

Reembolso de los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE

M.^a DEL CARMEN GRAU PINEDA *

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO EN MATERIA DE REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS PRODUCIDOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO: LOS ASUNTOS DECKER Y KOHLL

1.1. Libertad de circulación y Seguridad Social en el ámbito comunitario

Recientemente ¹ el TJCE ha tenido la ocasión de pronunciarse respecto del reembolso de los gastos médicos comprometidos en un Estado miembro diferente de aquel en que el beneficiario está asegurado, relacionando así un aspecto concreto de la Seguridad Social con uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico comunitario: la **libre circulación**, entendido en dos de sus cuatro ² manifestaciones: la libre circu-

lación de mercancías (en el asunto Decker) y de la libre prestación de servicios (en el Kohll).

La relación entre Seguridad Social y este principio es evidente ya que tal y como apunta López López ³, «de todo el conjunto de normas comunitarias de desarrollo de la Protección Social la que sin duda ofrece mayor envergadura es la Seguridad Social vinculada a la libertad de circulación, ya que se trata de ir estableciendo bases sólidas que faciliten la libertad de circulación de los trabajadores y sus familias como pilar básico a la hora de obtener un mercado único». Reflejo de esta filosofía es el art. 51 del TCE ⁴ en el que se establece la regla general de la unanimidad para que el Consejo, a propuesta de la Comisión, adopte las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familias: a) la acumulación de todos los períodos toma-

* Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Ciencias Jurídicas. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencias de 28 de abril de 1998 (as. Decker C-120/1995 y as. Kohll C-158/1996).

² Junto a estas dos se sitúan la libre circulación de personas y de capitales.

³ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos», *Revista de Derecho Social*, n.º 4, 1998, pp. 119 y ss.

⁴ Que se corresponderá con el art. 42 del Tratado de Amsterdam, que viene a modificar toda la numeración de los textos fundacionales.

dos en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. De manera que la opción por emigrar (en el seno de la UE) no resulte más gravosa —respecto de la protección social— que de haber optado por permanecer en el territorio respecto del cual se es originario.

Este precepto se vería desarrollado por el Reglamento 1408/1971⁵, de 5 de julio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento 574/1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del anterior⁶, y que se caracterizan por ser normas de coordinación⁷ de las legislaciones nacionales en ma-

⁵ Con respecto al cual la Comisión de las Comunidades Europeas con fecha de 21 de diciembre de 1998 ha recientemente elaborado una propuesta de reforma [COM (1998) 779 final] con finalidad más simplificadora que modificadora y, en cuya exposición de motivos se dice textualmente que: «la legislación comunitaria en materia de seguridad social es una condición *sine qua non* para el ejercicio del derecho a la libre circulación de las personas. Esta libertad garantizada por el Tratado sólo tendrá un valor real y tangible si las personas que se desplazan dentro de la Comunidad pueden tener la seguridad de que sus derechos de seguridad social no resultan lesionados».

⁶ Ambos modificados y unificados en infinidad de ocasiones, siendo la última, a efectos de este estudio, por Reglamento 118/1997 del Consejo, de 2 de diciembre (DOCE de 30 de enero de 1997, L 28).

⁷ La preferencia por la coordinación no es unánimemente aceptada por la doctrina. Así en sentido favorable a la coordinación caminan las opiniones de las instituciones comunitarias y de LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*, Cuadernos Civitas, 1996, pp. 45 y ss. Sin embargo, en sentido contrario, es decir, sobre la preferencia por técnicas armonizadoras, vid. AVILÉS OJEDA, A.: *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Colección Laboral de Tirant lo Blanch, 1997, pp. 18 y ss., entiende que «cuando el art. 51 habla de crear en materia de Seguridad Social «un sistema que permita garantizar» la totalización de períodos de seguro y la exportabilidad de las prestaciones debería darse al concepto «sistema» una interpretación en

tería de protección social, no creando un sistema de protección social comunitario por encima o sobre los nacionales, sino que fijan reglas de funcionamiento basadas en la intercomunicación⁸, por lo que éstos conservan sus características propias fijando los ámbitos de aplicación personal y material que estimen oportuno, así como los requisitos de acceso a las prestaciones, cuantía de las cotizaciones, métodos de cálculo, duración de las prestaciones, etc. Sin embargo, surge el interrogante de si a falta de un único sistema de Seguridad Social unificado para todo el territorio de la Unión Europea, los sistemas nacionales se ven limitados en su configuración por los criterios sentados por el ente supranacional o no. Parece lógico aseverar que no hay una libertad absoluta de ordenar las prestaciones y sus requisitos de acceso ya que una vez establecidos en el ámbito nacional hay que confrontarlos con los principios informadores del Derecho comunitario⁹. Pero aseveraciones tan rotundas no pueden perder de vista las extraordinarias dificultades con que los sistemas nacionales de Seguridad Social se encuentran en la realidad.

consonancia con el espíritu del Tratado (...) un significado dirigido a la consecución de las libertades comunitarias y a evitar las distorsiones de la competencia, el cual no puede ser otro que el de un conjunto de normas sustantivas donde se garanticen, entre otros, los dos antedichos». En idéntico sentido, ROJAS CASTRO: *Derecho Comunitario Social*, Granada, 1993, p. 14, en la que el autor apunta que «no se trata de una coordinación cerrada y exhaustiva, sino abierta, como corresponde a una regulación basada en la libre circulación de personas».

⁸ Según jurisprudencia constante del TJCE: as. de 24 de abril de 1980, COONAN (110/1979, Rec. P. 1445) y as. de 4 de octubre de 1991, PARASCHI (C-349/1987, Rec. P. I, 4501).

⁹ LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 124. Además, y como ya señaló el Abogado General de los as. Decker y Kohll, Sr. Giuseppe Tesaurò, en sus conclusiones: «el hecho de que la normativa litigiosa dependa de un sector como el de la Seguridad Social en el que los Estados miembros conservan amplias competencias para organizar, no implica que la Seguridad Social constituya una isla impermeable a la influencia del Derecho comunitario y que, como consecuencia, todas las reglamentaciones nacionales en la materia se sitúen fuera del campo de aplicación de ese Derecho».

En este sentido, también resulta destacable el papel de las instituciones europeas, en especial de la Comisión que, a través de acciones como la comunicación titulada «**Modernizar y mejorar la protección social en la Unión Europea**»¹⁰ plantea lo que en su opinión serán las líneas directrices básicas en pos de la consecución de la citada modernización y mejora. Entre ellas traemos a colación la dirigida a «mejorar la protección social de las personas que se desplazan en el seno de la Unión», en la que la Comisión reconoce no sólo las lagunas de la normativa comunitaria existente actualmente sobre la materia (R. 1408/71 y 574/72, así como sus múltiples modificaciones y desarrollos), sino que la coordinación de los diferentes regímenes nacionales de Seguridad Social es harto complicada. Es por ello por lo que anuncia su propósito de presentar una proposición de modificación del R. 1408/71 —*supra* pie de página n.º 5— a fin de facilitar el acceso transfronterizo en materia de asistencia sanitaria, que, por un lado adapte el sistema de coordinación a las nuevas formas de protección social y a las nuevas necesidades en este campo; y, por otro, evite cualquier tipo de complejidades inútiles. Además, no se ha de olvidar que, respecto de la asistencia sanitaria en particular, el art. 129¹¹ del Tratado de Maastricht establece que la UE «fomentará la cooperación entre los Estados miembros en materias de salud pública», lo cual «puede quedarse en poca cosa si no hay mayor voluntad conjunta de armonización de las políticas sociales (y es que), pese a no ser previsible una definición explícita de un proceso de convergencia sanitaria europea resulta bastante probable que se produzca de una forma obligada ya que la convergencia económica obligará a políticas públicas (fiscales y presupuestarias principalmente) que tenderán a parecerse, lo cual tendrá un indudable impacto en los servicios sanitarios ya que éstos

dependen en un 80%, tanto de sus inversiones como en su gasto, de los presupuestos públicos en los países de la UE¹²». Más recientemente, el **Programa de Acción Social (1998-2000)**¹³ manifiesta como prioridad a perseguir por todas las políticas comunitarias, la promoción de un elevado nivel de protección de la salud.

1.2. Los asuntos Decker y Kohll

Ambos asuntos tienen en común (además de ser manifestaciones concretas del principio genérico de libre circulación) por un lado, el resolver decisiones prejudiciales dirigidas al TJCE por el Conseil arbitral des assurances sociales y la Cour de Cassation francesas para la interpretación de artículos de la normativa que compone el acervo comunitario y, por otro, el perseguir el reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios fuera del sistema de Seguridad Social en el que se ubicaba el beneficiario¹⁴.

En el asunto Decker, el citado ciudadano, establecido en Luxemburgo, solicita el reembolso de un par de lentes correctoras compradas en una óptica de Bélgica previa prescripción médica de un oftalmólogo establecido en su país de residencia. Dicho reembolso le es desestimado (en sede administrativa) porque, pese a ser una prestación de las

¹² ORTÚN RUBIO, V. prologando a SAN JOSÉ GARCÉS, P.: *Reformas sanitarias en Europa y la elección del usuario*, edic. Díaz de Santos, 1994, p. X.

¹³ COM 1998, 259 final.

¹⁴ LÓPEZ LÓPEZ, J.: Seguridad Social..., *op. cit.*, p. 49, en la que señala que «la Comisión ha propuesto la ampliación a categorías que todavía están excluidas como los estudiantes y las personas activas. Así pues, hoy la línea de tendencia es la ampliación, continuando con la evolución histórica que parte de una noción de trabajador como sujeto protegido por la seguridad social para ir avanzando sobre el concepto de beneficiario». Vid. GARRIDO PÉREZ, E.: «La noción de trabajador beneficiario de los Reglamentos Comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social», en VV.AA.: *Seguridad Social y protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, 1996.

¹⁰ COM (97) 102, de 12 de marzo, en la que se debate sobre el futuro de la protección social en la UE.

¹¹ Futuro art. 109R tras el Tratado de Amsterdam.

incluidas en la Seguridad Social luxemburguesa, se incumple con el requisito de autorización previa de la entidad competente para autorizar asistencia sanitaria ajena al sistema nacional de salud. Deteniéndonos un momento sobre este aspecto del requisito de la autorización previa, se observa que la regulación de la misma se detalla en el art. 22 del Reglamento 1408/1971¹⁵, en el que se distinguen tres posibles situaciones en las que puede encontrarse el trabajador o los miembros de su familia que con derecho a prestaciones se encuentren fuera del territorio del Estado competente. Así: a) Cuando el estado de salud del trabajador o de los miembros de su familia requiera de modo inmediato pres-

¹⁵ Respecto de este artículo se hace necesario traer a colación la jurisprudencia sentada en los as. Pierik [el primero de 16 de marzo de 1978 (117/77, Rec. P. 825) y el segundo de 31 de mayo de 1979 (182/78, Rec. P. 1977)], ya que, a raíz de éstos se modifica el Reglamento 1408/1971 por otro n.º 2793/1981, con la pretensión de corregir: por un lado, la letra c), del apartado 1 del art. 22 que preveía que la eficacia del tratamiento se constituía como hecho determinante en la concesión de la autorización, por lo que se estaba haciendo alusión a los supuestos de asistencia sanitaria en otro Estado miembro en el que los tratamientos médicos estuviesen siendo más eficaces; por otro, el apartado 2 del art. 22 establecía que la autorización concedida por la vías del art. 22.1.c) no podría ser rechazada en el caso de que el tratamiento necesario no se dispensase en el Estado respecto del cual se fuese beneficiario. Sin embargo, tras la interpretación dada en el as. Pierik del citado art. 22, el legislador comunitario modifica el R. 1408, a través del R. 2793, estableciendo condiciones más restrictivas y reforzando el poder de apreciación del órgano competente para la concesión de la autorización. De la redacción actual se desprenden condiciones más estrictas que permiten al órgano competente rechazar prácticamente la totalidad de las demandas de autorización previa para recibir asistencia sanitaria en el extranjero, ya que se exigen, como premisas necesarias para ello: a) la necesidad de recibir dicha asistencia, b) la inclusión de la prestación solicitado dentro de las prestaciones incluidas en el sistema de protección, y c) la imposibilidad de dispensarlas por parte del Estado del que se es beneficiario. Con ello, y tal y como apunta MAVRIDIS, P.: «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'État de son choix?», *Droit Social*, n.º 12, diciembre de 1996, p. 1094.: «esto significa que la práctica totalidad de las demandas de autorización previa son rechazadas de forma cuasi-automática».

taciones durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro. Este apartado está haciendo referencia a la *asistencia urgente*, con relación a la cual, los trabajadores y los miembros de su familia que estén asegurados y sean beneficiarios del sistema protector de su país de residencia, se beneficiarán¹⁶ de la asistencia sanitaria en caso de necesidad urgente durante su estancia en otro Estado miembro diferente de aquél respecto del cual es beneficiario. b) Cuando después de haber sido admitido al disfrute de las prestaciones a cargo de la institución competente sea autorizado por ésta a regresar al territorio del Estado miembro en que se reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro. Dicha autorización solamente podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede comprometer el estado de salud o la aplicación del tratamiento médico. c) Cuando sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su patología. Es este el aspecto que más nos interesa, en relación con la controversia que estamos afrontando a lo largo de este trabajo. En este aspecto el Reglamento está haciendo referencia a lo que se conoce como *asistencia programada*¹⁷, y que supone que los trabajadores y sus familias podrán recibir la asistencia sanitaria apropiada a su estado de salud en un Estado miembro diferente a aquél respecto del que son beneficiarios, siempre que cumplan determinadas condiciones, en especial, haber obtenido una autorización del órgano competente para ello y que se ha de reflejar en el formulario E112. Además, esa autorización no podrá ser denegada cuando la asistencia se encuentre prevista por el Estado miembro del que se es beneficiario y cuando,

¹⁶ Sólo apuntar que el soporte burocrático de esta asistencia se encuentra en el formulario E 111, aunque existentes diversidad de ellos en función de la situación que pretendan amparar.

¹⁷ MAVRIDIS, P., *op. cit.*, p. 1094.

habida cuenta del estado de salud de éste, la asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trate en el citado Estado (según se desprende del art. 22.2 R 1408/71) ¹⁸.

Esta norma ha sido interpretada por el TJCE ¹⁹, que ha venido a confirmar que «el art. 19.1 (actual 22) se opone a toda regla de Derecho interno que subordine la entrega de dichas prestaciones (...) a condiciones más onerosas que las que se aplicarían si el interesado hubiera enfermado mientras se hallaba en el territorio del Estado al que pertenece su asegurado». Aunque el contenido de la citada sentencia difiere del de los asuntos aquí tratados, lo que queremos destacar es la importancia dada por el TJCE a que aquello a lo que se tenga derecho dentro de las fronteras del Estado respecto del cual se es beneficiario, también se verá amparado dentro de las fronteras comunitarias, y ello aun a falta de requisitos como la autorización, primando así la garantía del contenido mismo del derecho, sobre el cumplimiento de requisitos formales cuya única pretensión es la erradicación de usos abusivos e ilícitos del derecho en sí (ni más ni menos).

Tanto en el supuesto de asistencia urgente como en el de la programada, es preciso tener en cuenta que ésta se prestará según lo previsto por la legislación del Estado en el que éstas van a ser dispensadas, pero siempre por cuenta del Estado competente, es decir, respecto del cual el paciente es beneficiario. Es decir, que la regla en materia de exportabilidad de prestaciones de este tipo va a ser que el Estado miembro respecto del cual se es beneficiario de éstas será el competente respecto de la regulación, pero en cuanto a su contenido (cuantía, forma, etc.),

lo será el Estado miembro dispensador de las mismas ²⁰.

Retomando el asunto Decker donde lo dejamos, junto a las alegaciones referidas a la Seguridad Social, el demandante adiciona otras referidas a la libre circulación de mercancías. Ambas alegaciones le son desestimadas (en sede administrativa): las referidas a la Seguridad Social, en virtud de la falta de autorización previa; y las referidas a la libertad de circulación de mercancías, por tratarse de materias incardinadas en el ámbito de la Seguridad Social. Respecto de esto último, el Alto Tribunal europeo llega a la conclusión de que por el hecho de estar ubicada la controversia mencionada en el ámbito jurídico específico de la Seguridad Social, no se desmarca del ámbito jurídico general al que pertenecen las cuatro libertades básicas de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Y añade que, respecto del requisito de la autorización, y ya en el ámbito propio de la Seguridad Social, la exigencia en los ordenamientos nacionales de ésta como requisito esencial para el posterior reembolso supone un obstáculo a la libertad antes citada, por lo que atenta contra los arts. 30 y 36 del TCE, sin que quepan, por parte de los Estados miembros, justificaciones infundadas de tipo económico (equilibrio financiero del sistema), de salud pública (control de calidad de productos médicos y de

¹⁸ En este sentido, ver Recio Laza, A.: *La Seguridad Social en la Jurisprudencia comunitaria*, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 125 y ss.

¹⁹ Sentencia Unger (as. 75/1963)

²⁰ Y ello conforme al art. 10 R. 1408/1971, pese a no contenerse en él expresamente referencia alguna a la exportabilidad de prestaciones como las de enfermedad, desempleo y familiares, ya que, como acertadamente apunta FERRERAS ALONSO, F.: «Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1.408/1971», en *La Seguridad Social Internacional: Convenios Bilaterales y Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 93 y ss.: «la exportabilidad del resto de prestaciones no citadas en el referido artículo (las de enfermedad, de desempleo y las familiares) debe de extraerse directamente de las disposiciones particulares de cada una de ellas. Precisamente su no inclusión en el citado artículo 10.1 despeja cualquier ambigüedad que se pudiera derivar de la existencia de disposiciones particulares para su concesión fuera del territorio del Estado donde se ha generado el derecho».

requisitos de acceso y ejercicio de profesiones liberales) o de cualquier otra índole ²¹.

En cuanto al Sr. Kohll, también establecido en Luxemburgo, reclama el reembolso del tratamiento aplicado por un ortodoncista, establecido en Alemania, a su hija menor, autorizado por un médico luxemburgués. La solicitud le es denegada (en sede administrativa) ante la falta de urgencia del tratamiento prescrito y la posibilidad de que éste se dispensara en territorio luxemburgués (pese a que en ese momento sólo había en ese país un único especialista capaz de realizar ese tratamiento), alegando contra esto último el Sr. Kohll, la libre prestación de servicios contenida en los arts. 59 y 60 TCE. Frente a sus alegaciones, la entidad competente responde que, en primer lugar, la controversia se ha de centrar en materia de Seguridad Social, omitiendo relación alguna con la libertad antes mencionada, y, en segundo lugar y ya dentro del ámbito en cuestión, que el requisito de autorización previa para la utilización de servicios sanitarios ajenos al sistema, en relación con prestaciones incluidas en éste, supedita el reembolso de gastos solicitado *a posteriori*. Sin embargo, el TJCE interpreta, en sentido contrario, que pese a que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, ya que se limita a coordinarlos, éstos han de respetarlo, y medidas como la necesidad de previa autorización en pos de la

²¹ El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la posibilidad o no de establecer limitaciones sobre lo que se entiende como servicios públicos. Así, tanto en el as. Paul Corbeau (C-320/1991, Rec. P. I-2533) sobre el servicio público de Correos como en el as. Commune d'Almelo (C-393/1992, Rec. P. I-1477) sobre el servicio público de electricidad, el TJCE llega a la conclusión de que límites como los relativos a perpetuar el equilibrio económico de los servicios públicos, podrán ser tenidos en cuenta a la hora de restringir la concurrencia. Los as. Poucet y Pistre (C-159, 160/1991, Rec. P. 637) y Duphar (238/1982, Rec. P. 523) tratan expresamente del servicio público de Seguridad Social, resolviendo en idéntico sentido al antes indicado.

consecución de reembolso posterior, obstaculizan la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario.

2. LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DECKER Y KOHLL SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: PARTICULAR ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS PRESTACIONES DISPENSADAS POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

De lo expuesto hasta el momento se derivan una serie de diferencias entre los sistemas de Seguridad Social luxemburgués y español en materia de reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a los previstos por la sanidad pública, todas ellas referidas al ámbito material, es decir, a las distintas prestaciones dispensadas por el sistema de protección de uno y otro Estado ²².

Antes de entrar en materia, puntualizar sobre dos aspectos preliminares respecto de la configuración propia del sistema de Seguridad Social español. La primera referida al

²² Pese a que entre las respuestas futuras a los problemas actuales en materia sanitaria se encuentra la de no reducir las prestaciones o el ámbito comprensivo de la atención sanitaria, sino más bien aumentar o, cuanto menos, mejorar las ya existentes, «la eliminación o modificación del régimen de financiamiento de algunos servicios, puede ser consecuencia de medidas de racionamiento explícito, en un intento de reducir costes o ser consecuencia de que los servicios o procedimientos particulares no sean adecuados o eficaces», en SAN JOSÉ GARCÉS, P., *op. cit.*, pp. 232 y ss. Ejemplos de esto son: la retirada de la fecundación *in vitro* de la prestación por el sistema público en Canadá y en otros países, la no financiación de gafas y prótesis auditivas en Bélgica, España y en Reino Unido (en este último, con matizaciones). Y todo ello dentro de la política de que «es técnicamente posible contener los costes sanitarios mediante la regulación gubernamental de la oferta más que a través de medidas de actuación sobre la demanda», en SAN JOSÉ GARCÉS, P., *op. cit.*, pp. 236 citando a Abel-Smith.

carácter público de la protección dispensada (a) y, la segunda relativa a las prestaciones incluidas y excluidas en dicho ámbito (b). En cuanto a la primera, decir que el legislador español ha optado por un **sistema público de protección**, garantizado institucionalmente por el Estado como función propia²³, en el que el recurso a la medicina privada tiene un carácter opcional por parte del interesado pero excepcional desde el punto de vista del reembolso ya que²⁴ «la carencia de centros de internamiento adecuados por parte de la Seguridad Social (no) determina sin más el reintegro eximiendo al beneficiario de solicitar la asistencia de la gestora y autorizándolo para acudir directamente a los servicios ajenos de su elección, aunque no concurre una necesidad de asistencia urgente de carácter vital (...) el beneficiario no puede decidir por sí mismo la imposibilidad de internamiento en institución propia o concertada; debe, por el contrario, dirigirse a la gestora para que ésta se pronuncie sobre la procedencia del internamiento, acordando o denegando el mismo, y determinando, en su caso, el establecimiento de la red hospitalaria nacional en el que ha de llevarse a efecto». Ya Almansa Pastor²⁵, en los años 70 y citando

jurisprudencia anterior, auguraba ya sobre los problemas que acarrearía dejar abierta la posibilidad de solicitar el reembolso de gastos médicos a la Seguridad Social por utilización de la medicina privada, al decir que «los beneficiarios (no) pueden arbitrariamente y sin sujeción a control alguno ni regla de actuación, utilizar servicios sanitarios particulares, desdeñando la organización montada por el Seguro de Enfermedad para tales atenciones y pretendiendo que los gastos que se originan por su personal y arbitraria decisión sean sufragados por el Seguro, pues tal criterio comportaría la inviabilidad del servicio sanitario social que después de montar un gran aparato de asistencia médica, contemplaría cómo sus afiliados utilizaban servicios particulares y costosos en la seguridad de que al final no tendrían que pagarlos de su privado pecunio (...)». Es por ello por lo que parece no cuestionarse que la protección garantizada al beneficiario de manera automática e indubitada va a ser aquella dispensada por el sistema público de asistencia sanitaria. Sin embargo, no hay regla general sin excepción, por lo que el recurso a la medicina pública no española o, incluso, a la medicina privada dentro o fuera de nuestras fronteras, también va a poder formar parte de dicha protección, aunque ello deba de ser entendido ya no de forma automática o indubitada sino, más bien, de manera restrictiva y meramente excepcional, como tendremos ocasión de precisar con posterioridad. En cuanto al segundo de los aspectos apuntados, el hecho de que las prestaciones sanitarias a las que se accede o pretende acceder estén **incluidas en el ámbito protector de nuestro sistema de Seguridad Social**²⁶, habrá que tener presente las limitaciones propias del sistema mismo. Respecto de las posibles limitaciones existentes en la Seguri-

²³ La STC 37/1994 intenta aportar algo de luz a la imprecisión del art. 41 CE, entendiéndolo, en primer lugar, que la opción del constituyente «impide hablar de un modelo único de Seguridad Social», para, después, proceder a destacar los tres aspectos más relevantes en torno a dicho modelo: 1. La concepción del sistema de Seguridad Social como una función de Estado, es decir, que supone el compromiso y obligación del Estado de mantener un régimen público de Seguridad Social totalmente irrenunciable dentro de un Estado social de derecho; 2. Como garantía institucional del régimen público de protección que se ha de preservar; y 3. Como materia de estricta configuración legal en la que el legislador dispone de absoluta libertad para modular el sistema de protección, siempre, claro está, que no traspase los límites establecidos en la CE.

²⁴ Ex. SSTS (ud) de 315 de enero de 1992 (RJ 41) y 1 de mayo de 1995 (RJ 4013). En idéntico sentido, *vid.* STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 1997 (AS 1717).

²⁵ ALMANSA PASTOR, J. M.: «El reintegro por utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social, a la luz de los principios de la medicina», *RISS*, n.º 6, 1971, p. 1353, citando una STS de 4 de julio de 1967.

²⁶ Son aquellas reguladas en el art. 2 RDPS y detalladas en el Anexo I del RDPS, y que *grasso modo* se engloban en las cinco modalidades siguientes: 1. Atención primaria, 2. Atención especializada, 3. Prestaciones farmacéuticas, 4. Prestaciones complementarias y 5. Servicios de información y documentación sanitaria.

dad Social española no se ha de perder de vista que «si bien en el plano individual y subjetivo, el beneficiario de la asistencia sanitaria es acreedor de aquella que según la técnica médica contrastada, resulte indicada para restablecer o conservar su salud, tal aspecto ha de coordinarse con el social y colectivo inherente a todo sistema público de protección con limitación de recursos disponibles, a cuyo tenor sólo puede ser exigida aquella que pueda ofrecerse en términos de generalidad dentro del ámbito nacional, sea en centros públicos o privados, pero no la que en razón de técnicas más avanzadas o medios superiores de desarrollo exista en centros extranjeros, por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios ²⁷». Además, según doctrina jurisprudencial constante ²⁸ «el obtener por decisión propia una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal (...) al extender a "todos" el derecho (contenido en el art. 43 CE ²⁹), necesariamente

está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos (...) en este marco, es evidente que aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico, y de desarrollo técnico superior y que por ello, y sólo por ello, no son disponibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica que los incluye, por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social». De lo dicho hasta el momento se puede deducir que, para proceder el reembolso, no sólo ha de tratarse de prestaciones de las incluidas en el ámbito protector de nuestro sistema protector, sino que, inclusive dentro de éstas, se hace depender de limitaciones como la escasez de medios materiales o personales, de restricciones en pos de lograr la tan ansiada universalidad de la cobertura o del mantenimiento del equilibrio financiero del sistema.

²⁷ Ex STSJ de Castilla-León, Valladolid, de 8 de febrero de 1994 (AS 476) y STS (ud), de 8 de febrero de 1995 (RJ 788).

²⁸ Ex SSTS (ud) de 13 de octubre de 1994 (RJ 8050), de 39 de diciembre de 1994 (RJ 9724) y de 21 de diciembre de 1995 (RJ 3183).

²⁹ Reiterada jurisprudencia señala, en relación con el art. 43 CE que «la tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ella (*sic*) en la Constitución pues su art. 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación de la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos» [STS (ud) de 13 de octubre de 1994 (RJ 8050)]. Últimamente, y en idéntico sentido, STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1998 (AS 4417).

2.1. Las prestaciones en especie

La primera de las posibles diferencias a destacar entre los dos sistemas nacionales de Seguridad Social es aquella relativa a la existencia o no de un sistema de libre mercado respecto de las prestaciones sanitarias de manera que mientras que en Luxemburgo el sistema se fundamenta en la existencia de proveedores privados que satisfacen las necesidades de los asegurados (que estos últimos eligen libremente), siéndoles con posterioridad reembolsadas las cantidades por las cajas de enfermedad; en España el sistema de Seguridad Social se configura como una actividad que monopoliza el Estado a través de la prestación en especie (como regla general) de la asistencia sanitaria necesaria, dispensada normalmente por la sanidad pública y salvos los supuestos de conciertos con la sanidad privada. Tal es así que es doctrina

unánimemente aceptada³⁰ que «el sistema español es un sistema de prestación de servicios sanitarios por la entidad gestora de manera directa (art. 109 LGSS) o indirecta (art. 209 LGSS) y no un sistema de reembolso de gastos, incluso para la prestación farmacéutica (art. 107 LGSS)». Sin embargo, respecto de esta regla general hay que añadir la posibilidad excepcional de obtener prestaciones en metálico en los casos en que así proceda y que analizaremos a continuación.

2.2. Las prestaciones en metálico

a. Las prótesis

Ya hemos tenido ocasión de apuntar que, en el luxemburgués, tanto las gafas como el aparato de ortodoncia se encuentran incluidos entre las prestaciones de asistencia sanitaria dispensadas por la Seguridad Social luxemburguesa, y, además, se consideran prestaciones en metálico, es decir, de las que se satisfacen a través de su equivalente en dinero y no de la prestación en especie del servicio o tratamiento en sí mismo considerado. Sin embargo, en España, tanto las gafas con lentes correctoras como los aparatos de ortodoncia se consideran prestaciones complementarias de las contenidas en el art. 108 LGSS³¹, y respecto de las cuales sólo se pre-

vé «la Seguridad Social facilitará, en todo caso, las prótesis quirúrgicas fijas y las ortopédicas permanentes o temporales, así como su oportuna renovación, y los vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje. Las prótesis dentarias y las especiales que se determinen podrán dar lugar a la concesión de ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan». De esta regulación se deriva que: *a)* respecto de las prótesis quirúrgicas fijas y de las ortopédicas permanentes o temporales se prevé una prestación en especie, es decir, de la implantación de la prótesis en sí misma considerada así como del coste de dicha implantación; *b)* respecto de las prótesis dentarias y especiales —entre ellas las oculares— sólo se prevén ayudas económicas de carácter facultativo («podrán dar lugar») y asistencial, en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan. Ese desarrollo reglamentario no llegaría hasta la **OM de 18 de enero de 1996** (que desarrolla el RDPS), en cuyo Anexo V se establecen expresamente las prestaciones complementarias especiales que se consideran *ope legis* incluidas, con lo que sólo las contenidas en ese anexo serán susceptibles de percibir una ayuda económica en la cuantía determinada en el citado baremo, de tipo asistencial y de carácter obligatorio y ya no facultativo, al considerar la lista contenida en el citado anexo de *numerus clausus*³². En ella no se comprenden ni las gafas ni los aparatos de ortodoncia por lo que las hemos de conside-

³⁰ La STS de 10 de abril de 1995 (AS 3037) ha unificado la doctrina señalando que el art. 108 LGSS contempla una obligación de prestación directa por parte de la Seguridad Social de proporcionar o entregar y no como una obligación de reembolso de gastos. En idéntico sentido, véanse las SSTs de 13 de julio (AS 6131) y 23 de octubre (AS 7868) de 1995, 29 de febrero (AS 1515) y 5 de marzo (AS 1972) de 1996.

³¹ Se denominan complementarias porque suponen un elemento adicional necesario para la consecución de un nivel óptimo de asistencia sanitaria. Dentro de éstas nos podemos encontrar con: *a)* Prestaciones ortoprotésicas, esto es: prótesis, vehículos para inválidos cuya invalidez así lo aconseje, ortesis y prestaciones dentarias y especiales; *b)* Transporte sanitario; *c)* Tratamientos dietoterápicos complejos; *d)* Oxigenoterapia a domicilio; y, *e)* Servicios de información y documentación sanitaria.

³² En la OM de 18 de enero de 1996 se establecen expresamente (Anexo V), las prestaciones dentarias y especiales que se consideran ortoprotésicas, esto es, incluidas en el sistema de asistencia sanitaria, además, de determinar la prestación económica a la que dan lugar. Por lo que hemos de entender que sólo las contenidas en este apartado se entenderán prestaciones especiales que den lugar a ayudas económicas (no ya facultativas, sino obligatorias dado el carácter exhaustivo o tasado con que se plantea la lista de prótesis especiales contenida en esta OM) de las determinadas en la citada OM, estando las no contenidas en ella, excluidas del sistema de asistencia sanitaria previsto por la Seguridad Social española.

rar excluidas del ámbito protector del sistema de Seguridad Social español (dado el carácter exhaustivo y no ejemplificativo de la misma)³³.

³³ De los problemas a los que la jurisprudencia ha tenido que hacer frente dado el vacío legislativo existente con anterioridad la OM antes citada, y contrastándolos con el estado actual de la cuestión a la luz de la nueva regulación, podemos deducir las siguientes enseñanzas: 1.º Sentencias como la del TSJ de Cantabria de 4 de febrero de 1991 (AS 1991/1180) que planteaban que: «La calificación de prótesis especiales queda así circunscrita a las que, por dicha causa, precisen un criterio de tasa o baremo sin que su omitida regulación administrativa pueda ser suplantada judicialmente porque un incumplimiento legal no se subsana ilícitamente con otro» quedan hoy sin sentido ya que con la legislación actual tenemos que sólo son especiales las contenidas en el Anexo V de la OM antes citada, por lo que el juez ya no ha de ir más allá de su función interpretativa de la normativa ya existente. 2.º La búsqueda de definiciones jurisprudenciales sobre gafas, audifonos y prótesis dentarias, se presentan hoy como ociosas al ser éstas prótesis especiales de las no incluidas en el Anexo V de la OM antes citada, por lo tanto excluidas (según doctrina jurisprudencial constante y unánimemente aceptada: SSTs 29 de octubre de 1992 (RJ 7662); 23 de febrero de 1993 (RJ 1270 y 1271); 28 de abril de 1993 (RJ 3379); 5, 6, 15, 19, 20, 23 y 31 de julio de 1993 (RJ 5549, 5550, 5681, 5744, 5749 y 5999); 23 de septiembre de 1993 (RJ 7029); 14, 16, 29 y 30 de octubre de 1993 (RJ 7602, 8053, 8084 y 8091); 4, 5, 22 y 29 de noviembre de 1993 (RJ 8545, 8552, 8924 y 9089); 5 de febrero de 1994 (RJ 801); 2 de marzo de 1994 (RJ 2047); 22 de marzo de 1994 (RJ 3992 y 4305); 7 de noviembre de 1994 (RJ 8597); 2 de octubre de 1995 (RJ 3295); 2 de noviembre de 1995 (RJ 1995). Baste aquí mencionar tan sólo (ya que no se pretende ser exhaustivos en este aspecto, por lo que se remite a la lectura y análisis de la numerosísima jurisprudencia existente sobre este extremo) algunos de los criterios de delimitación conceptual utilizados por la jurisprudencia más relevante: a) Las prótesis oculares y auditivas no son ortopédicas o para la corrección de deformidades como tampoco lo son las dentarias (SSTs de 23 de febrero de 1993, RJ 1270 y 1271), sino especiales, por lo que la calificación de éstas queda circunscrita a las que, por dicha causa, precisen de un criterio de tasa o baremo [STSJ Cantabria de 4 de febrero de 1991 en AS 1180]. b) No es posible entender que las prótesis estéticas tienen una protección completa en la asistencia sanitaria por contingencias comunes (otra cosa es que estemos ante contingencias profesionales, con respecto a las cuales la protección se amplía en este sentido) cuando las dentarias y las especiales con proyección funcional, como las gafas y audifonos, sólo dan lugar a ayudas económicas cuando así se determine [STS de 2 de octu-

Sin embargo, en el hipotético caso de estar incluidas en el ámbito protector del sistema, lo serían como prestaciones a satisfacer en metálico³⁴, es decir, que el beneficiario obtendría una cantidad en metálico, predeterminada por la norma, respecto de la cual concurriría en el libre mercado pudiendo adquirir la prótesis para la que se le otorgó dicha cantidad en donde lo estimase conveniente, no siendo de recibo restricciones en este sentido (al igual que ocurre en Luxemburgo). La diferencia clave está en que en el caso español la prestación en metálico sería de carácter asistencial (con la demostración de determinados requisitos que ello conlleva como a carencia de recursos suficientes, etc.).

Sentado esto, lo que parece obvio es que no se podrán obtener en el extranjero prestaciones a las que no se tiene derecho en el Estado del que se es beneficiario. Cuestión diferente es que se plantee la necesidad de adecuar los contenidos internos con los comunitarios a fin de evitar controversias como la que nos ocupa, ya que lo que parece claro es la imposibilidad de obligar a reembolsar prestaciones a las que no se tiene derecho en el Estado del que se es beneficiario y que se obtienen extramuros al sistema, amparados en justificaciones basadas en la libre circulación.

bre de 1995 (RJ 329) y 23 de noviembre de 1995 (RJ 3895) y STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 1996 (AS 4154); en idéntico sentido, SSTSJ de Cantabria de 23 de noviembre].

³⁴ La diferencia entre el carácter de prestación en especie o en metálico va a ser determinante a la hora de aplicar las siguientes reglas: a) si las prestaciones son en especie, se reconocerán por la institución del lugar de estancia o residencia, según su propia legislación y por cuenta de la institución competente (institución del país de afiliación del trabajador o institución deudora de la prestación); y, si por el contrario, estamos en presencia de prestaciones en metálico, serán abonadas directamente por la institución competente o, previo acuerdo, por mediación de la institución del país de estancia o residencia (art. 22 R. 1408/71).

b. Las excepciones posibles a la regla general de carácter restrictivo sobre el reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española

En materia de reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social española, la regla contenida en el art. 102.3 LGSS (74) establece que «las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados». En idéntico sentido se pronuncian los arts. 17 LGS, 2.2 y 5.1 del Reglamento de Prestaciones Sanitarias 63/1995, de 20 de enero (en adelante, RDPS). Por lo que la regla general en estos supuestos va a ser la improcedencia del reembolso de los gastos ocasionados.

El fundamento teórico del porqué de esta restricción deriva de que en España la libre elección de facultativo no es absoluta, es decir, que dentro del sistema de Seguridad Social español el derecho del beneficiario a designar a su propio médico tiene importantes límites. Así, en primer lugar, la elección sólo es posible respecto de los facultativos que ejerzan sus funciones dentro del ámbito de la medicina pública; en segundo, dicho derecho sólo es predicable en relación con el médico general o de cabecera (ahora de familia) y pediatra; y, en tercer y último lugar, sujeto al ámbito territorial del área de salud a la que se pertenezca (normalmente en función del domicilio o residencia habitual) y siempre que los cupos asignados al facultativo elegido no estén ya cubiertos³⁵. Eliminada la posibilidad de que los argumentos tanto a favor como en contra del reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social española

puedan fundarse en criterios como el de la libre elección de facultativo, se hace preciso indagar sobre cuál/es sería/n el/los argumento/s que determinasen la procedencia o improcedencia del reembolso de los gastos médicos ocasionados extramuros al sistema público sanitario. En este sentido, hay que reconducir este tipo de argumentos a la existencia de una regla general respecto del reembolso y de las posibles excepciones a la misma.

Y es que, el art. 102.3 LGSS (74) además de establecer la regla general de la improcedencia del reembolso de gastos médicos ocasionados por el recurso a la asistencia sanitaria extramuros al sistema público de salud, contiene *in fine* las posibles excepciones a la regla general antes mencionada, al prever que se reembolsarán los gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social española en «(...) los casos que reglamentariamente se determinen (...)». La regulación reglamentaria inicial de los supuestos excepcionales de reembolso se contenía en el Reglamento de Asistencia Sanitaria 2766/1967, de 16 de noviembre (en adelante, RAS), que contemplaba la denegación injustificada de la asistencia debida y la urgencia vital. Con posterioridad, el RAS fue derogado parcialmente por el Reglamento de Prestaciones Sanitarias 63/1995, de 20 de enero, que, tras sentar en su n.º 1 la regla general de que la utilización de las prestaciones de la Seguridad Social se realizará con los medios de que disponga el Sistema Nacional de Salud y según lo preceptuado en la Ley General de Sanidad y demás normativa concomitante, establece una excepción en los siguientes términos: «en los casos de asistencia vital urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización abusiva o desviada de esta excepción». En este estado de cosas, la doctrina se debate entre quienes entienden que no estuvo en la volun-

³⁵ ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, 1994, pp. 53 y ss.

tad del legislador la derogación del supuesto de denegación injustificada por lo que éste permanece vigente pese a su no expresa previsión en la normativa actualmente vigente, y la de aquellos otros que consideran que la omisión del legislador se debió a un impulso buscado a propósito bajo el fundamento de recortar al máximo el recurso, siempre extraordinario, a este tipo de excepciones. Pese a la existencia de este tipo de disquisiciones doctrinales, analicemos ambas excepciones más una tercera inicial.

Respecto de la de **utilización de servicios ajenos por indicación de la propia Seguridad Social**³⁶, ya el art. 102.3 LGSS (74) la prevé al establecer que cuando «(...) el beneficiario utilice servicios médicos diferentes de los que se le hayan asignado (...)» no se tendrá derecho a reembolso por parte de las entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria. Es por ello, por lo que en el caso de que fuesen las entidades obligadas a prestarla las que asignasen servicios médicos diferentes de los contenidos en el marco del sistema de Seguridad Social, el reembolso sí que sería procedente. Sin embargo, llegado el caso, la problemática se plantea en torno a quién será el órgano competente para ello. Así, la jurisprudencia entiende que «(...) no se puede identificar a los médicos que hicieron la indicación con los órganos de dirección de la entidad gestora, que son los que tienen que ordenar el que se siga el tratamiento en otro centro público o reconocer que carece de

medios para seguir prestándolo³⁷», y que «(...) las opiniones y consejos de los facultativos que atienden a los enfermos sobre la conveniencia de que sean atendidos por servicios ajenos a la Seguridad Social, ni obligan a ésta en términos formales ni exoneran a los beneficiarios de solicitar en tiempo y forma la asistencia sanitaria que precisen (...)»³⁸. Además, si los órganos competentes deniegan el tratamiento injustificadamente, se deberá acudir a la Inspección que será la que, en última instancia, determine la procedencia o no del mismo.³⁹ Por otro lado, se dota al órgano competente de un derecho de corrección entendido como «opción al propio sistema para corregir su defectuosa prestación⁴⁰», en relación con los casos de error de diagnóstico. Tampoco se ha de perder de vista que el tratamiento recibido ha de coincidir con el autorizado⁴¹. Finalmente, y como apunta CAMPS RUIZ⁴² «la indicación y/o autorización de la utilización de servicios médicos ajenos habrá de concederse siempre que la asistencia sanitaria de que se trate esté incluida en el ámbito de la prestación debida por la Seguridad Social y, por las circunstancias concurrentes en el caso, ésta no pueda facilitarla con sus propios medios⁴³». Por

³⁶ En la práctica esta posibilidad excepcional sólo plantea problemas cuando no se dan las premisas necesarias para su reconocimiento, ya que en los casos de proceder conforme a derecho no se plantea problema alguno por lo que, como regla general, se manifiestan los supuestos anómalos y no los ajustados a la norma. Es por eso, por lo que, un sector de la doctrina entiende que no estamos en presencia de una excepción propiamente dicha, sino de una posibilidad con la que cuenta la autoridad competente en materia sanitaria de la que hace uso cuando ésta lo estima oportuno y ante la que sólo se suscitan problemas en los supuestos desfavorables para los interesados.

³⁷ Ex. STS (ud) de 17 de julio de 1995 (RJ 6267).

³⁸ Ex. STS (ud) de 27 de septiembre de 1996 (RJ 6907).

³⁹ Ex. este sentido, *vid.* STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 1998 (AS 2158), según la cual «en el caso de haber interpretado que se le denegaba la asistencia, de haber procurado, acudiendo a la Inspección, que ésta le remitiera a otro centro o acordase lo procedente».

⁴⁰ *Vid.* STSJ Navarra de 27 de mayo de 1998 (AS 2287).

⁴¹ *Vid.* STSJ de Galicia de 16 de abril de 1998 (AS 1094) en la que «el enfermo no fue sometido al tratamiento autorizado (por no prestarlo la sanidad pública) sino a radioterapia externa».

⁴² CAMPS RUIZ, L. M.: «Las Prestaciones Sanitarias», en DE LA VILLA GIL, L. E. (dir.), GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (coord.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 335.

⁴³ Trayendo a colación la teoría administrativa de los «actos debidos», esto es, la ausencia de discrecionalidad administrativa a la hora de autorizar actos a los que se tiene derecho y respecto de los cuales se cumplen los requisitos y condiciones necesarios para su disfrute, por lo que la autorización administrativa supone un mero trámite de control frente a supuestos de abuso del derecho.

todo ello, serán premisas fundamentales a tener en cuenta a la hora de dilucidar si procede al reembolso *ex* esta excepción: *a'*) Que se trate de prestaciones incluidas en el sistema protector y que no pueden ser dispensadas por medios propios. *b'*) Que el órgano que autoriza la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social sea el competente, es decir, la entidad gestora o, en su defecto, la Inspección. *c'*) Que el tratamiento dispensado se corresponde con el autorizado. *d'*) En los casos de error de diagnóstico, no se puede obviar que por el simple error no se podrá acudir a esta excepción, sino que la Inspección goza de un derecho de corrección en virtud del cual, una vez le es notificado dicho error, procederá a adoptar la solución que estime conveniente. Asunto diferente es que, una vez puesta en conocimiento de dicho error, ésta incurra en una demora excesiva, desatención, etc., y, sólo entonces, se pueda acudir a cualquiera de las otras dos excepciones legalmente previstas ⁴⁴.

Respecto de la excepción de la **utilización de servicios ajenos por razones de urgencia vital**, decir que, aunque quizás ésta sea la más clara de las excepciones reconocidas unánimemente en el plano estrictamente legal, sin embargo, en el plano práctico, no deja de plantear problemas. El actual art. 5.3 RDPS establece que «(...) en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción». En cuanto a qué debe-

⁴⁴ Sirva a modo de ejemplo, la STSJ de Murcia, de 3 de noviembre de 1998 (AS 4431) en la que se reconoce la existencia de un error en el diagnóstico dado por los médicos de la sanidad pública, que deriva en una situación de urgencia vital para el enfermo, por lo que se admite el reembolso de los gastos ocasionados con motivo del traslado a un centro privado, gastos que fueron necesarios para el correcto diagnóstico y tratamiento.

mos entender por urgencia vital, ALMANSA PASTOR ⁴⁵ señaló que «la urgencia por sí sola justifica el recurso a los servicios de urgencia de la Seguridad Social, pero no a los ajenos a ella, de tal manera que los supuestos de urgencia vital vienen constriñéndose a la existencia de peligro mortal y a la imposibilidad de acudir a los servicios de urgencia». Sin embargo, la doctrina sentada por nuestros Tribunales Superiores de Justicia más reciente ha matizado la expresión de «peligro mortal» utilizada por el autor antes citado, entendiendo que se ha de tratar de «una situación patológica de tal gravedad que, como consecuencia de la misma, esté en riesgo cierto e inminente la vida o la integridad física ⁴⁶». Así pues, para la apreciación de esta excepción se han de tener en cuenta las dos condiciones siguientes ⁴⁷: *a'*) Que estemos ante una urgencia de carácter vital, es decir, de una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija una acción terapéutica inmediata. *b'*) Que no sea posible, extremadamente dificultoso o médicamente desaconsejable, el acudir a los servicios propios de la Seguridad Social.

Quizás resulte clarificador aportar supuestos concretos en los que, según reiterada jurisprudencia, se entiende existe o no urgencia vital: 1.^o Se considera que **existe** urgencia vital en los casos de: Aparecer inesperadamente ⁴⁸ la urgencia y ante la imposibi-

⁴⁵ ALMANSA PASTOR, J. M.: *op. cit.*, p. 1344, en relación con la jurisprudencia del momento y que omitimos citar dada su antigüedad. Alguna de la jurisprudencia más reciente, SSTS (ud) de 22 de noviembre de 1990 (RJ 8598) y de 31 de mayo de 1995 (RJ 4013), en las que se viene a decir que «no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada, y que se caracteriza, fundamentalmente y en los más de los casos, porque en ella está en riesgo la vida del afectado».

⁴⁶ Ex. STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1998 (AS 1841) y STSJ de Cantabria de 12 de marzo de 1998 (AS 408).

⁴⁷ Ex. STSJ del País Vasco de 14 de julio de 1998 (AS 3804).

⁴⁸ Vid. STS de 16 de noviembre de 1989 y STSJ de Cantabria de 12 de marzo de 1998 (AS 408), según la

lidad del uso de los servicios sanitarios de la Seguridad Social; sobrecarga en los servicios sanitarios⁴⁹; situaciones de demora excesiva⁵⁰; falta de medios o condiciones óptimas que cuestionen la curación o pongan en peligro la vida del enfermo⁵¹; situaciones de lejanía excesiva⁵² con el centro sanitario público. 2.º Se considera que **no existe** urgencia vital cuando: El enfermo viaja *exprofeso* al extranjero⁵³ para recibir la asistencia médica sin que se trate de urgencia vital ni con autorización previa; se produzca el ingreso urgente en clínica privada pudiendo haberlo hecho en un centro público de la misma ciudad, o bien cuando se hace uso de la medicina privada sin autorización previa⁵⁴; estemos ante situaciones de demora⁵⁵ por la existen-

cual «el supuesto de urgencia vital (supone) que se pruebe el riesgo inminente o que la integridad de la salud del paciente se deteriore con el retraso o la espera en la práctica de la asistencia sanitaria, entendida que no basta con la existencia de un riesgo inminente en el sentido médico, sino que esta situación objetiva, imposibilite la utilización de la revisión médica de la Seguridad Social».

⁴⁹ Vid. STS de 28 de mayo de 1990.

⁵⁰ Vid. STSJ de Asturias de 16 de enero de 1998 (AS 225), en la que «resulta procedente el abono de gastos originados por el tratamiento de referencia, dada la demora del Instituto Nacional de la Salud en atender la reclamación del actor, máxime si como parece, la atención que precisaba su hija podía efectuarse en un centro hospitalario público que no se determinó hasta pasados varios meses (...) y si a ello unimos, que (...) estamos ante un caso de urgencia vital, pues ésta requiere la existencia de un estado patológico que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo, con exigencia de una acción terapéutica inmediata (...)». Vid. también, anterior pero en unificación de doctrina, la STS de 28 de mayo de 1990.

⁵¹ Vid. STS de 28 de mayo de 1990.

⁵² *Idem*.

⁵³ Vid. STS de 26 de abril de 1996 y, más recientemente, STSJ del País Vasco de 8 de abril de 1997 (AS 1785).

⁵⁴ Vid. STS de 26 de marzo de 1997.

⁵⁵ La demora ha de ser entendida como «retraso injustificado en el tratamiento de ciertas enfermedades, no sólo por el peligro de su expansión al resto del organismo, sino, incluso por la situación de angustia en que pueden sumir al enfermo» (STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 1998 (AS 2387), así como, con anterioridad pero en unificación de doctrina, STS de 7 de octubre de 1996).

cia de listas de espera de la Seguridad Social; se produzca un agravamiento súbito⁵⁶, pero previsible, de procesos ya tratados por la Seguridad Social o en los de enfermedades degenerativas y evolutivas⁵⁷; estemos ante supuestos de internamiento psiquiátrico⁵⁸.

Por otro lado, y como se habrá podido deducir de los supuestos expuestos a modo meramente ejemplificativo, nos encontramos

⁵⁶ Vid. STS de 7 de mayo de 1990.

⁵⁷ Vid. STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1998 (AS 323).

⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La Seguridad Social en la unificación de doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, n.º 47, 1997, pp. 67 y ss.: «El reintegro de los gastos por utilización de centros privados ajenos a la Seguridad Social se ha planteado de modo concreto en relación a supuestos de hospitalización psiquiátrica como variedad con entidad propia dentro del derecho a la hospitalización no quirúrgica». Y ello en virtud del art. 19.1 RAS que prevé que «la hospitalización podrá ser acordada por la Entidad Gestora de oficio o a propuesta del facultativo que preste la asistencia con carácter obligatorio para el beneficiario en el caso de afección no quirúrgica siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos: a) si la naturaleza de la enfermedad exige un tratamiento diagnóstico que no pueda realizarse en el domicilio del paciente ni en régimen ambulatorio, b) si la enfermedad es transmisible, c) si el estado o conducta del paciente exige una vigilancia sanitaria continua. Los internamientos acordados por la Entidad Gestora que no puedan efectuarse en ninguna institución cerrada propia o concertada de la Seguridad Social, podrán llevarse a cabo en cualquier establecimiento de la red hospitalaria nacional que cuente con las instalaciones adecuadas, siendo los gastos ocasionados en tales casos a cargo de la Seguridad Social». Actualmente, habrá que tener en cuenta lo previsto en el art. 3 RDPS. En los casos en que se den las circunstancias previstas en el art. 19.1 antes comentado, el internamiento será obligatorio para la Entidad Gestora sin que por ello pueda el beneficiario acudir directamente a servicios ajenos a los de la Seguridad Social para después acogerse al reembolso, salvo supuestos de denegación injustificada o urgencia vital, ya que la exigencia de comunicación y solicitud a la entidad gestora se presenta como ineludible ex el artículo citado [Vid. SSTs de 31 de mayo de 1995 (RJ 4013), de 19 de febrero, 26 y 31 de marzo de 1997, RJ 2159, 2621 y 2629 respectivamente]. Sobre la inclusión de las enfermedades mentales en la cobertura dispensada por nuestro sistema de protección y demás aspectos relacionados con este tipo de enfermedades, COBREROS MENDAZONA, E.: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAAE/IVAP, 1988.

con un recurso abusivo a conceptos jurídicos indeterminados predicable de legislaciones anteriores. Así, observamos expresiones como «demora» o «dejanía excesiva», «sobrecarga», etc., que demuestran que, en el fondo, no se ha avanzado casi nada y que el recurso a éstos termina por volverse en contra de la parte más débil que observa atónita como la Administración, en el uso de su discrecionalidad, «restringe» más allá de lo ya «restringido» por la norma (valga la redundancia).

Sin embargo, y en relación con los problemas que se suscitan a colación de las asistencias sanitarias en el extranjero y encauzadas por esta excepción, señalar que, siguiendo la línea jurisprudencial sentada por los Tribunales españoles, los únicos casos en los que se acepta de forma incuestionada el reembolso en aquellos casos en los que o bien la necesidad surge inesperadamente fuera de nuestras fronteras, y siempre que sea imposible el traslado a España; o bien, son consecuencia de la estancia o residencia más allá de nuestras fronteras [supuesto normal de aplicación de la normativa comunitaria en materia de trabajadores migrantes —como se apuntó *supra* I.2.a)]—. Con ello se exceptúan los supuestos de traslado al extranjero por urgencia vital —diferente del de asistencia urgente previsto en el art. 22 R. 1.408/71— esgrimiendo argumentos como que «(el hecho de que) los servicios de la Seguridad Social española no han alcanzado los niveles técnicos de otros servicios médicos extranjeros, (...) no puede entenderse equiparable a la denegación de asistencia⁵⁹», y que, de entenderse así, se ocasionaría la ruptura de «un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal⁶⁰», ya que en muchos casos, pese a lograr resultados muy positivos tras recurrir a otros países «no se procura (...) un nivel asistencial superior al que la generalidad de los españoles puede obtener en

nuestro país, sino la única posibilidad de vida para el enfermo⁶¹». Sin embargo, este tipo de argumentaciones no son del todo unánimes y, como veremos *infra*, caen por su propio peso.

Hemos dejado para el final la excepción de la **utilización de servicios ajenos por denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida** por ser ésta la excepción más cuestionada por la doctrina. Este supuesto contenido de manera expresa en el art. 18.3 del hoy derogado parcialmente RAS, no ha sido objeto de regulación en el actual RDPS. Este último deroga expresamente el art. 18 RAS en virtud de su disposición derogatoria y procede a regular en su art. 5.3 los supuestos excepcionales de la regla general antes planteada. Entre dichas excepciones no se contiene de manera expresa la de denegación injustificada de la asistencia debida; es por ello por lo que la jurisprudencia no es uniforme en este aspecto y mientras unos consideran que la denegación injustificada de la asistencia debida subsiste como supuesto autónomo y distinto del de la urgencia vital⁶², entendiendo que la laguna normativa existente tras la derogación parcial del RAS se ha de achacar a un despiste del legislador, en cuyo ánimo no estaba la omisión de tal posibilidad; otros, *sensu contrario*, la consideran afecta a propósito por la derogación antes citada, en un ánimo del legislador que pretendía acotar de forma más restrictiva las excepciones legalmente reconocidas a la regla general más arriba expuesta, máxime cuando la denegación injustificada terminaba siendo reconducida, las más de las veces, a supuestos englobables en la excepción de urgencia vital. Si optamos por

⁶¹ *Idem*.

⁶² Aunque la doctrina mayoritaria así lo entiende [*Vid.* STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 1997 (AS 1717) y STSJ de Cantabria de 25 de febrero de 1998 (AS 408)], también existe jurisprudencia en contra de la pervivencia de dicha excepción como supuesto autónomo [*Vid.* STSJ de Castilla y León de 11 de marzo de 1998 (AS 571) y STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 1998 (AS 1622)].

⁵⁹ *Vid.* STS (ud) de 8 de marzo de 1996 (RJ 1979).

⁶⁰ *Vid.* STS (ud) de 13 de junio de 1995 (RJ 2280).

la primera, es decir, por entenderla implícitamente en vigor, el contenido de esta excepción según el anterior art. 18.3 RAS sería el siguiente: «Si (...) se le denegase injustificadamente la prestación de la asistencia debida, podrá reclamar el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían siempre que lo hubiera solicitado en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarlo, razonar la petición y justificar los gastos efectuados». Resulta evidente la necesidad de una previa solicitud a la entidad gestora, solicitud que ha de ser razonada y contener justificación de gastos, pero el extremo en torno al cual se albergaban mayores dudas era el del plazo para formalizar dicha solicitud. Así, las iniciales cuarenta y ocho horas del RAS, fueron ampliadas a quince días por D. de 14 de septiembre de 1973 (que dio nueva redacción a aquél). Como acabamos de apuntar, en la actualidad, pese a la derogación del citado precepto, esta excepción se entiende vigente, hecho que deriva en la existencia de una laguna legal en cuanto al plazo al que estamos haciendo referencia. Así pues, no se prevé de manera expresa plazo alguno, por lo que lo razonable sería entender que bastase con un plazo «razonable o prudencial» (concepto jurídico indeterminado que es manejado por la jurisprudencia de modo contradictorio, ya que hay TSJ que entienden que 15 días es un plazo razonable, y otros que no hablan de lapso de tiempo determinado). En muchos casos, los Tribunales entienden que «(...) para que exista denegación es preciso que haya sido pedida formalmente la asistencia y que ésta sea denegada de modo positivo, bien por manifestación expresa, bien por denegación tácita inequívoca, y que se haga saber en el plazo de quince días que se ha acudido a servicios médicos ajenos a la Seguridad Social⁶³ (...)»; sin embargo, en otros se flexibilizan los requisitos formales o burocráticos y se entiende que⁶⁴ «(no) que pued(e) en conse-

⁶³ Ex. STS (ud) de 27 de septiembre de 1996 (RJ 6907). En idéntico sentido STS (ud) de 17 de julio de 1995, (RJ

cuencia considerar incorrecta la valoración que hace el juzgador ampliando dicha autorización al momento del ingreso real (anterior a la autorización), aun cuando unilateralmente por el actor, sin consultar inicialmente con dicho Organismo dicha opción; no puede sin embargo el Organismo demandado a la vista del alcance explícito de dicha autorización condicionar los efectos económicos de la misma como se pretende».

Es decir, la denegación injustificada de la asistencia debida se configura como una excepción a la regla general sobre el reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos al sistema de seguridad Social español, en la que se requiere la concurrencia de tres condiciones acumulativamente exigibles⁶⁵: a') Que la prestación sanitaria se haya solicitado, acudiendo inicialmente a los servicios sanitarios de la Seguridad Social. b') Que no se haya obtenido dicha asistencia o que se le haya denegado expresamente, por razones como la existencia de deficiencias estructurales y organizativas, la demora excesiva, los errores de diagnóstico, etc. c') Que se haya notificado a la entidad gestora en el plazo de los 15 días anteriores a la asistencia. Sin embargo, la tendencia actual se inclina a la flexibilización del requisito de la autorización, admitiéndose el reembolso incluso en los casos en que la autorización se solicite con posterioridad a la prestación de los servicios para los que se solicita siempre y cuando se ostente el derecho, es decir, se cumplan todas las premisas y requisitos exigidos legalmente para su disfrute⁶⁶.

6267), STSJ de Madrid de 13 de mayo de 1997 (AS 1737) y STSJ del País Vasco de 14 de julio de 1998 (AS 3804). Otras (las menos), sin embargo, no precisan plazo alguno, sino que hacen referencia a un «plazo razonable», como STSJ de Galicia de 3 de febrero de 1994 (AS 685).

⁶⁴ Vid. STSJ Canarias de 14 de abril de 1998 (AS 984).

⁶⁵ Ex. STSJ del País Vasco de 14 de julio de 1998 (AS 3804).

⁶⁶ Vid. STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, de 23 de octubre de 1998 (AS 4418), según la cual «cuando el

Grosso modo se puede concluir que: 1.^o Se entenderá que **estaremos en presencia de denegación injustificada** en los casos en que: Se observe la existencia de una grave enfermedad, que el propio servicio público demandado consideró de una gravedad irrecuperable⁶⁷; no se dispense el tratamiento previsto por los propios servicios sanitarios en el plazo prudencial⁶⁸; no se conteste al requerimiento notarial⁶⁹ o a la solicitud de autorización⁷⁰; en el supuesto de enfermos psiquiátricos para los que se prescriba ingreso en centros especializados y no se autorice con posterioridad por el órgano competente o que se sometan a dilaciones indebidas⁷¹. 2.^o Se entenderá que **no existe denegación injustificada** en los casos en los que: Se acuda directamente a la medicina privada para la implantación de una prótesis⁷²; se haga sujeta a listas de espera⁷³; se denieguen tecnologías punta aun no prestadas por la Seguridad Social española⁷⁴; se rechace el trata-

miento prescrito impulsado por motivaciones religiosas⁷⁵; se remita a centros privados efectuado por facultativos de centros públicos⁷⁶.

Hasta aquí la exposición de lo que la primera de las posiciones apunta, pero, no se ha de perder de vista, la segunda de las tendencias, es decir, la que entiende derogada a propósito tal posibilidad tras la derogación parcial debida al RDPS sobre el RAS. Esta última parece ser la que, más previsiblemente, termine por imponerse, obligando, en algún momento histórico no muy lejano, a nuestro TS a unificar criterios sobre la materia, crite-

Órgano Administrativo acepta la asistencia médica en Centro Médico privado haciéndose responsable de los gastos que pueda ocasionar el ingreso y posibles pruebas, no puede el Organismo demandado a la vista del alcance explícito de dicha autorización condicionar los efectos económicos de la misma».

⁶⁷ Vid. STSJ País Vasco de 24 de marzo de 1998 (AS 1305).

⁶⁸ Vid. STSJ del País Vasco de 16 de febrero de 1993 (AS 1094).

⁶⁹ Vid. STSJ de Galicia de 3 de febrero de 1994 (AS 685).

⁷⁰ Vid. STSJ de Canarias de 30 de enero de 1998 (AS 728).

⁷¹ Vid. STSJ de Galicia de 30 de abril de 1998 (AS 1099).

⁷² Vid. SSTS de 13 de julio de 1995 y 5 de marzo de 1996.

⁷³ Vid. STS de 7 de octubre de 1996.

⁷⁴ Vid. SSTS de 4 de junio de 1986, 16 de febrero y 31 de octubre de 1988, 15 y 16 de noviembre de 1989, 7 de mayo y 7 de julio de 1990, 13 de octubre y 30 de noviembre de 1994, 8 de febrero, 13 de octubre y 21 de diciembre de 1995, 8 de marzo y 26 de abril de 1996, sobre tecnologías punta no existentes en la sanidad española sino en la extranjera. Sin embargo, en el caso de que dichas tecnologías existiesen en España pero sólo estuviesen siendo dispensadas por la medicina privada y no por la pública, se continúa suscitando problemas y controversias en el ámbito de los Tribunales Superiores

de Justicia de las Comunidades Autónomas: Vid. STSJ de Extremadura de 3 de abril de 1997 (AS 1379) estimatoria y la STSJ de Madrid de 13 de mayo de 1997 (AS 1737) desestimatoria. Sin embargo, y siguiendo a VILLAR ROJAS, F. J.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Edit. Praxis, 1996, pp. 78 y ss., «no existe derecho subjetivo a una medicina tecnológicamente avanzada. No por falta de voluntad del legislador, sino por la necesidad de acomodar las prestaciones a los recursos disponibles. Como cualquier otro derecho prestacional, el derecho a la asistencia sanitaria depende de los medios materiales y personales que puedan emplearse para su atención. (...) Esta limitación de prestaciones se acompaña de una obligación positiva: el servicio de asistencia sanitaria debe atender todas las prestaciones que ofrezca la sanidad privada nacional, aun cuando ningún centro sanitario público esté en condiciones de prestarlas» ya que el derecho que esgrime el beneficiario es el de una asistencia sanitaria que nada desmerezca a la mejor que pueda obtenerse dentro de las fronteras nacionales (cosa que matizaremos con posterioridad), incluida la privada. Pero es que, además, y en opinión del mismo autor «la obligación de contar con una organización adecuada impone a la Administración una mejora constante de sus medios para mantener la calidad de sus prestaciones y acomodarse a todas aquellas que vayan incorporándose al servicio público» (p. 78). De todo ello deriva que el TS parece estar omitiendo la obligación de reembolso de gastos médicos ocasionados al acudir a la medicina privada en España, incluso en los casos de tratamientos no existentes en el ámbito público [en este sentido, vid. STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1998 (AS 323)].

⁷⁵ Vid. SSTS de 14 de abril de 1993 y 3 de mayo de 1994, pero el último ejemplo en este sentido puede apreciarse en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de febrero de 1998 (AS 667).

⁷⁶ Vid. STS de 17 de julio de 1995 y STSJ de Navarra de 30 de marzo de 1998 (AS 972).

rios de naturaleza restrictiva en pos de la reducción del recurso a las excepciones, unificando las varias posibles en una sola que de cabida a pluralidad de situaciones, y que habrá de ser utilizada de manera absolutamente puntual tal y como señalamos al comentar la regla general sobre el reembolso de gastos sanitarios ocasionados por la utilización de servicios sanitarios extramuros a la Seguridad Social española.

c. *Las prestaciones farmacéuticas*

La característica más importante respecto de las prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social es la de la obsesión de reducir costes que respecto de ellas manifiestan los poderes públicos. Es por ello por lo que se supeditan a dos principios generales cuyo juego, como apunta ALONSO OLEA ⁷⁷, se manifiesta en la práctica como contradictorio y de difícil equilibrio. A saber: la libertad del médico para recomendar el tratamiento que le dicten su ciencia y conciencia, cuya consecuencia es en lo farmacéutico la libertad de prescripción de cualquier medicamento que a su buen saber y entender contribuya a la recuperación de la salud de sus pacientes; y, el deber deontológico del médico que como profesional cuyas actuaciones implican gastos que otros soportan, debe conjugar los principios de la economía más estricta con el de la eficacia del tratamiento.

Antes de detenernos someramente a observar su configuración actual, apuntar que su marco normativo vigente se comprende, además de por la normativa antigua ampliamente conservada en este extremo, por la modificación de la LSS (arts. 105, 106 y 107) por la LMed., así como por su DMed. (RD 83/1993, de 22 de enero), a su vez desarrollado por el OMed. (OM de 6 de abril de 1993). A la normativa nacional apuntada habrá que agregar la normativa comunitaria ⁷⁸ existen-

te en la materia, toda ella coordinadora en pos de la protección de la salud pública y básicamente referida al control administrativo que respecto de este tipo de prestaciones han de llevar a cabo los Estados miembros.

En cuanto a su régimen jurídico apuntar brevemente los aspectos más relevantes a los efectos que nos interesan: a) La prestación farmacéutica comprende, según el art. 105 LSS «las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos». b) Pese a lo que pudiera parecer, ni cualquier producto dispensado en una farmacia es medicamento ni todas las prestaciones consideradas farmacéuticas van a ser dispensadas por la Seguridad Social. Respecto de los productos no considerados farmacéuticos decir que, siguiendo prescripciones del art. 105.2 LSS, los arts. 94.2 LMed. y 2.1 RMed. señalan que «quedan excluidos de la prestación farmacéutica los productos dietéticos y cosméticos, aguas minerales, elixires y dentífricos, jabones y confites medicamentosos». Respecto de las prestaciones farmacéuticas que pese a considerarse como tales se encuentran excluidas de la financiación pública, señalar: las especialidades farmacéuticas publicitarias; las consistentes en alimentos, anabolizantes o adelgazantes, así como las que tengan una finalidad higiénica o dermatológica y las destinadas a síntomas menores; y, las exclusiones individualizadas de especialidades. c) Todas las demás prestaciones farmacéuticas han de considerarse incluidas y dispensables por la Seguridad Social, bien a través de la dispensación gratuita en los casos en que proceda (tratamientos realizados en las instalaciones propias o concertadas de la Seguridad Social, pensionistas e inválidos, accidentados y enfermos profesionales, etc.), bien sujetos a un canon moderador que podrá consistir o en una aportación reducida por parte del beneficiario (en los casos de enfermedades crónicas y si el

⁷⁷ ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, pp. 73 y ss.

⁷⁸ Básicamente configurada por las Directivas 85/432/CEE y 85/433/CEE sobre los productos farmacéuticos y, más

recientemente, 92/26/CEE, relativa a la clasificación de los medicamentos en la Unión Europea.

medicamento se encuentra en un listado predeterminado en el art. 5 y Anexo II DMed.) o, con regla general, en una participación del 40% del precio de venta al público. *d*) Como cabe deducirse de lo apuntado hasta el momento, la prestación farmacéutica también es una prestación en especie, pese a lo que, a primera vista, pudiera parecer. Y es que, por el simple hecho de contar con una receta que nos facilite la dispensación de un medicamento no se puede pretender ostentar ese derecho más allá de nuestro sistema protector por entendernos beneficiarios de una prestación en metálico que podría ser satisfecha donde más interesase al titular de dicho derecho. Volvemos a estar en presencia de una prestación en especie de las contenidas en *supra* II.1 respecto de la cual será aplicable todo lo apuntado en aquél momento.

3. POSIBLES RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS APUNTADOS POR EL TJCE CON MOTIVO DE LOS ASUNTOS DECKER Y KOHLL

Una vez adelantados los rasgos básicos del ordenamiento jurídico comunitario y del español respecto del reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social, cabe preguntarse si los Estados miembros no cuentan con mecanismos flexibilizadores respecto de la aplicación del Derecho comunitario que cuenta con una calificación de primacía y superioridad respecto de aquéllos. Y decimos «flexibilizadores», en ningún caso «exoneradores» de dicha aplicación.

Respecto del juego entre el principio de libre circulación (en cualquiera de sus manifestaciones) y la materia relativa a la Seguridad Social, el TJCE apunta, con motivo de las sentencias objeto del presente estudio, que el primero no puede ser entendido de forma absoluta ya que, llegado el caso y respecto de materias como la Seguridad Social, po-

drá limitarse (excepcionalmente) en base a criterios como los de salud pública (*a*), control de gastos sanitarios en pos del equilibrio presupuestario del sistema (*b*), y mantenimiento de una asistencia sanitaria con vocación universalista (*c*). (*a*) Respecto de los motivos de *salud pública*, decir que hacen referencia, por un lado, a la normativa sobre requisitos de acceso y ejercicio de las profesiones⁷⁹ relacionadas con la medicina; y, por otro, a la normativa sobre calidad y control de productos médicos⁸⁰ ambas materias sobradamente reguladas en el ámbito comunitario y con resultados muy positivos en cuanto a la consecución de una mejor coordinación en el ámbito interno en este sector. Ambas normativas pretenden que tanto en lo concerniente a la prescripción de fármacos como en lo concerniente a la dispensación de servicios médicos, se ostenten por los interesados las mismas garantías tanto dentro de su respectivo ámbito nacional como en el comunitario. (*b*) En cuanto al *control de gastos sanitarios* en pos del equilibrio presupuestario del sistema, el TJCE entiende que aunque los objetivos meramente económicos no pueden justificar el establecimiento de obstáculos a las libertades citadas, no pueden dejar de tenerse en cuenta los riesgos que ha-

⁷⁹ Que han sido objeto de las Directivas 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE y la 95/43/CE de la Comisión, de 20 de julio, por la que se modifican los Anexos C y D de la Directiva citada en primer lugar, así como las Directivas 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, la 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos y la 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (que codificó las Directivas 75/362 y 363/CEE), o de 85/432/CEE y 85/433/CEE sobre los farmacéuticos, por citar algunas de las más relevantes en torno a la controversia que ahora nos ocupa.

⁸⁰ Regulado, entre otras, por la Directiva 92/26/CEE sobre la clasificación de medicamentos en la UE.

rían peligrar el equilibrio financiero del sistema, tales como el aumento desmesurado de los gastos ocasionados por las prestaciones sanitarias. Si bien es verdad, tal y como precisa el TJCE, que el reembolso a tanto alzado de unas gafas con lentes correctoras o de un aparato de ortodoncia comprados en otros Estados miembros no tiene una incidencia sumamente negativa sobre la financiación o el equilibrio del sistema de Seguridad Social, sí que habrá que precisar qué hemos de entender por poner en peligro el equilibrio financiero del sistema sanitario español. En este sentido, de la realidad fáctica parece desprenderse que la diferencia entre el coste de una prestación sanitaria en España o fuera (pese a depender de diversas variables), es, por lo general, mínimo, y ello porque hoy en día ya no se hace depender tan agudamente como antes de la novedad del tratamiento dispensado ya que los niveles de avance tecnológico sobre materia sanitaria distan poco entre sí (o, cuanto menos, en menor grado que con anterioridad). La diferencia de costes suele estribar en el añadido de los costes de desplazamiento y manutención que se presuponen al salir del Estado del que se es beneficiario y en el que se reside, más aún cuando el enfermo se hace acompañar por alguien. Además, si la diferencia de costes se fundamenta en este aspecto, puede ser que dicha diferencia sea, incluso, razonable y, por lo tanto, susceptible de ser tenida en cuenta dentro del monto global. Sin embargo, y aun en el caso de peligro del equilibrio financiero por una desmesurada diferencia entre costes por razones diferentes que acabamos de apuntar, el problema podría ser resuelto, entre diversas posibilidades⁸¹, a través de la **regla de proporcionalidad**, esto es, proporcionando al enfermo el importe que

⁸¹ De entre ellas, la más lógica es la expuesta en el texto principal pero se hace preciso mencionar alguna otra relevante en este sentido como la posibilidad de transpolar el sistema de bases tarifadas implantado respecto de los trabajadores destacados o desplazados, aunque se trataría de una propuesta de implantación más compleja, claro está.

hubiese supuesto su tratamiento en España y quedando a su cargo el exceso del coste de la asistencia sanitaria dispensada en el extranjero⁸². Para ello podría ser útil atender a la previsión de costes que se contienen en resoluciones como las de 28 de septiembre de 1998, de la Presidencia del INSALUD, sobre revisión de las condiciones económicas aplicables en 1998 a la prestación de servicios concertados de asistencia sanitaria con entidades públicas y privadas en el ámbito de gestión del INSALUD, o sobre revisión de las condiciones económicas aplicables en 1998 a la prestación de servicios concertados de transporte sanitario en el ámbito de gestión del INSALUD⁸³. En resumen, los criterios a seguir sobre este extremos podrían ser los siguientes: a') Si la diferencia entre el coste de una prestación sanitaria de las dispensadas por el sistema español de Seguridad Social y el coste de la misma en Estado diferente al español, fuera nula, mínima, o, incluso, razonable, procedería el reembolso (siempre y cuando se cumplan los requisitos antes vistos de prestación incluida dentro del elenco de prestaciones dispensada por el sistema protector, etc.). b') Si, por el contrario, dicha diferencia fuera considerable, la solución podría residir en otorgar al beneficiario la cuantía a la que ascendería su tratamiento si se dispensara por el sistema español de asistencia sanitaria, debiendo éste correr con el exceso resultante de la diferencia entre un coste y otro. (c) Finalmente, y en cuanto al mantenimiento de una asistencia sanitaria

⁸² PALMERO ZURDO, J.: «1998: Un año de cambios para la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social», *Revista Aranzadi Social*, enero 1999, n.º 18, p. 121, apunta en este sentido que «sólo se podrán presentar facturas abonadas y no caducadas; dado que el plazo de prescripción aplicada es de dos años y que el TJCE no ha limitado los efectos en el tiempo de estas sentencias, los afiliados que hayan tenido la precaución de guardar las facturas de 1996 y 1997 y que cumplan los requisitos anteriores, podrán intentar ahora obtener su reembolso según las tarifas luxemburguesas». Sobre esto último discrepamos, ya que creemos más acertado el que las tarifas a aplicar sean las vigentes en España.

⁸³ Ambas en BOE de 20 de octubre.

con *vocación universalista*, parece hasta cierto punto lógico sostener, como hace nuestro TS, que en pos de la pretendida vocación no se podrán perder de vista las limitaciones tanto materiales como personales del sistema en sí mismo considerado. Algunos pudieran argumentar que aseverar lo contrario derivaría en una situación caótica para nuestro sistema ya que algunas de las plagas de este siglo, tales como ciertos cánceres, las enfermedades cardiovasculares o el SIDA, respecto de las cuales las altas cotas de éxito alcanzadas a nivel mundial nada tienen que ver con las alcanzadas por la sanidad española (sin que por ello se deje de reconocer el alto nivel con el que se cuenta en nuestro país en determinadas especialidades en la actualidad), harían insostenible los fenómenos de «tránsfugas» más pudientes hacia los servicios sanitarios más prestigiosos en el ámbito comunitario, con derecho al posterior reembolso de cantidades exorbitantes, en detrimento de los menos pudientes y que, irremediablemente verían sus vidas languidecer ante la impotencia del propio sistema sanitario español.

Siguiendo nuestro planteamiento, la situación sería otra ya que, por un lado, no hay que dramatizar respecto del nivel de desarrollo de las tecnologías y tratamientos dispensado por nuestro sistema, es más, los niveles alcanzados en la actualidad nada tienen que desmerecer respecto de los alcanzados en otros países de nuestro entorno comparado (con carácter general y sin hacer específica mención a sectores concretos), llegando los expertos en la materia a afirmar que, hoy por hoy, los niveles de desarrollo tecnológico en materia de asistencia sanitaria son «prácticamente» análogos en la mayoría de los países desarrollados; y, por otro, el fenómeno de los tránsfugas tiene solución legal ya que en el art. 5.3 RDPS se precisa que «en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no pudieron utilizar

oportunamente los servicios de aquél y que *no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción*⁸⁴». Podrían servirnos como indicios a la hora de determinar si el reembolso procede o no, los siguientes: *a'*) Que estemos ante prestaciones de las incluidas en el elenco de prestaciones dispensadas por nuestro Sistema Nacional de Salud, y, de manera más general, por nuestro sistema de Seguridad Social; *b'*) que se tenga derecho a ellas por cumplirse los requisitos⁸⁵ que la normativa específica sobre la materia requiere. Con ello no estamos haciendo referencia a los requisitos formales (afiliación, alta, cotización, periodos de carencia, etc., por otro lado, nimios respecto de la prestación de la asistencia sanitaria), sino a los requisitos y las autorizaciones necesarias para acceder a este tipo de prestaciones vía excepción; *c'*) que no se afecte gravemente el equilibrio financiero del sistema, es decir, que la diferencia entre costes entre obtener la prestación del Sistema Nacional de Salud o de cualquier otro, sea razonable. De este modo, huelga decir que ni se vulneran los principios de universalidad y solidaridad de la protección ni el de equilibrio financiero del sistema y, sin embargo, se hace posible el reembolso de gastos médicos por tratamientos recibidos tanto en la sanidad pública extranjera como en la medicina privada, nacional o extranjera (no de manera absoluta sino dentro del contexto seguido en este estudio), resultando incluso ventajoso⁸⁶ ya que por

⁸⁴ La cursiva es nuestra.

⁸⁵ Al hablar de requisitos, sólo hacemos mención a los formales, porque no hemos de olvidar que «la condición legal que habilita al usuario a utilizar el servicio está constituida por la situación de enfermedad, que no atribuye a la Administración poder discrecional alguno. Al contrario, de cara al servicio, la enfermedad constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido es técnico y cuya fijación corresponde a la ciencia médica», en ESCRIBANO COLLADO, P.: *El Derecho a la Salud*, Cuadernos del Instituto García Oviado, Universidad de Sevilla, n.º 1, 1976, pp. 50 y ss.

⁸⁶ El ejemplo dado por García de Cortázar en las // *Jornadas de Seguridad Social en Europa* celebrado en Madrid los días 29, 30 y 31 de marzo de 1999 es el de las

costes similares se obtendrán más probabilidades de éxito una vez abierta la posibilidad de acudir a centros donde la tecnología haya alcanzado mayores cotas de eficacia.

Llegados a este punto parece que la doctrina sentada por el TJCE a través de estas dos sentencias va más allá de lo apuntado por nuestro TS. Y es que, a nuestro entender, son posibles tres posturas: **una primera** en la que se propugna la posibilidad de acudir al sistema sanitario de cualquiera de los Estados miembros de la Unión en virtud del principio de libre circulación, con autorización o sin ella y ante cualquier tipo de prestaciones sanitarias (libre mercado de asistencia sanitaria); **una segunda** totalmente opuesta a la primera, esto es, que predica la negación absoluta de la posibilidad de acudir extramuros del Sistema Nacional de Salud, sin autorización previa concedida por el órgano competente, y, aun con ella, en contadas ocasiones dada la puesta en peligro del equilibrio financiero del sistema y la ruptura con la vocación universalista de nuestro sistema sanitario (mercado estrictamente nacional); y, **una tercera intermedia o ecléctica**, según la cual, siempre que se tratase de una prestación de las incluidas en el sistema de protección sanitarias del Estado del que se es beneficiario, se tuviese derecho a ella en el ámbito nacional, (por estar en alguna de las circunstancias excepcionales a que hacen referencia tanto el art. 22 del R. 1708/71 como el art. 5.3 RDPS, y tanto si se ostentase como si no autorización previa) y, finalmente, no se afectase gravemente el equilibrio financiero del sistema, se podría acudir a servicios sanitarios comunitarios y pretender válidamente el reembolso de gastos derivados de dicho servicio por parte del Estado del que se es beneficiario. Con ello, el TJCE procede a

operaciones de cataratas que están llevándose a cabo en zonas fronterizas con Francia, a las que llega gran afluencia de afectados dados los buenos resultados que se están obteniendo, con costes similares a los de otras zonas y que tendrían suponer un paliativo a las ya de por sí infladas listas de espera de la sanidad española.

flexibilizar el requisito de la autorización⁸⁷, ya que entiende que en aquellos casos en los que sea válida la pretensión del paciente, por tener derecho a dicha prestación en el ámbito nacional, la autorización previa preceptiva se presenta como un obstáculo a la libre circulación ya que ha perdido su fundamento de evitar el uso abusivo de los servicios sanitarios a los que no se tiene derecho⁸⁸. Es decir, que en los casos en los que las pautas antes marcadas (prestación incluida, derecho a ella y no afectación grave al equilibrio financiero del sistema) se presenten como veraces y efectivamente comprobadas, el requisito formal de la autorización no puede supeditar la concesión o no del reembolso, ya que una vez superados todos los filtros antes comentados, será intrascendente que la autorización se solicite con anterioridad a la dispensación del servicio (quince días, más o menos) o después, ya que se cumplan todos los demás requisitos exigidos por la normativa específica. Además, por otro

⁸⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 126 y ss. Además, ya hay TSJ que se han aventurado en este sentido flexibilizador del requisito de la autorización, al afirmar que «sin que pueda en consecuencia considerarse incorrecta la valoración que hace el juzgador ampliando dicha autorización al momento del ingreso real (anterior a la autorización), aun cuando unilateralmente por el actor, sin consultar inicialmente con dicho Organismo dicha opción; no puede sin embargo el Organismo demandado a la vista del alcance explícito de dicha autorización condicionar los efectos económicos de la misma como se pretende», en STSJ Canarias de 14 de abril de 1998 (AS 984). Como puede apreciarse en la citada sentencia se estima el reembolso de gastos médicos ocasionados por servicios ajenos a la Seguridad Social española en el caso de asistencia a una clínica privada autorizada por la Entidad Gestora para un segundo diagnóstico, autorización que es concedida con posterioridad a su internamiento, pese a lo cual, el TSJ entiende que han de retrotraerse los efectos económicos de la autorización al momento real del ingreso. En idéntico sentido, STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, de 23 de octubre de 1998 (AS 4418).

⁸⁸ No se ha de olvidar que ni el ordenamiento jurídico español ni el comunitario prohíben el recibir asistencia sanitaria en el extranjero (que, con posterioridad, sea reembolsada), sino que limitan esa posibilidad a los casos en que se cumplan con los requisitos por ellas prescrito, con el único fin de evitar situaciones de abuso del derecho.

lado, pone en relieve que ello será posible siempre y cuando no se afecte de manera acusada al equilibrio financiero del sistema, es decir, cuando una operación cuesta aproximadamente lo mismo en ambos Estados miembros (logrando con ello economizar incluso, ya que por el mismo coste se obtienen más garantías de éxito tanto para el paciente como respecto de la inversión económica realizada en él).

A través de esta última opción, se logra una solución que pretende, por un lado la convivencia pacífica y respetuosa entre ordenamientos jurídicos comunitario y ordenamientos jurídicos nacionales, ya que se respeta el principio de libre circulación y no se hace mella en el principio de primacía del *acquis communautaire*⁸⁹, sin que, por el momento se haga necesario afrontar apresuradas y drásticas reformas en materia de Seguridad Social, y, más concretamente, en asistencia sanitaria; por otro lado, se consigne respetar principios fundamentales a escala interna como el de equilibrio financiero del sistema sanitario español y el de vocación universalista (ambos entendidos en el sentido antes expuesto); y, finalmente, intenta acabar con el rechazo cuasi-automático de las autorizaciones previas en esta materia, rechazo que no tiene en cuenta ni la necesidad del tratamiento ni la proporcionalidad de la medida, ni siquiera la eficacia del tratamiento, contrariando con ello las reglas co-

munitarias que garantizan tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios.

4. A MODO DE CONCLUSIONES

No siendo el propósito de este apartado reiterar las conclusiones que se hayan podido ir apuntando a lo largo de la exposición, se considera interesante hacer hincapié en algunas de las más trascendentes.

Primera. Sobre el Derecho comunitario coordinatorio: El sistema de Seguridad Social español, al igual que cada uno de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión europea, se configura como parte del ordenamiento jurídico interno y, por tanto monopolizado en manos del Estado español ya que, aunque el proceso de adhesión a la Unión Europea haya supuesto el trasvase de ciertas cotas de soberanía, no por ello se dejan de desempeñar por los Estados miembros infinidad de actividades desempeñadas precisamente en virtud del monopolio del ente estatal. La coordinación supone la permanencia de las características propias de cada sistema nacional de Seguridad Social, interconectados todos ellos por el derecho coordinatorio y siempre respetando el Derecho comunitario (originario y derivado) emanado por el ente supranacional Unión Europea.

Segunda. Sobre el sistema de Seguridad Social español: Ya en sede española, reincidir en tres ideas configuradoras de nuestro sistema de asistencia sanitaria: ni la libre elección de facultativo es absoluta; ni cabe la posibilidad de abandonar alegremente el sistema público de protección para después pretender el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tal abandono; ni el ámbito material de protección abarca cualquier tipo de prestaciones por lo que habrá que estar a que las prestaciones demandadas estén efectivamente comprendidas en dicho ámbito y en qué calidad, es decir, si en espe-

⁸⁹ As. 69/79 Gorden-Voster: «la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho comunitario dentro de la Comunidad supone que las nociones a las que se refiere este Derecho no varían en función de las particularidades de cada Derecho Nacional, sino que se basan en criterios objetivos, definidos dentro del marco comunitario». Esta sentencia del TJCE juzgó que el R. 1408/71 engloba entre las prestaciones de enfermedad y maternidad a que se refiere la letra a) del art. 4.1, todas las prestaciones concedidas en estas situaciones con inclusión de la asistencia sanitaria, cualquiera que sea el tipo de legislación social en el que se prevean tales prestaciones. Es más, el TJCE ha ido ampliando en diversas sentencias la rama de enfermedad a la asistencia vinculado a la prevención y a la readaptación.

cie o en metálico, ya que el criterio a seguir en unas y otras es bien diferentes como ya tuvimos ocasión de señalar.

Tercera. Sobre el reembolso de gastos médicos por utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social: En lo tocante a los gastos médicos ocasionados fuera del sistema de Seguridad Social español, la regla general va a ser la improcedencia del reembolso salvo en las excepciones legalmente previstas a tal fin y tras el oportuno cumplimiento y verificación de los requisitos necesarios para ello.

Cuarta. Sobre las prestaciones en especie o en metálico: En relación directa con las sentencias del TJCE analizadas en epígrafes anteriores, recalcar dos ideas que marcan diferencias claves entre los sistemas español y luxemburgués de asistencia sanitaria: en primer lugar, y en cuanto a las prestaciones en especie reincidir en la idea de que el sistema de asistencia sanitaria español no es un sistema como el luxemburgués, en el que se recurre a proveedores privados que ven reembolsados sus servicios *a posteriori* por las cajas de enfermedad, sino que las prestaciones son dispensadas, con carácter general, en especie y a través de la sanidad pública; y, en segundo lugar, y en cuanto a las prestaciones en metálico, insistir tanto en su excepcionalidad como en su carácter asistencial.

Quinta. Sobre las posibles restricciones a la libre circulación respecto de la Seguridad Social por parte de los Estados miembros: En cuanto a la libre circulación reincidir sobre su carácter no aséptico respecto del resto de ámbitos jurídicos conformadores de ordenamiento jurídico comunitario, sino su impregnación general de todo éste, por lo que, en materia de Seguridad Social también habrá de ser tenido en consideración como principio básico e inspirador del Derecho comunitario, sólo limitado por argumentos como la salud pública, el control de gastos sanitario en pos del tan an-

siado equilibrio financiero y la vocación de universalidad del sistema (entre otros, y por citar los alegados por las partes implicadas en las asuntos Decker y Kohll). Respecto de estos posibles argumentos o criterios limitativos, insistir en la idea de que Luxemburgo no pudo probar fehacientemente la existencia de ninguno de ellos.

Sexta. Sobre el requisito de la autorización administrativa necesaria en caso de asistencia sanitaria ajena a la dispensada por el sistema de Seguridad Social si se pretende posterior reembolso de gastos: Respecto de los problemas surgidos en relación con el requisito formal de la autorización administrativa previa necesaria pese al encuadramiento en uno de los supuestos excepcionales previstos por la norma, parece ser previsible que la tendencia a seguir sea la de la flexibilización, ya que una vez superados todos los requisitos materiales exigidos por la norma se plantea del todo ilógico que no se obtenga el reembolso por el tardío cumplimiento (*a posteriori* con o sin plazo determinado) del requisito formal de la misma.

A lo largo de la exposición se ha pretendido desdramatizar los «fantásticos» o «perniciosos» efectos augurados tras las sentencias Decker y Kohll, apuntados desde uno y otro frente, para demostrar que su eficacia respecto de España es más bien limitada dada la configuración actual de nuestro modelo de asistencia sanitaria, para, a continuación resaltar los ámbitos en los que esa incidencia pudiera hacerse más latente y que han quedado reducidos a los contados supuestos de prestaciones en metálico previstos por el sistema de Seguridad Social español (básicamente prótesis especiales previstas en el Anexo V del RD 63/1995), así como los supuestos excepcionales respecto de la regla general de no reembolso (urgencia vital, unánimemente aceptada, y otras posibilidades no pacíficas).

Finalmente sólo queda confiar en que los Estados miembros sean coherentes en la

aplicación de su normativa interna en materia de Seguridad Social respetando, al tiempo, la normativa comunitaria, de manera que esa intercomunicación a la que al inicio nos referíamos se plasme en la práctica sin mayores problemas, o cuanto menos, con problemas solucionables. En definitiva, la problemática surgida tras las sentencias

Decker y Kohll se plantea en el seno de un «derecho coordinatorio»⁹⁰ en el que, lo anormal sería que no se presentasen este tipo de controversias, a través de las cuales, se posibilita la aclaración conceptual y material de aspectos importantes de la configuración de los ordenamientos jurídicos nacionales y comunitario respectivamente.

⁹⁰ Que diría GONZALO GONZÁLEZ, B.: *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, 1996.

RESUMEN El 28 de abril de 1998 el TJCE emitió dos controvertidas sentencias —as. Decker y as. Kohll— respecto del reembolso de los gastos médicos comprometidos en un Estado miembro diferente de aquel en que el beneficiario estaba asegurado, relacionando así un aspecto concreto de la Seguridad Social —la asistencia sanitaria— con el principio básico del ordenamiento jurídico comunitario de la libre circulación —en dos de sus cuatro manifestaciones (de servicios y de mercancías). En el marco de esta relación se plantean una serie de problemas jurídicos a los que dichas sentencias pretenden dar respuesta. Pese a que los pronunciamientos del TJCE van directamente dirigidos al Estado luxemburgués —desde el que se plantean las cuestiones prejudiciales correspondientes—, también se destaca una incidencia indirecta sobre los demás Estados miembros de la Unión Europea. Ya en territorio español, conviene destacar que nuestro sistema de asistencia sanitaria viene caracterizado por rasgos bien diferentes de los del luxemburgués, destacando, entre ellos, su carácter eminentemente público, de manera que la regla general respecto del reembolso de los gastos médicos ocasionados fuera del sistema de Seguridad Social español va a ser su improcedencia salvo en las excepciones legalmente previstas a tal fin y tras el oportuno cumplimiento y verificación de los requisitos necesarios para ello. Es respecto del concreto aspecto del requisito formal de la autorización administrativa previa necesaria en el que cobra especial importancia la doctrina sentada por las citadas sentencias, pudiendo observarse una tendencia flexibilizadora que preconiza que una vez superados todos los requisitos materiales exigidos por la norma, resulte del todo ilógico que no se obtenga el reembolso por el tardío cumplimiento del requisito formal de la misma. Con este trabajo se pretende desdramatizar sobre los «fantásticos» o «perniciosos» efectos augurados tras las sentencias Decker y Kohll para demostrar que su incidencia en España es más bien limitada dada la configuración actual de nuestro modelo de asistencia sanitaria, para, a continuación resaltar los ámbitos en los que pudiera hacerse más latente y que —como se demostrará— quedarán reducidos a los contados supuestos de prestaciones en metálicos previstos por el sistema de Seguridad Social español, así como los supuestos excepcionales respecto de la regla general de no reembolso.