

**LA INCIDENCIA DE LAS SENTENCIAS DECKER Y KOHLL
SOBRE EL REEMBOLSO DE LOS GASTOS MÉDICOS
PRODUCIDOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

M^a. del Carmen Grau Pineda

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

SUMARIO:

- I. EXPOSICIÓN INTRODUCTORIA DEL CONTENIDO Y DOCTRINA SENTADA POR EL TJCE EN LOS ASUNTOS DECKER Y KOHLL
 - 1.1 El asunto Decker
 - * 1.2 El asunto Kohll
- II. APROXIMACIÓN A LOS SISTEMAS LUXEMBURGUÉS Y ESPAÑOL DE ASISTENCIA SANITARIA: ESPECIAL ATENCIÓN A LA COBERTURA DISPENSADA EN LOS CASOS DE PRÓTESIS ESPECIALES
 - 2.1 Marco normativo general de la asistencia sanitaria en Luxemburgo y en España
 - 2.2 Análisis jurisprudencial centrado en las prestaciones dentarias y especiales
- III. CONCLUSIONES

I. EXPOSICIÓN INTRODUCTORIA DEL CONTENIDO Y DOCTRINA SENTADA POR EL TJCE EN LOS ASUNTOS DECKER Y KOHLL

1.1 El asunto Decker

Mediante dos sentencias con fecha de 28 de abril de 1998 (as. Decker C-120/95 y as. Kohll C-158/96), el Alto Tribunal Europeo (TJCE) intenta dar respuesta¹ a la problemática suscitada a raíz del reembolso de los gastos médicos comprometidos en un Estado miembro diferente a aquél en que el beneficiario está asegurado, y ello en virtud de dos de los principios básicos del ordenamiento jurídico comunitario: la libre circulación de mercancías (en el primero de los casos) y la libre prestación de servicios (en el segundo de ellos). Analicémoslas por separado para facilitar su comprensión:

El primero de los casos (as. Decker C-120/95 de 28 de abril de 1998) tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (en adelante, TCE), planteado por el Conseil arbitral des assurances sociales (Luxemburgo) con el fin de obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30 y 36 del TCE relativos a la libre circulación de mercancías. Sin ánimo de ser exhaustivos, el relato fáctico de la presente cuestión podría resumirse en los siguientes puntos:

- Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Decker, nacional luxemburgués (por otro lado, residente y beneficiario del sistema de protección

¹ En virtud de la posibilidad prevista en el art. 177 TCE que prevé que "con el objeto de salvaguardar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento comunitario, los órganos jurisdiccionales nacionales se encuentren facultados (obligados) a elevar cuestiones al TJCE relativas tanto a la interpretación del propio Tratado como a la validez o a la interpretación de disposiciones contenidas en una norma comunitaria de Derecho derivado, cuando de las mismas dependa la solución de un litigio pendiente ante dichos órganos", en Vallejo Lobete, E.: "Las divergencias interpretativas entre el TJCE y los tribunales nacionales: el efecto directo horizontal", Gaceta jurídica de la CE, Boletín 133 de mayo de 1998, pp. 6 y ss.

luxemburgués), y la Caisse de maladie des employés privés (en lo sucesivo, Caisse) sobre una solicitud de reembolso de un par de gafas con lentes correctoras comprado en una óptica de Arlon (Bélgica), presentando una receta médica extendida por un oftalmólogo establecido en Luxemburgo;

- La Caisse informa al Sr. Decker de que le denegaba el reembolso de dichas gafas por haber sido compradas en el extranjero sin su previa autorización;
- El Sr. Decker impugna dicha resolución, invocando para ello, las normas del TCE relativas a la libre circulación de mercancías, impugnación ante la cual la Caisse corrobora su posición, Ante esto, el Sr. Decker presenta demanda ante el Conseil arbitral des assurances sociales pero éste último desestima la pretensión del Sr. Decker.
- Éste recurre resolución del Conseil, que le es nuevamente desestimada, esta vez fundada en el argumento de que "...el asunto no tenía relación con la libre circulación de mercancías sino con el derecho de la Seguridad Social, es decir, con el Reglamento (CEE) nº. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad" (FJ 6º).
- El Sr. Decker recurre en casación, petición que prospera y por la que se procede a anular la decisión del Conseil y devolverle el asunto para que resuelva. El Conseil responde que al citado asunto le son de aplicación:
 - los artículos 60 del Code des assurances sociales luxembourgeois (artículo 20 del nuevo Code tras la reforma sufrida en 1992 (cuya entrada en vigor data del 1 de enero de 1998), pero en el que se continua con lo preceptuado en su antecesor), el 78 de los Estatutos des caisses de maladie des salariés, así como el artículo 2 del Convenio colectivo de 30 de junio de 1975 (celebrado entre la Union de caisses de maladie y el Groupement professionnel représentatif des opticiens, artículos estos que establecen la posibilidad de que a los afiliados que tengan su domicilio o residencia en Luxemburgo les sean reembolsados los gastos ocasionados por la adquisición de gafas en otro Estado miembro, respetando los límites establecidos por la normativa específica y siempre a través de una cantidad a tanto alzado. Además prevén que para que pueda hacerse uso de dicha posibilidad en el extranjero se precisará de: 1. autorización previa del seguro de enfermedad (excepto en los casos de auxilios por accidente o enfermedad acaecida en el extranjero); 2. así como que esto fuera aconsejado por el médico de cabecera del asegurado y un médico asesor; 3. o bien, una vez manifestada y confirmada la inexistencia o imposibilidad del tratamiento prescrito en el Gran Ducado.
 - El artículo 22 del Reglamento 1408/71 que también prevé la exigencia de autorización por la institución competente para desplazarse al territorio de

otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia sanitaria apropiada a su Estado.

- Llegados a este punto nos encontramos con que el Conseil decide suspender el procedimiento y plantear al TJCE una cuestión prejudicial dado que albergaba dudas sobre si la normativa antes expuesta como argumentación en contra de lo demandado por el Sr. Decker era o no compatible con los artículos 30 y 36 del TCE relativos a la libre circulación de mercancías, ya que, aunque tanto el Sr. Decker como la Comisión consideran que la necesidad de la autorización mencionada obstaculiza la libre circulación de mercancías, el Gobierno luxemburgués (al que se adhieren otros estados miembros: Bélgica, Francia, Reino Unido, Alemania, España y Dinamarca) considera que la problemática se ubica en el ámbito de la Seguridad Social y no la libre circulación de mercancías, pero aun en el caso de estar en el segundo de los ámbitos referidos, la normativa nacional no se considera contradictoria de la comunitaria relativa a la libre circulación de mercancías.

- Planteados los términos generales del asunto en cuestión, el Alto Tribunal europeo concluye que:

1º. El hecho de que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la Seguridad Social no basta para excluir la aplicación del artículo 30 relativo a la supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, ya que esta normativa se configura como principio básico y fundamental de la normativa comunitaria asumida por los Estados miembros al adherirse a las Comunidades Europeas (FJ 25).

2º. La normativa comunitaria en materia de Seguridad Social, y en especial el artículo 22 del Reglamento 1408/71 exige la emisión de una autorización por la institución competente para la obtención de tratamiento médico en el extranjero, pero no impide en modo alguno el reembolso de los gastos médicos efectuados al amparo y con respeto a la normativa expuesta por parte de los Estados miembros, siempre y cuando respeten las tarifas y límites vigentes en el Estado competente (FJ 29).

3º. Si bien es cierto que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no priva a los asegurados de la posibilidad de comprar productos médicos en otro Estado miembro, no es menos cierto que supedita a una autorización previa el reembolso de los gastos efectuados en dicho Estado y deniega dicho reembolso a los asegurados que no posean dicha autorización (FJ 35). Con ello, se observa que este tipo de normativa debe calificarse como obstáculo a la libre circulación de mercancías ya que incita a los asegurados a comprar dichos productos en el Gran Ducado antes que en otros Estados miembros (FJ 36). Además no cabe justificación alguna por

parte de los Gobiernos nacionales, ni de carácter meramente económico² (sean de control del gasto en sanidad o de equilibrio del sistema sanitario)³ (FFJJ 38, 39 y 40); ni por razones de salud pública⁴ (FFJJ 41 a 45)].

4º. A raíz de las conclusiones anteriores, el TJCE declara que los artículos 30 y 36 del TCE se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un organismo de Seguridad Social de un Estado miembro deniega a un asegurado el reembolso a tanto alzado de un par de gafas con lentes correctoras comprado a un óptico establecido en otro Estado miembro, basándose en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe ser autorizada previamente (FJ 46).

1.2. El asunto Kohll

Analicemos ahora **la segunda de las sentencias aludidas (as. Kohll C-158/96, de 28 de abril de 1998)**, tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del TCE por la Cour de cassation (Luxemburgo), destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 59 y 60 del TCE relativos a la libre prestación de servicios. Siguiendo el esquema expositivo observado en el asunto con anterioridad planteado, y no estando en nuestro ánimo ser exhaustivos, podemos resumir el relato fáctico de la presente cuestión en los siguientes puntos:

- Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre el Sr. Kohll, nacional luxemburgués, y la Union des caisses de maladie (en adelante, UCM), a la cual estaba afiliado, sobre una solicitud de autorización suscrita por un médico establecido en Luxemburgo destinada a permitir que su hija menor siguiese un tratamiento aplicado por un ortodoncista establecido en Trier (Alemania).
- Dicha solicitud le fue denegada, primero por la inspección médica de la Seguridad Social y más tarde por el Consejo de Administración de UCM, basándose en la ausencia de urgencia del tratamiento y en la posibilidad de que le fuera dispensada en Luxemburgo.
- El Sr. Kohll recurre ante el Conseil arbitral des assurances sociales, alegando contradicción con el artículo 59 del TCE relativo a la libre prestación de servicios, siendo el citado recurso desestimado.

2 Menos aun, cuando el reembolso a tanto alzado de gafas compradas en otros Estados miembros no va a producir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social.

3 "Arêt de la Cour: Libre circulation des marchandises; remboursement des frais médicaux engagés dans un autre état membre", *Actualités communautaires*, juillet 1998, nº 7, pp. 29 y ss.; y "Derecho a reembolsar los gastos de tratamiento médico cubierto por la Seguridad Social recibido en otro estado miembro", *Comunidad Europea*, Aranzadi, mayo 1998, Año XXV, nº 5, pp. 14 y ss.

4 Con el fin de garantizar la calidad de los productos médicos suministrados en otros Estados miembros ya que existe normativa reguladora (directivas armonizadoras sobre la materia) de los requisitos de acceso y ejercicio de profesiones liberales, así como sobre reconocimiento terapéutico de medicamentos (siendo el caso más reciente el de la famosa VIAGRA).

- Más tarde, el Sr. Kohll decide recurrir en apelación ante el Conseil supérieur des assurances sociales que confirmó la resolución impugnada fundamentando que tanto el artículo 22 del Code des assurances sociales luxemburgués como los artículos 25 y 27 de los Estatutos de la UCM eran conformes a la regulación contenida en el Reglamento 1408/71 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. De la normativa luxemburguesa mencionada se desprende:
 - El artículo 22 del Code tras la reforma del 92 (que entró en vigor el 1 de enero de 1994) continua con lo preceptuado por el 60 del texto anterior, por lo que volvemos a encontrarnos con que salvo supuestos de tratamiento urgente para el caso de accidente o enfermedad acaecida en el extranjero, en el resto de los supuesto los asegurados precisan de la correspondiente autorización del organismo de la Seguridad Social competente.
 - Los artículos 25 a 27 de los Estatutos de la UCM prevén que no se concedan autorizaciones para prestaciones excluidas del reembolso con arreglo a la normativa nacional, así como que en los casos en que las autorizaciones procedan, éstas estén sujetas a los límites y tarifas aplicables a los asegurados del Estado en que se dispense el tratamiento y que éstas sólo procederán tras control médico y previa solicitud escrita de un médico establecido en Luxemburgo.
 - Con respecto al artículo 22 del Reglamento 1408/71 remitimos a lo expuesto con motivo del relato fáctico de la sentencia C-120/95 (as. Decker).
- Ante lo expuesto, el Sr. Kohll interpuso un recurso de casación contra la sentencia del Conseil supérieur des assurances sociales por entender que sólo había analizado la conformidad de la normativa nacional respecto del Reglamento 1408/71 y no respecto de los artículos 59 y 60 del TCE, ante lo cual la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una cuestión prejudicial sobre si la normativa comunitaria relativa a libre prestación de servicios (artículos 59 y 60 TCE) y la nacional que supedita la asunción de prestaciones reembolsables a una autorización de un organismo de Seguridad Social del asegurado si las prestaciones se efectúan en un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado se oponen o no.
- Una vez planteadas, el TJCE dicta las siguientes conclusiones:
 - 1º. El Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estado miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social, es más, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponderá a cada Estado miembro los requisitos del derecho a la Seguridad Social que ostenta todo ciudadano, siempre y cuando se respete el Derecho comunitario. Por tanto, el

hecho de que la normativa nacional controvertida en este asunto esté comprendida en el ámbito de la Seguridad Social no basta para excluir la aplicación de los artículos 59 y 60 del TCE relativos a la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario (FFJJ 16 a 21).

2º. Con respecto a la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social, y en especial al artículo 22 del Reglamento 1408/71, reitera la doctrina sentada en la primera de las sentencias en este artículo comentadas (as. C-120-95), por lo que baste remitir a lo allí expuesto.

3º Con respecto a los efectos restrictivos de la materia controvertida en el litigio principal, reitera el Alto Tribunal que dicho tipo de normativa disuade a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestatarios de servicios médicos establecidos en otro Estado miembro y constituye, tanto para éstos últimos como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios. Además no cabe justificación alguna por parte de los Gobiernos nacionales, ni de carácter meramente económico⁵, ni por razones de salud pública⁶ (FFJJ 37 a 53).

4º. A raíz de las conclusiones anteriores, el TJCE declara que los Artículos 59 y 60 del TCE se oponen a una normativa nacional que supedita a la autorización del organismo de Seguridad Social del asegurado el reembolso, con arreglo al baremo del Estado de afiliación, de las prestaciones de cuidados dentales dispensadas por un ortodoncista establecido en otro Estado miembro (FJ 54).

Como se puede apreciar de la exposición hecha hasta el momento, las conclusiones a las que llega el Alto Tribunal son las mismas en ambos casos pese a tratarse (aparentemente) de cuestiones diferentes, ya que la primera de ellas se refería a la libre circulación de mercancías (unas gafas con lentes correctoras) y la segunda a la libre prestación de servicios (aparato de ortodoncia) y ello porque, en nuestra opinión, la cuestión verdaderamente controvertida en ambos asuntos (y que además ejerce la función de nexo de unión entre ambos) no es otra que la compatibilidad o no existente entre los sistemas nacionales de Seguridad Social y los principios generales del Derecho comunitario (y ello sin ser nuestro propósito el de restar importancia a los principios generales del Derecho comunitario sino por razones expositivas y de concreción). Es por ello por lo que hemos decidido centrar el objeto de este estudio no ya en la determinación de si estamos ante una vulneración de los principios generales del Derecho comunitarios de libre circulación de mercancías o

5 Control de gastos sanitarios ya que el coste financiero de un aparato de ortodoncia es el mismo tanto si se acude a un ortodoncista luxemburgués o a otro establecido en otro Estado miembro, ya que el asegurado solicitó la asunción de los gastos por asistencia médica con arreglo a las tarifas aplicadas en Luxemburgo.

6 Ya que los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de dentista han sido objeto de varias directivas comunitarias.

de libre prestación de servicios (cuestión sumamente amplia que dejamos planteada para la realización de un trabajo posterior que afronte la materia con la profundidad que merece) sino en la clarificación del contenido material de las prestaciones sanitarias existentes los Estados miembros (centrándonos primero en Luxemburgo y en segundo lugar en España por imposibilidad manifiesta de abordar en este momento un ámbito mayor) y con especial referencia a las prótesis especiales, los requisitos establecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales mencionados y la compatibilidad o no de las normativas nacionales (nosotros nos centraremos en la española) con la comunitaria (que ha de ser respetada por los Estados miembros ya que una vez adheridos a la entidad supranacional, el acervo comunitario o *acquis communitariae* pasa a formar parte del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro).

II. APROXIMACIÓN A LOS SISTEMAS LUXEMBURGUÉS Y ESPAÑOL DE ASISTENCIA SANITARIA: ESPECIAL ATENCIÓN A LA COBERTURA DISPENSADA EN LOS CASOS DE PRÓTESIS ESPECIALES

2.1 Marco normativo general de la asistencia sanitaria en Luxemburgo y en España

A raíz de las conclusiones a las que llega el TJCE con motivo de los dos asuntos objeto de nuestro estudio centraremos nuestro estudio en la determinación de si la solución adoptada por el TJCE para el Gran Ducado de Luxemburgo hubiese sido la misma en caso de haber sido el Reino de España parte implicada en la controversia suscitada. Para ello, hemos de comenzar por analizar los sistemas de asistencia sanitaria de uno y otro Estado miembro de la Unión Europea. En cuanto al primero, y tal como se puede deducir de los asuntos que en este trabajo abordamos, el **sistema luxemburgués de asistencia sanitaria**⁷ presenta, las siguientes notas características:

- Existirá posibilidad de reembolso cuando:
 - Cuando se trate de prestaciones sanitarias de las incluidas⁸ en el sistema de protección (no existe posibilidad de reembolso en los casos de autorización de prestaciones excluidas con arreglo a la normativa nacional).
 - Cuando se esté en posesión de autorización previa del seguro de enfermedad (con la excepción de auxilio urgente en caso de accidente o enfermedad acaecida en el extranjero).

⁷ La legislación aplicable que Estamos teniendo en cuenta está conformada por los siguientes preceptos:

- Artículo 20 del Code des assurances sociales luxembourgeois (tras la reforma de 92 que entró en vigor el 1 de enero de 1994; con anterioridad el precepto concordante con el ahora citado era el 60)
- Artículo 78 de los Estatutos des caisses de maladie des salariés
- Artículo 2 del Convenio colectivo de 30 de junio de 1975 (UCM y Groupement professionnel représentatif des opticiens)
- Artículos 25 a 27 de los Estatutos de la UCM

⁸ Con respecto de los asuntos planteados, tanto las gafas con lentes correctoras como el aparato de ortodoncia están incluidos en el sistema sanitario luxemburgués de protección.

- Cuando exista prescripción o consejo médico en sentido favorable a la necesidad del tratamiento.
- Cuando exista una manifiesta y confirmada inexistencia o imposibilidad de recibir ese tratamiento en territorio luxemburgués.

En todo caso, el reembolso habrá de respetar los límites y tarifas aplicables a los asegurados del Estado en que se dispense el tratamiento, y siempre consistirá en una cantidad a tanto alzado.

Ahora bien, si por el contrario observamos la regulación que **el ordenamiento jurídico español hace de las prestaciones sanitarias**, obtenemos que el sistema español es un sistema de prestación de los servicios sanitarios por la Entidad Gestora de manera directa o indirecta y no de un sistema de reembolso de gastos, incluso para la prestación farmacéutica (artículo 107 LGSS que prevé prestación mediante concierto y participación del beneficiario)⁹. Esto no es algo novedoso para nosotros ya que desde que el seguro de enfermedad fue instaurado en España por la Ley 14-II-1942 y su Reglamento de 11 de noviembre de 1943, disponiendo la instalación paulatina de las prestaciones a partir del 1 de diciembre del año citado, se intentó romper con la política continuista de los precedentes normativos inmediatos a la citada Ley, que establecían: por un lado regímenes voluntarios establecidos por sociedades médicas y compañías de seguros; por otro, sistemas de protección sostenidos por algunas empresas para sus trabajadores; y los más, seguían el régimen de *iguales* para servicios médicos, es decir, en el pago en metálico de cantidades alzadas generalmente mensuales para tener derecho a recibir sus servicios¹⁰. Con posterioridad a la normativa citada, la LSS también separa las prestaciones económicas de las sanitarias del antiguo seguro de enfermedad. La normativa actual, configuradora del sistema vigente de protección en la rama de la asistencia sanitaria, continua con esta política separadora de uno y otro tipo de prestaciones, considerando, para la asistencia sanitaria que las prestaciones en especie son la regla general (y no olvidando las económicas o en metálico pero considerándolas residuales) y siendo más tolerante con las económicas para el resto de las ramas de protección que se comprenden en el sistema de protección español (subsidios y pensiones)¹¹. Hecha esta primera aproximación, de la regulación actualmente vigente podemos deducir que:

1. Acudiendo a lo que el TRLGSS entiende como **acción protectora del sistema de Seguridad Social (artículo 38 TRLGSS)**, desde una perspectiva legal establece las siguientes prestaciones:
 - a) La asistencia sanitaria y prestaciones farmacéuticas, en las que la regla general van a ser las prestaciones en especie o servicios, no olvidando las económicas o en metálico pero considerándolas una categoría residual en este

9 STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 1996, AS 1187

10 Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 13ª edic, Civitas, pp. 295 y ss.

11 SSTS de 23 de febrero de 1993, AS 1993/1270 y 1993/1271.

apartado y relegándolas a la previsión en normativa de desarrollo (tema central de nuestro trabajo).

- b) Prestaciones económicas por incapacidad temporal, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia, así como las que se establezcan reglamentariamente en las contingencias y situaciones protegidas,
- c) Prestaciones familiares por hijo a cargo.
- d) Prestaciones recuperadoras en cualquiera de los casos de los apartados anteriores.
- e) Servicios sociales.
- f) Asistencia Social.

2. En cuanto a la **asistencia sanitaria propiamente dicha, el artículo 98 de la LGSS** apunta que ésta se manifiesta a través de:

a) Prestaciones médicas:

- tanto de medicina general como de especialidades;
- y tanto en régimen domiciliario, en institución abierta o ambulatorio, en régimen de internamiento y hospitalización, así como en servicio de urgencia

b) Prestaciones farmacéuticas: artículo 105 LGSS

c) Prestaciones preventivas, de recuperación y rehabilitación: artículos 28 y 29 LGSS

d) Otras prestaciones: artículo 108 LGSS.

3. En cuanto a éstas últimas, el artículo 108 LGSS¹² regula lo que se han dado en llamar “prestaciones complementarias”, ya que vienen a suponer un complemento, 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
- Prestaciones dentarias y especiales (aspecto central para nuestro trabajo)

b) Transporte sanitario

c) Tratamientos dietoterápicos complejos

d) Oxigenoterapia a domicilio

e) Servicios de información y documentación sanitaria.

Pese a que el artículo 108 LGSS las aúne, el tratamiento dispensado no es uniforme para todas ellas ya que, con respecto a las dentarias y especiales, reguladas *in fine*, sólo prevé la concesión facultativa (“podrán dar lugar”) de ayudas económicas¹³ en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan¹⁴.

12 Declarado vigente por la disposición derogatoria del TRLGSS de 1994 [RCL 1994, 1482].

13 A través de mecanismos asistenciales.

14 Este desarrollo reglamentario se presenta como la gran crítica jurisprudencial hacia este tipo de prótesis, ya que pese a la remisión que este artículo hacía a un necesario desarrollo reglamentario posterior,

4. En la actualidad contamos con una **OM de 18 de enero de 1996**¹⁵ que establece expresamente, en su 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 económicas¹⁶ y 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. Veámoslas detenidamente:

I. Prótesis distintas de las de miembros(no se considera incluido el sujeto postoperatorio):

- Prótesis de mama
- Prótesis de restauración de cara, incluyendo la nariz y/o los pabellones auriculares y/o globos oculares en casos de traumatismo, enfermedad o malformación congénita
- Prótesis palatinas para malformaciones congénitas, traumatismos y procesos oncológicos del paladar

II. Ayudas de marcha manipuladas por un brazo:

- Muletas de codo con apoyo de antebrazo
- Muletas de codo con soporte de antebrazo
- Ayudas de marcha con tres o más patas

éste era prácticamente inexistente ya que tan sólo el D 2766/1967, de 16 de noviembre relativo a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y varias circulares del hoy extinguido INP (2/67 y 130/76) intentaban hacer frente (sin éxito) al vacío legislativo existente. La jurisprudencia intentó aplacar los efectos de tal vacío por la vía interpretativa, generando doctrina contradictoria que con posterioridad era unificada vía recursos de casación. Habrá que esperar hasta los años 95 y 96 para encontrar la tan esperada normativa de desarrollo, que acto seguido abordaremos.

15 OM que desarrolla el RD 63/1995, de 20 de enero (RCL 1995, 439), para la regulación de la prestación ortoprotésica. De esta nueva regulación se ha dicho que: "el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, se sigue manteniendo la necesidad de que las prótesis dentarias y las especiales se prestarán o darán lugar a una ayuda económica, en los casos y según los Baremos que se establezcan en el catálogo correspondiente (Anexo I, nº 4, apartado 1.º "in fine", del mencionado Real Decreto), como se aprecia pues, una prótesis especial no genera la obligación de reintegro por parte del Instituto Nacional de la Salud, sino una ayuda económica con arreglo a Baremo establecido en el correspondiente catálogo; la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, tampoco introduce novedad legislativa alguna en la cuestión, pues se limita en su apartado quinto a señalar cuáles son las prótesis dentarias y especiales, remitiéndose al Anexo V para su descripción, pero en ese Anexo nada se dice del importe a abonar por el INSALUD, ni tampoco se establece un baremo que debe ser abonado, sino simplemente se señalan las cantidades que en su día se abonarán a los beneficiarios..." (sentencia de 28 de mayo de 1996 del TSJ de Cantabria, AS 2228). Esta regulación, aunque criticada por su escasa relevancia jurídica, por lo menos evita el reiterado argumento de inexistencia de reglamentación al que acudía la jurisprudencia, y, ante el cual, nada podía hacer más que interpretar la normativa existente. Los más osados llegaron a entender incluso que "...salvo en casos concretos en los que quede claramente establecido que se trata de una prótesis especial, ha de entenderse que se solicita prótesis ortopédica permanente que no puede entenderse referida a "las especiales que se determinen" porque, la ausencia de tal determinación reglamentaria no puede perjudicar a los beneficiarios de la Seguridad Social" (sentencia de 8 de septiembre de 1992 del TSJ de Madrid, AS 1992/4411 y, en idéntico sentido, la sentencia de 27 de enero de 1994 del TSJ de Madrid, AS 1994/424, ambas sentando el Principio general del Derecho Laboral *in dubio pro operario*, aunque en este caso mejor sea, pro beneficiario.

16 Entendemos que ya no facultativas, sino obligatorias dado el carácter exhaustivo o tasado con que se plantea la lista de prótesis especiales contenida en esta OM.

III. Ayudas de marcha manipuladas por los dos brazos:

- Andadores

IV. Ayudas para el tratamiento de afecciones circulatorias:

- Prendas de presoterapia para quemados, lfedemas de miembros superiores y grandes queloides

V. Ayudas para la prevención de presiones dolorosas (material antiescaras):

- Cojines de asiento para la prevención de hiperpresiones mantenidas, sólo para pacientes lesionados medulares

VI. Equipamiento para el aprendizaje del movimiento, la fuerza y el equilibrio:

- Aparatos de bipedestación
- Planos inclinados

2.2 Análisis jurisprudencial centrado en las prestaciones dentarias y especiales

La elección de este tema como tema central del trabajo que nos ocupa no es aleatoria o caprichosa, sino que su fundamentación parte del planteamiento inicial al que llegamos tras la exposición de los asuntos que en el primero de los epígrafes del presente estudio. En ellos, las prestaciones controvertidas a raíz de la petición de reembolso de gastos médicos facilitados por servicios ajenos a la Seguridad Social luxemburguesa, eran de asistencia sanitaria, pero concretando aun más, y ya inmersos en el ordenamiento jurídico español, estaríamos ante “prótesis dentarias y especiales”, ambas reguladas en el artículo 108 *in fine* LGSS y demás normas expuestas en el apartado anterior. Llegados a este punto, se hace del todo preciso seguir un cierto orden expositivo de cara al logro de una claridad expositiva no siempre fácil al abordar temas con un desarrollo jurisprudencial tan ingente como el que ahora nos ocupa. Acto seguido y una vez analizada la normativa aplicable, ha llegado el momento de plantear varios de los problemas que la jurisprudencia achacaba al vacío legislativo preexistente, para analizar el estado actual de la cuestión a la luz de la nueva regulación:

- 1°. 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°. **La búsqueda de definiciones jurisprudenciales sobre gafas, audífonos y prótesis dentarias**, se presentan hoy como ociosas al ser éstas prótesis espe-

ciales de las no incluidas en el Anexo V de la OM antes citada, por lo tanto excluidas¹⁷. Baste aquí mencionar tan sólo (ya que no es nuestra pretensión ser exhaustivos en este aspecto, por lo que remitimos 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:

- Las prótesis oculares y auditivas no son ortopédicas o para la corrección de deformidades como tampoco lo son las dentarias¹⁸ (SSTS de 23 de febrero de 1993, RJ 1993/1270 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 1991/1180).
- No es posible entender que las prótesis estéticas tienen una protección completa en la asistencia sanitaria por contingencias comunes cuando las dentarias y las especiales con proyección funcional, como las gafas y audífonos, sólo dan lugar a ayudas económicas cuando así se determine (STS de 2 de octubre de 1995, RJ 329/1995 y 23 de noviembre de 1995, RJ 3895/1995 y STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 1996, AS

17 Doctrina jurisprudencial unánimemente aceptada: SSTS29 de octubre de 1992 (RJ 1992/7662); 23 de febrero de 1993 (RJ 1993/1270 y 1271); 28 de abril de 1993 (RJ 1993/3379); 5, 6, 15, 19, 20, 23 y 31 de julio de 1993 (RJ 1993/5549, 5550, 5681, 5744, 5749 y 5999 9; 23 de septiembre de 1993 (RJ 1993/7029); 14, 16, 29 y 30 de octubre de 1993 (RJ 1993/7602, 8053, 8084y 8091); 4, 5, 22 y 29 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8545, 8552, 8924 y 9089); 5 de febrero de 1994 (RJ 1994/801); 2 de marzo de 1994 (RJ 1994/2047); 22 de marzo de 1994 (RJ 1994/3992 y 4305); 7 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8597); 2 de octubre de 1995 (RJ 329/1995); 2 de noviembre de 1995 (RJ 3895/1995).

18 En este sentido, la jurisprudencia reitera que "...el intento de aproximación a las dentarias ha conducido a entender excluidos de la cobertura del aseguramiento social los medios correctores de defectos en los que la técnica utilizada corresponde a aquel concepto, por consistir en algún mecanismo o artificio añadido al órgano corporal deficitario. Se ha llegado así a afirmar tributarios de la prestación asistencial las obturaciones o empastes, las inervaciones y otras intervenciones estomatológicas, porque, si bien puede existir en tales casos algún tipo de adición de elementos artificiales sustitutorios de materia orgánica, la previa eliminación de ésta se procura mediante una técnica curativa que predomina sobre la escasa implantación protésica, inmediata e inseparable de dicha previa conceptualización asistencial genérica. No en cambio, las piezas artificiales que sustituyen a las extraídas ni tampoco las fundas, porque corresponden a una sustitución total o parcial de las piezas naturales y son, por lo tanto, prótesis dentarias excluidas de la prestación social por el precepto inicialmente citado..." (STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 1994, AS 1994/3722; STSJ de 13 de julio de 1992, AS 1992/3635; STSJ de Cantabria de 31 de enero de 1992, AS 1992/93; STSJ de 15 de enero de 1992, AS 1992/79). En sentido contrario: "...los que se refieren que la finalidad del tratamiento tenía por objeto tanto la curación de una malformación como la prevención de futuras y posibles enfermedades...siendo ello así, no teniendo el tratamiento una razón o finalidad estética...nos encontramos ante una prestación sanitaria,(tratamiento de ortodoncia) necesaria, que ha sido injustificadamente denegada..." (STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 1993, AS 1993/5495; en idéntico sentido, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 26 de septiembre de 1995, AS 1995/3262). Más recientemente y tomando en consideración el RD 63/95 y la OM que lo desarrolla, se ha llegado a afirmar que: "...la orden precitada, que desarrolla el RD 63/95, de 20 de enero, para la regulación de la prestación ortoprotésica, en su artículo cinco se refiere a las prótesis dentarias y especiales, y específica que se entienden por tales las que se incluyen en el Anexo V de la referida orden y en éste sólo se incardinan las prótesis palatinas por malformaciones congénitas, traumatismos y procesos oncológicos del paladar, por lo que no cabe incluir como se expone la que reclama la accionante al no constituir deformidad propiamente dicha, con consecuencias sociales desfavorables, máxime tratándose de personas del género femenino, pero que no justifica que su costo haya de ser asumido por la Seguridad Social..." (STSJ de Cataluña de 8 de julio de 1997, AS 1997/2821)

1996/4154¹⁹; en idéntico sentido²⁰: SSTSJ de Cantabria de 23 de noviembre de 1994, AS 1994/4189, STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 1995, AS 1995/575, STSJ de Cantabria de 28 de mayo de 1996, AS 1996/2228).

3°. En cuanto al **reintegro de gastos efectuados fuera del sistema de asistencia sanitaria**, los artículos 102 de la LSS y 17 de la LGS establecen el principio general de que las entidades encargadas de la prestación de asistencia sanitaria no quedarán obligadas al reembolso de los gastos derivados del uso de medios sanitarios externos al sistema de Seguridad Social. Sin embargo, en la actualidad, esta regla general se ve quebrada tras la publicación del RD 63/1995²¹ que en su artículo 5.3 establece la posibilidad de que en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, los asegurados puedan acudir a servicios ajenos al sistema de protección español y, con posterioridad obtener el reembolso de dichos gastos, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

- Que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del Sistema Nacional de Salud
- Que no constituya una utilización desviada o abusiva de esta situación excepcional

Sin embargo, lo que en apariencia parece tan claro y meridiano, en la práctica plantea numerosos problemas aplicativos y de delimitación conceptual, como los siguientes:

- **La urgencia vital** se nos presenta como concepto jurídico indeterminado, cuya delimitación conceptual ha sido más que nada labor de la jurisprudencia²². Así:

19 El principio de reparación íntegra del daño causado vigente en el marco de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional (que prevé como prestaciones específicas la cirugía plástica y reparadora adecuada cuando una vez curadas las lesiones por accidente de trabajo hubieren quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante del aspecto físico [artículo 11.1 c) del D. 2766/1967 que continua vigente en virtud de la disposición derogatoria única del RD 63/1995]) no es trasladable al ámbito de la asistencia sanitaria para contingencias comunes.

20 Excluyen del derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria las prótesis especiales por considerar que no son ortopédicas porque no responden a la "corrección de deformidades", aunque suplan funcionalmente una deficiencia sensorial u orgánica. Sólo serán consideradas ortopédicas aquellas que corrigen deformidades correspondientes a la falta total o parcial de un miembro u órgano corporal, con independencia de que cumplan o no alguna función supletoria de la de éstos.

21 STSJ de Andalucía, Málaga de 25 de enero de 1995 (AS 1995/191) y STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 1996 (AS 1996/1187).

22 Además la jurisprudencia se manifiesta harto cautelosa al interpretar conceptos como el que nos ocupa, ver por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Málaga de 25 de enero de 1995 (AS 1995/191): "...dado su carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, pues, como ha venido diciendo el TS los citados preceptos no conceden a los afiliados y beneficiarios un derecho de opción, sino que la medicina privada tiene carácter excepcional a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que la mayoría de ocasiones en que se les margina tiene causa en decisiones caprichosas o por intereses profesionales o de excesivo, aunque humanamente

1º. Se considera que existe urgencia vital en los casos siguientes:

- Al aparecer inesperadamente la urgencia y ante la imposibilidad del uso de los servicios sanitarios de la Seguridad Social (STS de 16 de noviembre de 1989).
- En supuestos de sobrecarga en los servicios sanitarios (STS de 28 de mayo de 1990).
- Ante situaciones de demora excesiva (STS de 28 de mayo de 1990).
- Ante la falta de medios o condiciones óptimas que cuestionen la curación o pongan en peligro la vida del enfermo (STS de 28 de mayo de 1990).
- En situaciones de lejanía excesiva con el centro sanitario público (STS de 28 de mayo de 1990).

2º. Se considera que **no** existe urgencia vital cuando:

- El enfermo viaja *exprofeso* al extranjero para recibir la asistencia médica sin que se trate de urgencia vital ni con autorización previa (STS de 26 de abril de 1996).
- En los casos de 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 previa (STS de 26 de marzo de 1997).
- Cuando estemos ante situaciones de demora por la existencia de listas de espera de la Seguridad Social (STS de 7 de octubre de 1996).
- En los casos de agravamiento súbito, pero previsible, de procesos ya tratados por la Seguridad Social (STS de 7 de mayo de 1990).

- **La denegación injustificada de asistencia** se preveía por la legislación anterior²³ a la actual como otra de las causas de reembolso de gastos sanitarios acometidos en el uso de servicios ajenos al sistema, y pese a su falta de contemplación en la actualidad como excepción a la regla general, la jurisprudencia²⁴ todavía la sigue considerando uno de los supuestos excepcionales, aunque en la actualidad se exige que cumpla unos requisitos especiales;
 - Que sea injustificada (persistente negativa)

comprensible, afán familiar de agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas. Explicado de otra forma, es preciso matizar la "necesidad" y el "deseo", porque es vocación de la acción protectora de la Seguridad Social remediar los estados de necesidad derivados de las contingencias determinantes de la protección, y sólo cuando niega indebidamente o resulta incapaz de prestar adecuadamente la asistencia sanitaria que el caso requiere, puede el beneficiario de la misma acudir a servicios privados para recibirla y, tras de dar cuenta, en su caso, a la Entidad Gestora, reclamarle el reintegro de los gastos ocasionados, pues la satisfacción de los "deseos", por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender "necesidades" y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos..."

23 Estamos haciendo referencia al D. 2.766/1967, de 16 de noviembre, derogado por la disposición derogatoria del RD 63/1995, en cuyo artículo 18 se establecía que: "cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios distintos de los que hayan sido designados, las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los casos previstos en los números 3 y 4 de este artículo", apartados que preveían las excepciones de denegación injustificada de la asistencia debida así como de la asistencia en casos de urgente y vital necesidad.

24 STS de 5 de mayo de 1996.

- Que se haya procedido a la notificación en el plazo de 15 días naturales siguientes al comienzo de la asistencia
- También en aquellos supuestos en los que se haya producido error de tratamiento o de diagnóstico (STC 101/1987) y una vez instada la Inspección Médica por parte del beneficiario (SSTS de 4 de noviembre y de 7 de diciembre de 1988)
- Así como en los casos de huelga del personal sanitario (STS de 25 de febrero de 1989)

Por contra, no existirá denegación injustificada en los casos siguientes:

- Acudir directamente a la medicina privada para la implantación de una prótesis (SSTS de 13 de julio de 1995 y 5 de marzo de 1996).
- Por la simple sujeción a las listas de espera (STS de 7 de octubre de 1996).
- Por la denegación de tecnologías punta aun no prestadas por la Seguridad Social española (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).
- Por rechazo de tratamiento impulsado por motivaciones religiosas (SSTS de 14 de abril de 1993 y 3 de mayo de 1994).
- En los supuestos de remisión a centros privados efectuado por facultativos de centros públicos (STS de 17 de julio de 1995).

III. CONCLUSIONES

Llegados a este punto de nuestra exposición podemos plantear las siguientes conclusiones:

1. En lo concerniente al ordenamiento jurídico español, hemos observado que:

- Las prótesis especiales²⁵ están, en la actualidad, contenidas en una lista exhaustiva²⁶ o de "*numerus clausus*" en la que no se contienen las gafas; por otro lado, las prótesis dentarias siguen excluidas (rasgo éste que la diferencia del sistema de protección luxemburgués, en el que como ya tuvimos ocasión de precisar, sí que se incluían ambos tipos de tratamientos).
- En cuanto al reembolso, hemos podido observar como la regla general continua siendo la del artículo 102 LGSS, salvo las excepciones de urgencia vital y denegación injustificada²⁷ (al igual que ocurre en el sistema de protección luxemburgués).
- La normativa española de Seguridad Social (al igual que la luxemburguesa) no priva a los beneficiarios de la posibilidad de adquirir tratamientos médicos en el

25 Dejando al margen los supuestos especiales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como otros a determinar en el caso de coyunturas específicas, como los del síndrome tóxico.

26 RD 63/95 y OM del 96.

27 Ambas entendidas de manera absolutamente restrictiva.

extranjero, pero supedita el reembolso de los mismos a la existencia de una previa autorización (salvo en los casos en los que proceda en virtud de urgencia vital o denegación injustificada como ya hemos tenido ocasión de precisar anteriormente), obstaculizando con ello la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios (según los casos).

2. En lo concerniente al **Derecho comunitario** tenemos que:

- La aplicación de los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social ha de respetar el ordenamiento jurídico comunitario y los principios generales informadores de éste, y no como ocurre en los asuntos planteados en los que la Seguridad Social luxemburguesa aparece confrontada con los principios de libre prestación de servicios y de libre circulación de mercancías.
- El sistema de Seguridad Social comunitario²⁸ exige autorización previa (al igual que las legislaciones nacionales), pero no supedita el reembolso a la efectiva obtención de ésta. Sin embargo, establece que las prestaciones en metálico serán servidas por la institución competente según las disposiciones de la legislación que aplique, y con respecto a la Seguridad Social española (institución competente en el planteamiento por nosotros propuesto) el problema no es que requiera la necesidad de una previa autorización (yendo con ello en contra de los principios comunitarios de libre circulación de mercancías y de libre prestación de servicios), sino que no prevé los tratamientos médicos controvertidos (gafas con lentes correctoras y aparato de ortodoncia) dentro de su sistema de asistencia sanitaria (como ya hemos tenido ocasión de precisar).
- El derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas (y menos a falta de armonización) por lo que cada Estado podrá establecer sus propios requisitos y dotar a su sistema de una configuración determinada, siempre y cuando se proceda a ello con total respeto al Derecho comunitario, cosa que no acontece en los asuntos planteados en los que a los principios de libre prestación de servicios y de libre circulación de mercancías se oponen normas de derecho interno sobre Seguridad Social.

3. Al confrontar ambos ordenamientos observamos que:

- Existe una manifiesta contradicción entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario ya que:
 - Por un lado, el sistema de asistencia sanitaria español no entiende incluidas en su ámbito de protección las gafas y la ortodoncia (no considerar contradicción en sentido estricto, sino más bien ausencia de previsión en un ordenamiento jurídico respecto del otro);

28 Artículo 22 del Reglamento 1408/71.

- Y por otro, exige autorización previa para proceder al reembolso de los tratamientos médicos prestados por servicios ajenos, no siendo ésta la regla general sino la excepción, como ya dejamos apuntado con anterioridad.

Entre el sistema luxemburgués y el comunitario, la contradicción se manifestaba sólo respecto del segundo de los aspectos que acabamos de citar, ya que tanto las gafas como la ortodoncia están incluidas en la asistencia sanitaria dispensada por este Estado miembro a sus asegurados.

De lo acabado de exponer podemos deducir que en el caso de haber sido España, y no Luxemburgo, la parte implicada en los presentes asuntos, y aventurándonos a sacar conclusiones que, posiblemente el TJCE rebatiría, no creemos posible que se hubiese obtenido el mismo resultado, ya que al no estar las prestaciones controvertidas incluidas dentro del sistema de asistencia sanitaria español, ya no cabrían alegaciones respecto de la obstaculización de la libre circulación de mercancías o de la libre prestación de servicios sino más bien ante un problema de armonización de prestaciones de asistencia sanitaria en el ámbito comunitario, en pos del logro de un ámbito protector generalizado, circunscrito a este ámbito, en el que no se planteasen controversias del tipo de la que nos ocupa²⁹. Además, en el supuesto hipotético de que se aplicase a España la doctrina sentada por el TJCE en los asuntos que nos ocupan, nos podríamos encontrar con situaciones tan variopintas como aquella en la que de prescribirse a un sujeto por un médico de la Seguridad Social unas gafas en España y, teniendo medios para trasladarse a Alemania y adquirirlas, pueda exigir *a posteriori* el reintegro de los gastos que dicha adquisición le ha originado (dentro de los límites y tarifas establecidos por el Estado con respecto al cual estoy asegurada, límites y tarifas que, como es obvio no existirían, por lo que nos quedamos sin saber a qué límites y tarifas hemos de acogernos), y ello en virtud del principio de libre circulación de mercancías; sin embargo, si el mismo médico le receta las mismas gafas y el sujeto las adquiere en España (al no saltar el dispositivo comunitario por no traspasar las fronteras nacionales para así hacer uso de los mecanismos de protección comunitarios), no va a tener derecho a solicitar su reembolso porque no entran dentro de la cobertura prevista por el sistema nacional de Seguridad Social. Con el precedente planteamiento observamos que aunque el Derecho comunitario lo que pretende es salvaguardar los derechos de aquellos que hacen uso de la libre movilidad por el territorio de la Unión europea, sin embargo discrimina a aquellos que no

²⁹ En contra ver López López, Julia: "Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos", Revista de Derecho Social, nº 4, Octubre-Noviembre 1998, pp. 119 y ss., en concreto: "...la jurisprudencia española ha venido manteniendo, en numerosas sentencias, que la asistencia que cabe exigir a la Seguridad Social es aquella que no desmerezca de la mejor y pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, ya que aquellos medios que solo son disponibles en países avanzados y que no son disponibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia sanitaria que los incluye porque no pueden estar al alcance de todos los beneficiarios (STS de 6 de febrero de 1990, Art. 1237)... [pero] al amparo de la libertad de circulación, siempre que el trabajador o sus familiares tengan derecho a la prestación en la Seguridad Social española y siempre que no se ponga en peligro de forma clara el equilibrio del sistema, se podrá recibir asistencia sanitaria en otro país miembro y la falta de actualización no puede ser leída como equivalente a la negativa de reembolso por parte de la Seguridad Social competente [...]".

haciendo uso de tal posibilidad optan por permanecer en territorio nacional, siéndoles de aplicación el derecho interno. Esta situación además de discriminatoria se presenta como harto peligrosa dado el abusivo uso a que podría dar lugar el planteamiento que acabamos de exponer.

Pero esto no es todo, ya que en el también hipotético caso de que en España se incluyesen las prestaciones citadas dentro del sistema de asistencia sanitaria, la doctrina aplicada a Luxemburgo sería también de obligado acatamiento por España, con lo que podríamos encontrarnos ante situaciones igualmente complicadas³⁰, ya que reconocida una prestación por el sistema nacional de asistencia sanitaria y considerando el TJCE que el requisito nacional de autorización previa vulnera los principios antes mencionados, cualquiera de los a beneficiarios del sistema español podría desplazarse para recibir el tratamiento en cuestión al Estado miembro que más confianza le inspirase o que más garantías de éxito le ofreciese³¹, a sabiendas de que el TJCE concluiría en idéntico sentido que el expresado al inicio de este trabajo con respecto a los asuntos Decker y Kohll.

Una vez concluido lo precedente, llega el turno de las propuestas. Desde nuestro punto de vista existen dos maneras de resolver la problemática que nos ocupa:

- Planteando una reforma del estado actual de la materia (y que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo), de manera que la normativa nacional no sólo no contradijera la comunitaria sino que la acatara y desarrollara, en virtud de los principios de primacía del ordenamiento comunitario y del de respeto de la normativa comunitaria por los ordenamientos internos de cada Estado miembro (como ya ocurriera, por ejemplo, en el ámbito mercantil, en el que tras una directiva comunitaria reformadora de las sociedades anónimas, el legislador español optó, mas que por reformar la normativa preexistente sobre tal materia, por legislar *ex novo* y de acuerdo con las directrices marcadas por la directiva).
- Proponiendo armonizar, o no siendo tan ambiciosos, tan sólo coordinar (vía directiva) la materia objeto de debate. Esto es, que manteniendo las peculiaridades propias de cada sistema interno de asistencia sanitaria, se persiga y logre una unificación de criterios en el ámbito comunitario, en especial sobre:
 - delimitación conceptual de lo que serían prótesis especiales incluidas/excluidas del sistema de protección,
 - necesidad o no de autorización previa, y, en cualquiera de los casos, que el criterio escogido fuera uniforme,
 - Para así aunar criterios sobre el reembolso.

30 Complicación ésta que derivaría no ya de su imposibilidad sino de la novedosa situación que en España se plantearía y ante la cual habría que plantearse si nos encontramos preparados para afrontar o, si antes habría que articular mecanismos que asegurase la llegada a buen puerto de lo previsto por la norma.

31 Siempre sujeto a los límites y tarifas establecidos por el Estado del que es asegurado.

De esta manera, podríamos distinguir dos niveles o escalas:

- a escala interna y comunitaria no se plantearían problemas del tipo que nos ocupa,
- y en el ámbito externo o extracomunitario, al no existir armonización de criterios, podrán plantearse casos como el planteado en el presente trabajo.

La primera de las soluciones se nos antoja harto complicada³² ya que supondría para el legislador una tarea de unificación ingente dado el ámbito territorial y material al que estamos haciendo referencia, y, el excesivo recelo que existe todavía en el ámbito comunitario sobre la armonización entendida como unificación más radical. Si la armonización se ha planteado como misión harto complicada (y, en ocasiones, imposible) en ámbitos más próximos entre sí, ¿cuánto no en éste?

En cuanto a la segunda de las opciones por nosotros planteadas, nos parece la más acorde con la realidad, dado que ante la imposibilidad de armonizar, la siguiente de las alternativas posibles es la coordinación, como instrumento ya no sólo “aproximador” (en aspectos más concretos que la armonización) de las diferentes legislaciones existentes en el seno de la entidad supranacional a la que venimos aludiendo, sino clarificador de conceptos (algo tan simple pero necesario a la hora de la aplicación de la norma y de la creación de jurisprudencia). Por otro lado, es ésta una solución no innovadora ya que contamos con numerosos ejemplos a través de los cuales ya se ha hecho uso de tal posibilidad³³.

32 Además de muchísimo menos empleada que la siguiente de las propuestas.

33 Véanse a modo ejemplificativo las directivas 89/48/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años y la 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completan la directiva anterior; las directivas 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; la 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad; la 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; la 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; la 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; la 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; etc.); la Directiva 93/13/CEE transpuesta al ordenamiento español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (y que se presenta como una de las novedades más recientes).