurisprudencia comunitaria, la Administración sólo puede denegar la autorización solicitada si el tratamiento solicitado no se encuentra dentro de la cartera de servicios, si puede representar un riesgo para el paciente o la salud pública o el prestador de servicios no reúne las condiciones de seguridad y calidad y puede asimismo representar un riesgo. También puede denegarse la autorización si en España puede ofrecerse una asistencia sanitaria apropiada en un plazo médicamente justificable. A sensu contrario habrá que entender que cuando existe una lista de espera la Administración no puede denegar la autorización solicitada.

Este sistema supone, en definitiva, ampliar considerablemente el ámbito del derecho a la protección de la salud, extender la dimensión territorial de este derecho y su modo de ejercicio para configurarlo como un derecho extrapolable libremente a cualquier país del Espacio Económico Europeo. En este sentido, supone también una verdadera espita en nuestro sistema en la medida en que lo abre directamente a la sanidad privada. Si concurre el elemento transfronterizo, esto es, la asistencia prestada en otro Estado, nuestro sistema público deberá hacerse cargo del coste del tratamiento realizado en centros sanitarios privados. Esto significa que el coste del ejercicio de este nuevo derecho supondrá un detrimento del presupuesto dedicado a la sanidad de todos los asegurados y beneficiarios de la sanidad pública.

Con todo ello se pretende favorecer tremendamente la movilidad de los pacientes en el ámbito europeo y, al menos en este sentido, también podría considerarse como una modalidad del denominado “turismo sanitario²²”, pues con este término se suele denominar genéricamente al fenómeno que se produce cuando un paciente decide voluntariamente someterse a un tratamiento médico en otro país. Ahora bien, la liberalización del modelo sanitario que implica la Directiva tiene otros matices importantes que impedirían calificar a este fenómeno, sin más, como una manifestación del turismo sanitario, toda vez que éste se va a efectuar en un nuevo marco de derechos y con cargo al correspondiente servicio público sanitario, que deberá reembolsarlo²³. De ahí la necesidad de calificar este nuevo

²² Wismar, M., Palm, W., Figueras, J., Ernst, K. Y Van Ginneken, obra colectiva titulada, *Cross-border health care in the European Union. Mapping and analysing practices and policies*, Observatory Studies Series, No. 22, 2011. Sobre esta cuestión, y en extenso, nos remitimos al trabajo realizado por Lunt N, Smith R, Exworthy M, Green St, Horsfall D, Mannion R., *Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review*. OECD, 2011, así como a la bibliografía allí citada. El documento puede consultarse en: <https://www.oecd.org/els/health-systems/48723982.pdf>

²³ Busatta, Lucia, “La cittadinanza della salute nell’Unione Europea: il fenomeno della mobilità

régimen como “asistencia sanitaria transfronteriza” más que como turismo sanitario. En estos supuestos, los ciudadanos europeos que deciden tratarse en otro Estado distinto están ejerciendo una nueva modalidad de ciudadanía europea sanitaria²⁴ pero, al mismo tiempo, lo hacen también como consumidores de un servicio sanitario, por lo que puede decirse que el nuevo sistema denota una visión ciertamente mercantilista de la sanidad. La sanidad se ha convertido en un servicio de interés general parcialmente liberalizado lo que, sin duda, tendrá importantes consecuencias para nuestro Sistema Nacional de Salud.

Por el momento las consecuencias prácticas y económicas de este nuevo derecho no son muy significativas porque todavía es un derecho desconocido²⁵. Los flujos de pacientes que son atendidos en el extranjero en virtud de la Directiva están siendo bastante bajos. Además, los distintos informes y estudios realizados hasta el momento de la experiencia durante estos últimos años sugieren que existe un gran desconocimiento sobre él y muestran que los Estados tienen una gran dificultad para separar entre las solicitudes de autorización presentadas al amparo de la Directiva 2011/24/EU y las presentadas en virtud de la aplicación de los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social debido fundamentalmente a las dificultades jurídicas que existen para separar estos dos instrumentos y sus correspondientes regímenes jurídicos, toda vez que ambos regulan la misma cosa: la asistencia sanitaria prestada en otro Estado²⁶. Los datos del Informe presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre la aplicación de la Directiva indican que se trata de cifras agregadas que combinan datos de los Reglamentos sobre seguridad social y la Directiva.

Son muchas las causas que explicarían el modesto impacto que está teniendo la Directiva. Según se señala en el Eurobarómetro publicado sobre esta concreta materia en mayo del año 2015, la prestación de servicios sanitarios transfronterizos y su cobertura por parte de los Estados es un proceso sumamente complejo, rodeado de importantes dosis de inseguridad jurídica y sobre el que todavía falta mucha información²⁷. Algunos estudios también sugieren como principales puntos débiles del sistema las dificultades para realizar una transferencia segura de los datos sanitarios recogidos en la historia clínica del paciente, las dificultades para la continuación de los tratamientos cuando el paciente regresa a su lugar de residencia, así como la falta de normas claras sobre

transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti”, *DPCE online* 2015-3, disponible en www.dpce.it.

²⁴ Véase Cantero Martínez, Josefa y Garrido Cuenca, Nuria, “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 18, 2014, monográfico dedicado a las fronteras del derecho biosanitario, págs. 89-127.

²⁵ En España, se ha reembolsado durante el año 2016 la cantidad de 2657 euros en concepto de movilidad de pacientes sin haber solicitado autorización previa. La suma de los reembolsos realizados en el caso de tratamientos médicos sometidos a autorización previa ha sido de 3985 euros. En otros países, por ejemplo, las cantidades son muchísimo más significativas. Así, por ejemplo, en Francia, por los tratamientos previamente autorizados se han reembolsado 21,750,698.7 y en Irlanda, 1,752,132. Euros. *European Member State Data. Cross-border patient flows based on Directive 2011/24/EU*. Year 2016. ec.europa.eu/health/sites/health/files/cross_border_care/docs/ev_20171019_co01_en.pdf

²⁶ *Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*. Comisión Europea, Bruselas, 4 de septiembre de 2015, COM (2015) 421 final, págs. 6 y 7.

²⁷ *Patients' rights in cross-border healthcare in the European Union*, Special Eurobarometer 425, publicado en mayo de 2015. Disponible en: ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_425_sum_en.pdf

los reembolsos de los gastos médicos²⁸. Según esta misma fuente, las dos razones principales que llevarían a un paciente a someterse a un tratamiento médico en otro Estado son la falta de disponibilidad de dicho tratamiento en su Estado de residencia y recibir tratamiento de mejor calidad. Por el contrario, la principal razón por la cual los encuestados no están dispuestos a someterse a un tratamiento médico en otro Estado es porque están satisfechos con la asistencia sanitaria que reciben en su propio país (55%) y por ello, en circunstancias normales, no sentirían la necesidad de buscar tratamientos fuera. En este sentido, la satisfacción fue particularmente alta en España (70% de los encuestados). Asimismo, para el 49% de los encuestados, era más conveniente ser tratados cerca de su casa.

Todos estos factores posiblemente son los que nos permiten explicar el escaso flujo de pacientes que se han producido en estos últimos años, especialmente en España, donde, según demuestran estas encuestas, existe un elevado grado de satisfacción con la asistencia que se presta en nuestro país y una importante percepción de falta de información sobre el contenido concreto del derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza. Ahora bien, el hecho de que esté siendo escasamente utilizado por el momento no significa que, en un futuro inmediato, en la medida en que este derecho sea más conocido, no pueda cambiar esta tendencia.

3.2. Sus consecuencias para los servicios de salud autonómicos: ¿Solo meras adaptaciones o más bien su mercantilización?

Aun siendo la organización y gestión de la asistencia sanitaria una cuestión estrictamente interna de los Estados (art. 168.7 del TFUE), el nuevo marco liberalizador va a requerir algo más que “adaptaciones” de los servicios autonómicos de salud, tal como anticipaba la sentencia Watts en el año 2006. La transposición de la Directiva ha querido ser respetuosa con nuestro modelo de descentralización sanitaria y, en consecuencia, ha convertido a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en los nuevos protagonistas del sistema. Se ha instaurado para ellos un novedoso marco de obligaciones de carácter básicamente mercantilista para dar respuesta a la aparición de este nuevo derecho de los pacientes basado en la libre opción sanitaria transfronteriza.

El espíritu de la directiva no es otro que el de garantizar la movilidad del paciente y para ello hace posible la libertad de elección de éste sin que pueda producirse ningún tipo de discriminación por razón de nacionalidad. Esto supone que el flujo de pacientes es bidireccional: los pacientes asegurados que residen en España pueden acudir a otro Estado del Espacio Europeo y, asimismo, los pacientes de otros Estados pueden decidir recibir sus tratamientos médicos en nuestro Sistema Nacional de Salud o en las clínicas privadas españolas, lo que forzosamente ha de tener consecuencias en nuestro modelo y requerirá de importantes adaptaciones.

En la medida en que el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza permite al paciente recibir un tratamiento en cualquier Estado europeo, se ha ampliado la dimensión territorial del derecho a la protección de la salud para configurarlo como un derecho libremente transportable por Europa, que el paciente asegurado puede ejercitar en cualquier Estado del Espacio Económico Europeo con cargo al presupuesto público. A partir de ahí, la principal obligación que corresponde al servicio de salud es la de costear el tratamiento recibido por

²⁸ Sanne Elise Verra, Renske Kroeze y Kai Ruggeric, “Facilitating safe and successful cross-border healthcare in the European Union”, *Health Policy* 120, 2016, págs. 718 a 727.

sus pacientes asegurados a través del reembolso de los gastos médicos, con arreglo a las condiciones y requisitos que establece esta normativa reglamentaria. Si resulta aplicable la normativa dispuesta en los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social se aplicarán ellos con carácter preferente, salvo que el paciente solicite expresamente la aplicación de la Directiva (artículos 1 y 5.1 del Real Decreto). Ello es lógico si tenemos en cuenta que el sistema de seguridad social suele ser mucho más favorable para el paciente porque la compensación se hace entre Estados y éste no tiene que anticipar su pago. Como el reembolso lo tiene que efectuar la Administración sanitaria autonómica se han establecido ciertos límites para evitar que se pueda producir un enriquecimiento injusto del paciente. De esta manera, la asunción de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza tiene como límite la cuantía que el mismo habría asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder nunca del coste real de la asistencia efectivamente prestada, aplicándose las tarifas aprobadas y publicadas en esa Comunidad y sin incluir los gastos de alojamiento o de viaje. Estos gastos de reembolso se fijan, en todo caso, mediante un procedimiento transparente de cálculo, basado en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por el paciente. Es decir, las tarifas que fije la Administración sanitaria autonómica no podrían en ningún caso incrementarse para los pacientes extranjeros. Para ello, una de las primeras obligaciones que se establecen para las Administraciones autonómicas consiste precisamente en regular y fijar los procedimientos para la exigencia de los reembolsos y para la obtención de las correspondientes autorizaciones cuando éstas sean precisas.

Da la impresión de que nuestra normativa no quiere favorecer esta faceta, esto es, que los pacientes españoles viajen al extranjero. En este sentido, la directiva ha previsto determinados mecanismos para facilitar e incentivar el ejercicio de este derecho que no han sido recogidos finalmente por nuestra norma de transposición. Así, por ejemplo, el art. 7.4 de la Directiva prevé expresamente la posibilidad de que los Estados puedan decidir también reembolsar “los costes íntegros de la asistencia”, incluso si ésta excede de la cuantía que habrían asumido si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio e incluso reembolsar los gastos conexos, tales como los gastos de alojamiento del paciente, de viaje o los gastos adicionales en que pudieran incurrir las personas con discapacidad cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza. Sin embargo, nuestro RD 81/2014 no ha previsto este otro contenido adicional de los reembolsos. Más bien podríamos decir todo lo contrario. Entre la documentación que debe presentar el paciente para el reembolso debe expresar también “la razón clínica por la que se presta asistencia sanitaria transfronteriza” (anexo I). Da la impresión de que se le obliga a explicar el porqué de dicha atención, lo cual resulta escasamente compatible con la libre circulación y con el derecho de opción que consagra el nuevo sistema. Recordemos que se trata enteramente de un derecho de libertad y que, en consecuencia, deben ser completamente indiferentes los motivos que han llevado al paciente a utilizar esta vía.

Asimismo, para facilitar su ejercicio y proporcionar mayor seguridad jurídica, el art. 9.5 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados puedan establecer un sistema voluntario de notificación previa al paciente, de modo tal que éste reciba por escrito una estimación del importe máximo reembolsable. Dicha estimación, además, podría tener en cuenta el caso clínico del paciente, especificando los procedimientos médicos que puedan aplicarse. El Reglamento de transposición, no obstante, se limita a establecer la obligación del punto nacional

de contacto del Ministerio de Sanidad de informar sobre los derechos del paciente “distinguiendo claramente” los que corresponderían por cada una de las dos vías existentes.

Por último, dado que este derecho no deja de ser un derecho “elitista” que sólo pueden ejercer las personas que tengan recursos económicos, el art. 9.5 de la Directiva también había contemplado la posibilidad de que los Estados puedan aplicar los mecanismos de compensación financiera entre las instituciones competentes previstas en los reglamentos de coordinación de la Seguridad Social para evitar que el paciente tenga que anticipar el pago de la prestación. No obstante, tampoco esta otra medida se ha contemplado en el ordenamiento español.

Por lo demás, el nuevo sistema intensifica las obligaciones de la Administración de informar al paciente con la intención de facilitarle el ejercicio de este derecho, lo que exige, como mínimo, proporcionarle información adecuada para que elija libremente y adoptar las medidas que sean necesarias para que el paciente continúe con su tratamiento médico cuando regrese como si dicho tratamiento lo hubiera recibido en España. Tendrá que facilitarle una copia de su historia clínica o la posibilidad de disponer de ella, de los informes clínicos, de los resultados de pruebas diagnósticas, respetando las garantías de seguridad en el tratamiento de datos que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico. Se incluye directamente en esta materia un deber de cooperación entre ambos Estados en materia de sanidad electrónica para el intercambio de la información que sea oportuna para la continuidad del tratamiento, lo que nos remite directamente a la red europea de sanidad electrónica, que conecta a la autoridad nacional que designe el Ministerio con las autoridades responsables de los demás Estados. Se establece también la obligación de las Administraciones de promover el acceso electrónico a la documentación clínica por medio de cualquier sistema. Una nueva opción que se está generalizando en algunas Comunidades Autónomas bien podría ser la llamada “carpetas sanitarias” que, estando configurada como un servicio público, permite al paciente tener a su disposición toda la información relativa a su salud.

En fin, como se ha señalado, el ejercicio de este derecho puede ser visto por los servicios de salud como una importante vía para descongestionar las listas de espera. Es posible que las Comunidades Autónomas intenten evitar estos efectos gestionando de una forma más eficiente sus listas de espera y, en general, las prestaciones sanitarias²⁹. El tiempo nos dirá.

Pero no son estos los únicos retos a los que han de responder los servicios autonómicos de salud. La liberalización del sector sanitario conlleva, tal como expresamente resalta la exposición de motivos del Real Decreto 81/2014, una oportunidad para la sanidad privada y un reto para el sector sanitario público, que tendrá que adaptarse al nuevo marco de obligaciones que prevé dicha normativa para facilitar el flujo de pacientes³⁰.

El nuevo marco liberalizador supone ciertamente una importante oportunidad de expansión para la sanidad privada y así lo han resaltado las propias normas y el Gobierno español. Dado el prestigio de que gozan los profesionales sanitarios españoles y el atractivo que supone el turismo en España, es previsible que este fenómeno de la asistencia sanitaria transfronteriza pueda atraer a

²⁹ De Angelis, Mónica, *op. Cit.*, pág. 215.

³⁰ Para un análisis mucho más detallado de estas nuevas obligaciones nos remitimos, por todos, a Lomas Hernández, Vicente, “La gestión del turismo sanitario de ida y de vuelta en el ámbito público y privado”, en *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 297 y ss.

importantes flujos de turistas que opten por una clínica española para someterse a un determinado tratamiento médico, anticipando los gastos y después solicitando el correspondiente reembolso cuando vuelvan a su país. Ello, sin duda, debe ser valorado positivamente por las oportunidades de expansión y riqueza que causaría en el sector. Además, como se ha señalado desde las propias instancias públicas, se espera que la atracción de estos flujos de pacientes no afecte directamente al servicio público sanitario. Dada la existencia de listas de espera, es previsible que los pacientes extranjeros las eviten acudiendo directamente a las clínicas y hospitales privados.

Nada impide, no obstante, que el paciente extranjero decida someterse a un tratamiento en un hospital público o a una consulta de atención primaria o especializada en el correspondiente servicio de salud autonómico, pues nuestro servicio público cuenta con excelentes profesionales y de gran prestigio. De ser así, la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad posiblemente requeriría la realización de ciertos ajustes y la adopción de medidas para agilizar las listas de espera, toda vez que estos pacientes se incorporarían al sistema público en las mismas condiciones que los pacientes asegurados españoles.

Especial interés reviste, efectivamente, la aplicación del principio básico de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los pacientes españoles y extranjeros. Esta obligación se aplica tanto a los centros públicos como a los privados, aunque en este último caso es difícilmente acreditable porque dependerá de las normas internas que rijan cada uno de estos centros. En el caso de los centros sanitarios públicos resultaría aplicable el régimen actualmente previsto para los pacientes privados. Ello significaría que estos pacientes transfronterizos, a efectos internos, tendrían un estatus similar al que tienen los pacientes privados en nuestro servicio público. Como quedó acreditado en el asunto *Ferlini*, impediría, por ejemplo, establecer unas tarifas superiores a las que se aplicarían a los pacientes nacionales (sentencia *Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg*, de 3 de octubre de 2000, asunto C-411/98). En consecuencia, para la atención primaria se les aplicarían las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios. El ingreso en centros hospitalarios se efectuaría a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente español o paciente transfronterizo.

En este caso, el ejercicio de este derecho podría tener un importante impacto en nuestros servicios de salud. Podría suponer un incremento considerable de las listas de espera, lo que requeriría realizar un importante esfuerzo para su adecuada gestión, toda vez que la normativa de transposición no les ha dotado de ninguna herramienta que les permita reaccionar contra este fenómeno y, en su caso, acotarlo. Sólo la Administración estatal tendría la posibilidad de limitar el acceso de los pacientes extranjeros. Llegado el caso, solo el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podría establecer condiciones respecto al acceso al tratamiento en España de pacientes europeos, siempre y cuando estas medidas sean proporcionadas y resulten necesarias para garantizar el acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria ofertada por los servicios autonómicos de salud. Dichas limitaciones deben ser valoradas previamente por la Comisión Europea y publicadas en el punto nacional de contacto. Sólo se permiten cuando estén justificadas por razones imperiosas de interés general, especialmente por la

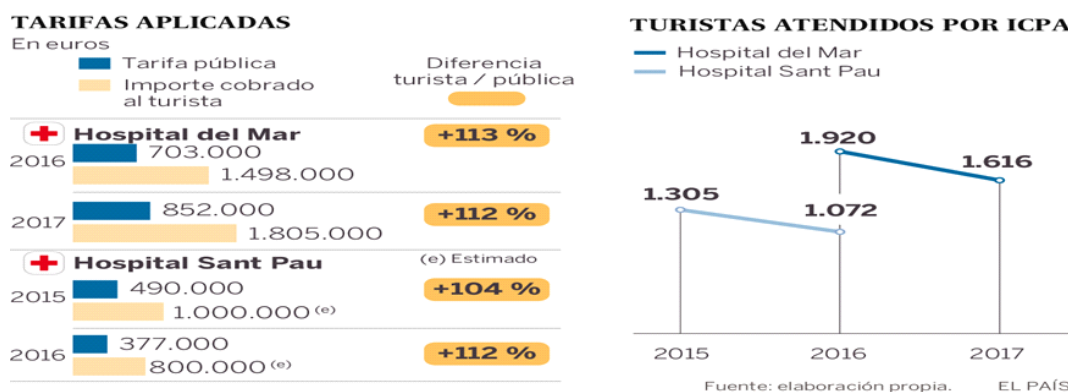
necesidad de planificación para garantizar una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad, o se pretenda asegurar un uso racional de los recursos financieros, técnicos y humanos.

La aplicación del nuevo sistema supone todo un reto para los servicios autonómicos de salud y exige un nuevo cambio en la cultura sobre la facturación por los servicios prestados, tanto en la atención primaria como en la atención especializada³¹. El centro sanitario debe facturar por los servicios que preste a pacientes de otro Estado, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los servicios de salud, sin que, en ningún caso, puedan revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes. En este sentido, la Administración debería ser muy cautelosa y vigilante si decide externalizar los servicios de facturación para evitar que las empresas contratantes puedan utilizar la sanidad pública para hacer un boyante y, a todas luces, injustificado negocio, tal como ha sucedido ya en nuestro modelo sanitario³². Por lo demás, las reglas de facturación vienen establecidas y reguladas con detalle especialmente en los artículos 11 y 12 del RD 81/2014.

Con el tiempo, es previsible que la liberalización acabe generando una nueva cultura de competitividad que ahora no existe entre centros públicos y privados, e incluso entre los propios centros públicos sanitarios entre sí, para la atracción de pacientes y, con ello, para la obtención de nuevos ingresos. De hecho, el art. 8 del Real Decreto 81/2014, al fijar las obligaciones de información de los proveedores de asistencia sanitaria, introduce la información relativa a sus indicadores de calidad, información sobre los resultados conocidos de las distintas opciones de tratamiento obtenidos en sus centros, información relativa a las certificaciones respecto a sistemas de calidad como el sistema de formación sanitaria especializada, el de los Centros, Servicios y Unidades de Referencia, sistemas de acreditación de

³¹ Véase al respecto el trabajo de Vázquez Garranzo, Javier, “Turismo Sanitario y facturación”, en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, *op. Cit.*, págs. 418 y ss.

³² En la prensa ha salido recientemente publicada la denuncia de las prácticas llevadas a cabo por *International Care Patient Assistance* (ICPA, llamada Gestitursa hasta 2012) que tramitó el año pasado la factura de miles de turistas en el Hospital del Mar y en el de Sant Pau de Barcelona, llegando a triplicar las tarifas oficiales de estos centros. Aunque el contrato fija un canon que asegura al centro el 55% de lo facturado a sus pacientes, nueve de cada 10 euros pagados por los turistas por encima de la tarifa oficial engrosaron las cuentas de ICPA.



El gran negocio del turista enfermo, publicado en *El País*, el 18 de febrero de 2018. https://elpais.com/ccaa/2018/02/15/catalunya/1518713927_278537.html

la Comunidad Autónoma, sistemas de gestión de la calidad o certificaciones respecto a normas UNE/CEN/ISO u otras.

Por último, se establecen también para los centros de salud o los centros privados nuevas obligaciones de información para el paciente de otro Estado de afiliación, especialmente relacionadas con la información y el sistema de reclamaciones y de responsabilidad sanitaria vigente, reforzándose especialmente las obligaciones en cuanto a la protección del derecho a la intimidad del paciente.

En este sentido, se echa de menos que la Directiva, a pesar de su título, no se haya preocupado por armonizar en mayor grado algunos derechos básicos del paciente, como son los relacionados con su autonomía o con su intimidad. Es evidente que su principal preocupación tiene que ver con una concepción mucho más mercantilista y de consumerista de la asistencia sanitaria.

3.3. Sus efectos sobre los principios inspiradores del servicio público, especialmente sobre la igualdad y la solidaridad

La irrupción de las reglas del libre mercado en los servicios sanitarios tradicionales puede ocasionar importantes disfunciones, especialmente en aquellos Estados que, como el nuestro, han configurado la asistencia médica como un derecho social, como un servicio público de alcance universal basado en la igualdad, en la solidaridad y en la asistencia prestacional por medios exclusivamente públicos. Como ha señalado Sevilla Pérez, implica el olvido de la tradición de los sistemas sanitarios europeos, basados todos ellos en la solidaridad y en la gestión y planificación pública de los centros y servicios sanitarios. Supone tener que afrontar una regulación que tiene como principal base jurídica el artículo que regula el mercado interno (art. 114 del TFUE) y que responde a un planteamiento ultraliberal de los servicios sanitarios basado en la mera compra de servicios médicos por aquellas personas que puedan pagarlos³³. El nuevo sistema concibe más bien al paciente como un consumidor y a la salud como una mercancía, por ello se preocupa por la seguridad y calidad de la asistencia recibida, por cómo ha de realizarse la facturación, por la información que ha de proporcionar los centros sanitarios para competir entre ellos y que el paciente pueda elegir con conocimiento de causa, etc.

La garantía del funcionamiento del mercado interior que inspira casi en exclusiva el régimen de la asistencia sanitaria transfronteriza, y que está basado en la libre elección del prestador de servicios, pago y posterior solicitud de reembolso, poco tiene que ver con los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud. Se introducen ahora nuevos principios liberalizadores como el de la no discriminación por razón de la nacionalidad o el de la libre prestación y elección de servicios, que posiblemente puedan llegar a tener un significativo impacto en la gestión de las listas de espera, por ejemplo, o en la introducción de una nueva cultura de competitividad entre los hospitales públicos para la atracción de pacientes e ingresos³⁴. Las consecuencias de ello todavía están por ver conforme

³³ Sevilla Pérez, Francisco, “Propuesta de directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza”, *Revista de Administración Sanitaria* nº 4, 2009, págs. 550 y 564. La regulación de los servicios sanitarios desde las reglas del mercado, según el autor, produce efectos muy graves sobre la organización de los sistemas: desprotección de los ciudadanos, acceso inequitativo a los servicios, altos costes sanitarios y ninguna evidencia de una mejor calidad que aquellos sistemas que intentan hacer compatible la capacidad de elección con la mejor protección para todos, esto es, igualdad y solidaridad.

³⁴ Para profundizar nos remitimos a Cantero Martínez, Josefa, “La creación del nuevo derecho

se vaya desarrollando este nuevo sistema que apenas está en sus primeros estadios de gestación.

Tanto la Ley General de Sanidad como la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud insisten en que la asistencia sanitaria debe extenderse a toda la población española y que el acceso a las prestaciones sanitarias debe realizarse en condiciones de igualdad efectiva (artículos 3 y 2 de las respectivas leyes). La necesidad de salvaguardar el principio de igualdad y universalidad en el acceso a las prestaciones sanitarias puede ser resumida en la máxima de que «el sistema público sanitario sólo está obligado a dar lo que todos en circunstancias iguales pueden recibir». Sucede, no obstante, que este principio básico puede verse seriamente comprometido en la asistencia sanitaria transfronteriza, toda vez que condiciona su acceso a la capacidad económica del paciente, que deberá hacerse cargo directamente de los gastos de viaje y del tratamiento antes de solicitar el reembolso. Por ello no es de extrañar que se resalte la concepción elitista que esconde este derecho³⁵. Si ya a la importante barrera que supone el conocimiento de un idioma, se añade la carga económica que supone el pago directo de los servicios sanitarios, más el coste del desplazamiento y de la estancia en el extranjero del propio paciente y de algún familiar o acompañante, no es descabellado pensar que la Directiva sólo va a ser útil para unos cuantos, precisamente para aquéllos que ya están en posición de hacerlo. Asimismo, el sistema permitiría a los pacientes con recursos eludir las listas de espera, toda vez que el art. 17 del Real Decreto prohíbe que se puedan denegar las autorizaciones cuando los tratamientos no puedan prestarse en el territorio nacional en un plazo medicamente justificable, teniendo en cuenta, entre otros factores, lo que hayan podido prever en cada Comunidad Autónoma sus respectivas normas de garantías de tiempos de espera³⁶.

También el principio de solidaridad podría verse seriamente comprometido, a pesar de ser uno de los valores y principios comunes compartidos de los servicios de interés general y de venir expresamente mencionado en el nuevo modelo liberalizado³⁷. A ella responde la propia idea de universalización de nuestro

a la libre opción sanitaria transfronteriza. Desafíos de la liberalización en nuestro modelo público sanitario”, en la obra colectiva titulada *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, dirigida por Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 60 y ss.

³⁵ Pieters, Danny, “Asistencia sanitaria, diez áreas de actuación”, en la obra colectiva titulada *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, pág. 961.

³⁶ Consentiría, incluso, que sólo estos colectivos de personal pudieran acceder en última instancia a tratamientos sanitarios más novedosos o alternativos, según la interpretación que de forma casuística vaya realizando la jurisprudencia comunitaria. Así, la jurisprudencia comunitaria deja abierta la posibilidad de que el traslado a otro Estado pueda realizarse para someterse a un tratamiento alternativo o terapias más novedosas que no están expresamente previstas en el catálogo de servicios o en la cartera de prestaciones de los Estados. Así se deriva, al menos, de la STJUE de 5 de octubre de 2010 en el asunto Elchenov (C-173/09). Asimismo, se permitiría el reembolso cuando el traslado se produzca por la falta de medicamentos, de material sanitario, por la falta de equipamientos específicos o de competencias especializadas (STJUE de 9 de octubre de 2014, caso Petru, asunto C-268/13).

³⁷ Este derecho a la sanidad, como parte del Estado de bienestar europeo, ha sido construido como un derecho positivo, basado en la comunidad, e implica la conjunción de recursos y la asignación redistributiva (de ricos a pobres y de sanos a enfermos) y la promoción de reciprocidad y solidaridad. En contraste, la jurisprudencia comunitaria alude en su regulación a la sanidad como derecho “negativo” (en el sentido de ausencia de coacción, como, por ejemplo, el derecho que protege la libertad individual). Palm, Willy y Glinos, Irene, “La

sistema, su financiación con cargo a fondos públicos. Nuestro sistema sanitario está construido sobre la base de ciertos mecanismos de solidaridad que responden a la idea última y originaria de la justicia social, de que los más fuertes y económicamente favorecidos deben sostener y apoyar también a los más débiles y necesitados. Esto explica que en el camino hacia la universalidad del derecho que proclamara la Ley General de Sanidad hayamos ido avanzando conforme hemos podido incorporando a los colectivos más desfavorecidos, especialmente a las personas sin recursos económicos y a los inmigrantes irregulares.

Ahora, no obstante, se ha producido un punto de inflexión en esta materia. Se añaden otros nuevos valores que han de convivir con aquel y que acabarán afectándolo. En el considerando número 21 de la Directiva se recogen estos valores y se expresa que los Estados deben seguir garantizando los valores de solidaridad, acceso universal y equidad y calidad en el acceso a las prestaciones. Ahora bien, también deberán respetarse en el caso de pacientes y ciudadanos de otros Estados miembros, de modo tal que se trate a todos los pacientes de manera equitativa en función de la asistencia sanitaria que precisan y no de su Estado miembro de afiliación. Y ello, según la Directiva, implica que, al hacerlo, deben respetar también los principios de libre circulación de las personas en el mercado interior, de no discriminación por razón de nacionalidad, de necesidad y de proporcionalidad de cualquier restricción a la libre circulación. Ciertamente, el nuevo modelo liberalizado no puede ser exactamente el mismo. Por el contrario, es previsible que la introducción de estos nuevos valores acabe influyendo en los mecanismos de solidaridad de nuestro sistema sanitario, también afectando a la solidaridad en que se basa nuestro servicio público, en la medida en que el coste destinado a la financiación de sólo unos pocos acarrearía una disminución del presupuesto sanitario destinado a la financiación de todos³⁸. El nuevo derecho de opción transfronteriza que surge a consecuencia de la liberalización del modelo supone una apuesta por los derechos individuales, por la libertad del paciente, frente a los derechos de la colectividad y la solidaridad.

3.4. Su impacto en la gestión del servicio por la libre elección de proveedores sanitarios privados

La liberalización también acaba afectando a una cuestión estrictamente interna de los Estados miembros como es la relativa a la forma de organización y gestión de la atención sanitaria. El modelo europeo se fundamenta exclusivamente en la libre elección del profesional sanitario, en el pago directo de los servicios prestados y el posterior reembolso de los mismos. El sistema de asistencia previsto en nuestro Sistema Nacional de Salud, por el contrario, está basado en el monopolio público de la asistencia sanitaria. No existe la libertad de elección por parte del asegurado entre la sanidad pública y la privada, sino que se basa en la prestación directa y gratuita de la asistencia sanitaria a través de medios públicos, del personal legalmente habilitado en centros y servicios propios o concertados.

regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea: entre libre circulación y coordinación”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 7, nº 4, 2009, págs. 587 y ss.

³⁸ Repullo Labrador, José Ramón, “Impacto económico del turismo sanitario. Retos para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza*, op. Cit., págs. 235 y ss.

La posibilidad de que el paciente pueda salirse del sistema, acudir libremente a un médico privado y solicitar posteriormente el reembolso de los gastos, está exclusivamente limitada para aquellos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Es más, sólo procede el reembolso cuando la Administración comprueba que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios públicos sanitarios y que dicha asistencia no ha constituido una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Dada esta estricta regulación, hasta ahora ha resultado muy difícil que el usuario español que decide recibir asistencia sanitaria en otro país de la Unión Europea pueda invocar después este precepto para exigir el reembolso pues, tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, «no se aprecia urgencia vital si el paciente se traslada al extranjero para ser tratado o intervenido, sin autorización oficial, a no ser que surja la urgencia estando ya en el extranjero y sin haber buscado a propósito dicha situación³⁹».

La libre opción entre la sanidad pública y la privada plantea en este sentido el problema de lo que se ha denominado “*reverse discrimination*” para los pacientes nacionales, toda vez que el dinero público no puede hacerse cargo de sus tratamientos médicos privados cuando no está presente el fenómeno transfronterizo⁴⁰. Se trataría de un efecto reflejo derivado del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones comunitarias y que se traduce en una situación de trato desfavorable que el propio Estado da a sus nacionales que no se encuentran en una situación de asistencia transfronteriza⁴¹. La mera posibilidad de que el servicio de salud tenga que costear el recurso a la sanidad privada que el paciente transfronterizo realice libremente supone, cuando menos, una importante disfunción en sistema sanitario por mucho que tenga cobertura legal. En este aspecto la normativa sanitaria interna es mucho menos favorable que la normativa comunitaria. El paciente “nacional” se vería discriminado respecto del paciente “transfronterizo” al no poder usar libremente la sanidad privada con cargo al sistema público.

Aunque el contraste de modelos resulta evidente, la Directiva ha sido muy cautelosa para acotar el modelo y evitar las consecuencias catastróficas que de ello podrían derivarse para los servicios de salud de los Estados miembros. Ha establecido una cláusula de salvaguardia en su artículo 2.3 para aclarar que la Directiva no afectará a las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la organización y financiación de la asistencia sanitaria en situaciones que no guardan relación con la asistencia sanitaria transfronteriza y, en particular, las que establecen las reglas del reembolso en caso de recurrir a

³⁹Entre otras muchas, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero y de 17 de julio de 1990, del Tribunal Superior de Tenerife de 5 de julio de 1991 y del Tribunal Superior de Valencia de 25 de febrero de 1992.

⁴⁰ En realidad, el concepto de la nacionalidad está completamente superado en esta materia por el concepto de la residencia y de afiliación al Estado responsable de la asistencia sanitaria. No obstante, nos tomamos esta licencia para facilitar el discurso y permitir una exposición más gráfica de los problemas de discriminación interna que se plantean en la práctica, aunque esta diferencia de trato tenga cobertura legal. Al respecto nos remitimos a Strban, Grega, Carrascosa, Dolores, Berki, Gabriella y Van Overmeiren, Filip, *Analytical report 2016. Acces to healthcare in cross border situations*, informe elaborado por la red FeSsco, editado por la Comisión Europea, enero de 2017, págs. 8, 35.

⁴¹ Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, “La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho Comunitario en el ordenamiento interno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008, págs. 138 y ss.

proveedores privados dentro del territorio nacional. Se esclarece, pues, que la pretendida libertad de elección del profesional sanitario sólo surge cuando se produce el fenómeno transfronterizo, esto es, cuando el paciente traspasa las fronteras y se dirige a otro Estado miembro para recibir la asistencia médica, amparando de esta manera el estricto régimen de reembolso de gastos médicos por el recurso a la asistencia sanitaria privada que prevén nuestras normas.

Ahora bien, aun siendo clara esta reserva, no evita el riesgo de que pueda extrapolarse esta libertad comunitaria haciendo meramente un razonamiento sencillo o en aplicación de aquella máxima de que quien puede lo más, puede lo menos. Esto es, si se permite la libertad de elección en el extranjero, ¿por qué no iba a poder permitirse la misma libertad en el territorio nacional? De hecho, ya existen pronunciamientos jurisprudenciales que recurren directamente a esta argumentación para soslayar los límites tan estrictos que el actual sistema de reembolso de gastos tiene en nuestro ordenamiento sanitario⁴². Buen ejemplo de los particularismos que pueden darse se encuentra en la STS de 19 de julio de 2016, Sala de lo Social, Sección 1, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. En este caso, se había autorizado a la paciente a un tratamiento novedoso que sólo se realizaba en un centro privado suizo. El INSS había concedido la autorización, pero el paciente se había extralimitado, pues había accedido como paciente privado, eligiendo directamente médico y habitación individual, por lo que el reembolso le fue denegado por haberse excedido en el contenido de la autorización. Finalmente, aplicando la nueva filosofía que se deriva de la Directiva, acaban estimándose las pretensiones del paciente.

En fin, dada la situación de discriminación que en este punto se produce entre el paciente nacional y el transfronterizo, no es de extrañar que ya hayan surgido voces que apuntan como una posible solución la equiparación entre ambos tipos de pacientes para permitir también en el sistema público que el paciente nacional pueda ejercer libremente su derecho de opción entre lo público y lo privado, especialmente en caso de que existan listas de espera⁴³. Al fin y al cabo, se dice, el principio de no discriminación por razones de nacionalidad es un pilar básico del nuevo modelo transfronterizo.

3.5. Otra consecuencia indirecta más: el proceso interno de reflexión sobre el propio modelo y sobre el ámbito subjetivo de la protección sanitaria

El impacto de la Directiva debe examinarse también en un determinado contexto socioeconómico y desde una perspectiva mucho más amplia que simplemente la de asistencia sanitaria transfronteriza. Ha contribuido a alimentar varios debates importantes en curso en muchos Estados miembros sobre la reforma de la asistencia sanitaria y, de un modo muy especial, sobre los sujetos titulares de la

⁴²A modo de ejemplo, pueden traerse a colación las Sentencias de la Sala de lo Social del TS, de 4 de marzo de 2010, o del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de junio de 2008 o del TSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2002. En esta última se dice explícitamente que «no sería lógico que por aplicación de dicho reglamento comunitario hubiera de entenderse que si se acudiera a servicios sanitarios de otro Estado comunitario el gasto habría de ser soportado por la Seguridad Social española y, sin embargo, se deniegue el reembolso cuando en un caso idéntico se acude a entidades y profesionales externos a la Seguridad Social dentro del territorio español».

⁴³ Strban, Grega, Carrascosa, Dolores, Berki, Gabriella y Van Overmeiren, Filip, *Analytical report 2016. Acces to healthcare in cross border situations*, Informe elaborado por la red FeSsco, editado por la Comisión Europea, enero de 2017, pág. 94.

misma⁴⁴. Puede decirse que el nuevo marco ha motivado un importante proceso de reflexión sobre nuestro servicio público con la intención sobre todo de controlar los flujos de pacientes y, con ello, el gasto, en un momento económicamente muy delicado. Así, por ejemplo, podríamos traer a colación la nueva regulación establecida por el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, que ha supuesto la expulsión del sistema público de varios colectivos de personas y, con ello, la huida de la universalización del modelo hacia un sistema de aseguramiento, poniendo así en jaque el principio de solidaridad que hasta ahora ha inspirado nuestro modelo.

En este sentido, conviene tener en cuenta que el considerando número 18 de la Directiva animaba a los Estados a determinar en su legislación nacional la definición de persona que se considera asegurada a efectos de su régimen sanitario público. Al mismo tiempo aclaraba que esta norma comunitaria no da derecho a las personas a entrar, permanecer o residir en un Estado miembro con el fin de recibir asistencia sanitaria en él. En caso de que la estancia de una persona en territorio de un Estado miembro no sea conforme a la legislación de dicho Estado miembro relativa al derecho de entrada o de estancia en su territorio, dicha persona no será considerada asegurado según la definición de la presente Directiva.

Si vemos lo que ocurrió en nuestro ordenamiento con una perspectiva histórica es fácil darse cuenta de la vinculación —o al menos coincidencia temporal— que ha existido entre el proceso de liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza y la limitación de los colectivos que son titulares del derecho. En el año 2011 se aprueba la Directiva con estas indicaciones que acabamos de mencionar; el 29 de marzo del año 2012 se elabora un informe demoledor por parte del Tribunal de Cuentas, el *Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social*, donde se ponen de manifiesto las graves deficiencias que presentaba el modelo español de facturación a los pacientes comunitarios y justamente unas semanas después, el 20 de abril, se aprueba el Real Decreto Ley que, si bien es verdad que modifica el *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea*, aprovecha para expulsar del sistema público al colectivo de los inmigrantes irregulares. Con la modificación del Real Decreto 240/2007 se introducen nuevos requisitos para los ciudadanos europeos que residan en nuestro país por más de tres meses y, entre ellos, la necesidad de que cuenten con el correspondiente seguro de salud.

A la vinculación entre la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares y la libre circulación de pacientes se ha referido expresamente la STC 139/2016, de 25 de julio que, por cierto, ha corroborado la constitucionalidad del polémico Real Decreto Ley 16/2012. Esta medida ha sido presentada también como una medida necesaria para preparar la transposición de la Directiva

⁴⁴ No han sido los únicos cambios. La nueva categorización de la cartera de prestaciones sanitarias, el Registro de Profesionales Sanitarios, el Registro de centros sanitarios autorizados o las previsiones sobre los centros de referencia se han relacionado directamente con la necesidad de facilitar la aplicación de la Directiva clarificando la información que se debe proporcionar a los pacientes transfronterizos que se planteen someterse a tratamientos sanitarios en España. Requejo, María Teresa, «Cross-border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/EU on the Application of Patient's Rights in Cross-border Healthcare», *European Journal Of Health Law*, n.º 21, 2014, págs. 94 y ss.

2011/24/EU al ordenamiento español y limitar los efectos económicos de lo que el Gobierno impropriadamente denominó “turismo sanitario”. La falta de regulación del concepto de asegurado, según consideró el Gobierno, habría implicado un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos. Por ello, con la reforma de 2012 se han introducido las nuevas categorías jurídicas de “asegurado” y “beneficiario de un asegurado” con la intención de controlar el turismo sanitario y los problemas de facturación que había detectado el mencionado informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, confundiendo así dos fenómenos que nada tienen que ver: el del turismo sanitario en Europa y el de la inmigración irregular.

En la STC 139/2016, efectivamente, se dan por buenos los argumentos que utilizó el Gobierno en la exposición de motivos de la norma y en el debate de convalidación que justificó la conexión entre la necesidad de controlar el fenómeno del turismo sanitario europeo y las medidas adoptadas, esto es, la nueva regulación del “asegurado” que supuso la expulsión del colectivo de los inmigrantes irregulares. Así, según se alude en dicha Sentencia, en cuanto a la definición de asegurado, se señaló en el debate que *“la falta de concreción de los requisitos para acceder a la prestación sanitaria ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009”*. Alude también a que la memoria de la norma señala que *“teniendo en cuenta que unos 676.000 ciudadanos europeos han accedido a la tarjeta sanitaria sin derecho a ella, las medidas incluidas en este ámbito supondrán un ahorro aproximado de 917 millones de euros”*. En este sentido, como destaca el interesante Voto Particular formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, la exclusión de este colectivo no es una medida adecuada para corregir ni los problemas originados por el “turismo sanitario” ni solucionar los problemas que puede plantear la asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios, pues la asistencia sanitaria que se prestaba a los colectivos ahora excluidos no planteaba ninguno de esos problemas.

Además, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, ha venido a exigir el requisito de la residencia en el territorio español para poder gozar de la condición jurídica de asegurado. Tras las modificaciones establecidas en materia de Seguridad Social, el paciente que se ausenta de España más de 90 días pierde su condición de asegurado y, en consecuencia, no puede ejercer su derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza con cargo al sistema sanitario público español. La medida se adoptó con la noble finalidad de evitar que las personas que habían conseguido la tarjeta europea en España y volvían a sus países como consecuencia de la crisis, continuaran recibiendo asistencia en sus Estados con cargo al nuestro. No obstante, ha tenido también un indeseable efecto colateral, en la medida en que afecta de modo especial a un colectivo muy sensible y digno de especial protección: el de jóvenes parados que se trasladan a otro país europeo con la intención de buscar empleo.

En fin, dadas las importantes consecuencias económicas que el derecho a la libre opción sanitaria transfronteriza podría producir para los Estados miembros, parece que éstos han empezado también a reflexionar sobre el ámbito de aplicación de esta libertad comunitaria para regularla en condiciones similares a los reglamentos comunitarios sobre Seguridad Social y controlar este fenómeno. La conjugación de la movilidad del paciente con la sostenibilidad financiera del

sistema se ha resuelto finalmente a favor de la expulsión de determinados colectivos del sistema público sanitario y ha supuesto cierto abandono de los rasgos básicos del modelo universalista de Beveridge para caminar hacia un sistema de aseguramiento más típico del llamado modelo Bismarck. Por una parte, hemos ampliado el contenido o la modalidad del derecho a la protección de la salud al permitir y facilitar esta dimensión extraterritorial (derecho exportable) y, por otra, lo compensamos limitando su ámbito subjetivo, el número de titulares para controlar el gasto que acarrea. Como ha escrito PIETERS, «esto es sólo un ejemplo de cómo, de manera creciente, la legislación de la Unión Europea funciona, de hecho, de una forma asocial⁴⁵». Esta conclusión puede causar cierto grado de desconcierto si tenemos en cuenta que, como ha señalado Font I Llovet, “*las características específicas de la asistencia sanitaria como un servicio de interés general que inciden directamente en el derecho constitucional a la protección de la salud, exigen una exquisita atención a los principios de igualdad, continuidad, universalidad y calidad, de manera que su apertura al mercado mantenga las características que han de permitir la realización de su finalidad básica de solidaridad social*”⁴⁶.

⁴⁵Pieters, Danny, «Asistencia sanitaria, diez áreas de actuación», en la obra colectiva titulada *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Ediciones Laborum, 2016, pág. 961.

⁴⁶ Font I Llovet, Tomás, “Organización y gestión de servicios de salud: el impacto del derecho de la Unión Europea”, en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, obra colectiva dirigida por Vera Parisio, Vicenç Aguado i Cudol y Belén Noguera de la Muela, Tirant Lo Blanch y Giappichelli Editore, Valencia y Turín, 2016, pág. 217.