

sociales, –lo que lleva a la OIT a considerar que la actividad directamente relacionada con la venta de cupones por trabajadores minusválidos tiene una función eminentemente social–, no se puede obviar el hecho de que dicha actividad está íntimamente relacionada con la realización de sorteos en los que se establecerán los números agraciados con los correspondientes premios, actividad para la que la empresa debe haber obtenido previamente la correspondiente autorización administrativa. Esta ausencia de autorización, convierte a la actividad desempeñada por el empresario en ilegal, y por lo tanto procedería la denegación del alta del trabajador, como así ha sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla León-Burgos.

La pretensión de OIT es cumplir con todas las obligaciones que como empresa le corresponderían en materia de Seguridad Social, para de esta manera, poder instar a los Tribunales a que reconozcan que la ausencia de un requisito formal –en este caso la falta de autorización administrativa–, no desvirtúa su carácter de empresario, ni por lo tanto la de trabajadores de los vendedores de cupones, que obtendrían toda la protección que el ordenamiento laboral y de Seguridad Social otorgan. Aunque ética y moralmente podemos compartir la opinión de que la venta de cupones puede ser una alternativa fácil y factible para la ocupación de trabajadores minusválidos –como efectivamente se ha demostrado por la Organización Nacional de Ciegos de España–, desde la más estricta legalidad vigente –en concreto la LGSS y el RIA– habría que concluir que dicha actividad no puede ser considerada como legal –por mucho que nos repugne la idea de equiparar la misma a otras actividades objetivamente ilegales como sería la venta de estupefacientes– y por lo tanto, la denegación del alta tiene que ser considerada ajustada a Derecho, por cuanto no existe autorización administrativa para la realización de las actividades por las cuales se insta el alta del trabajador.

## § 45

### Gastos de hospitalización realizados en Estados Miembros de la Unión Europea

por MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ *Universidad de Sevilla*

*Sentencias comentadas:*

↳ STJCE 12 julio 2001 (TJCE 2001, 196) asunto C-157/99, Smits y otros y STJCE 12 julio 2001 (TJCE 2001, 199) asunto C-368/98, Vanbraekel y otros

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La complejidad de la problemática sometida a juicio del Tribunal Comunitario, enmarcada en la coordinación comunitaria de los sistemas de Seguridad Social, donde confluyen distintos principios e intereses, normas internas y comunitarias, en ocasiones de difícil compaginación exige alguna consideración previa. Como punto de partida, no cabe ignorar (aspecto que el TJCE ha reiterado en numerosas ocasiones) que es a los Estados Miembros a quienes corresponde el diseño de las políticas de Seguridad Social, los requisitos exigidos a las prestaciones y otros aspectos con-

xos, si bien respetando el Derecho Comunitario; pues bien, de la coordinación entre esa facultad nacional y el respeto a los principios comunitarios ha suscitado importantes interrogantes. De todas formas, las interpretaciones del Alto Tribunal (en los supuestos de que nos vamos a ocupar centradas casi por completo a la normativa interna) deben mirarse en el marco de distintos sistemas sanitarios caracterizados por su enorme diversidad.

Conviene asimismo recordar que ésta que ahora abordamos no es la primera ocasión que tiene el TJCE de pronunciarse sobre problemas suscitados por las normas de coordinación sobre asistencia sanitaria en un país distinto al de afiliación (básicamente art. 22 del Reglamento 1408/71 [LCEur 1983, 411/1]), su regulación en los ordenamientos internos y su posible oposición a principios básicos en la construcción de la Europa Única. Así, en las conocidas Sentencias kohll (TJCE 1998, 66) y Decker (TJCE 1998, 64) se planteó la posible colisión entre la normativa nacional que condiciona el derecho al reembolso de gastos médicos realizados en otro Estado Miembro a la previa autorización del organismo competente y los principios de libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías. Ambas sentencias pueden ser objeto de una brevísima lectura conjunta pues tanto los supuestos planteados como la argumentación esgrimida caminan de forma paralela. El Sr. **Decker** reclamaba el reintegro de gastos por la compra de unas gafas con lentes correctoras en una óptica en Bélgica con una receta expedida en Luxemburgo; mientras, la Sentencia del caso **Kohll** trae su causa en la procedencia o no de reembolso de gastos médicos por un tratamiento de ortodoncia recibido en Alemania (pese a la negativa de la caja de enfermedad belga a autorizar dicho tratamiento).

En los supuestos enjuiciados, el TJCE partiendo de que el encuadramiento de la cuestión debatida dentro del ámbito de la Seguridad Social no excluye, por sí misma, la aplicación del Tratado, estima que procede el reembolso de gastos médicos efectuados en otro Estado Miembro. Ahora bien, lejos de pensar que nos hallamos ante una solución que puede generalizarse debe hacerse un entendimiento de las afirmaciones del Tribunal en el marco de un sistema (el Luxemburgués) caracterizado por la libertad de elección por el asegurado de los servicios (y productos) médicos, sistema donde no parecen adecuadas las restricciones impuestas si el servicio o la adquisición van a ser realizados fuera del Estado Miembro de afiliación (En esta línea, Luján Alcaraz, J.: pg. 2576). A juicio del Tribunal (Sentencia Decker) si conforme a la normativa interna el asegurado es libre (sin autorización) para comprar productos médicos en cualquier establecimiento reconocido y obtener el reembolso de los gastos, la exigencia de autorización previa para adquirir el producto en otro Estado Miembro supone una restricción injustificada al libre comercio dentro de los Estados de la Unión. Esto es, dado que se incita a comprar sus gafas u otros productos en Luxemburgo dicha normativa es vista por el Tribunal como un obstáculo a la libre circulación de mercancías. Paralelamente, en el caso Kohll el Tribunal estima que existe una restricción al principio de libre prestación de servicios establecido en los artículos 59 y 60 TCE (LCEur 1986, 8) (actuales arts. 49 y 50 Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997 [RCL 1999, 1205 y LCEur 1997, 3620]) que no encuentra adecuada justificación.

Además, el Tribunal considera que el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social (argumento que, como veremos, cobra también especial trascendencia en las sentencias de 2001) no se pone en peligro en la medida en que el reembolso se

solicita en base a las tarifas del Estado de afiliación (teniendo en cuenta además el escaso coste económico de lo reclamado en ambos supuestos). En cambio, la exigencia de autorización en tales condiciones supone poner trabas y obstáculos innecesarios a la libre prestación de servicios o libre circulación de mercancías, pues los asegurados Luxemburgueses se ven «obligados» a acudir a los servicios sanitarios prestados dentro de su propio Estado, en detrimento de los situados fuera de sus fronteras. Al tratarse de un reembolso realizado a tanto alzado según tarifa, por tanto, con independencia de los gastos efectivamente realizados, las cantidades a reembolsar son las mismas sea cual fuere el lugar de adquisición de los productos.

Pues bien, tales sentencias, aunque hayan servido para que algunos proclamaran la libre prestación de servicios sanitarios en todos los Estados Miembros de la Unión, se dictan en el marco de un sistema de asistencia sanitaria radicalmente opuesto al nuestro, pues, como es sabido, nuestra legislación lejos de partir de un sistema de libre elección (y ulterior reembolso según tarifas) predica que la asistencia sanitaria será realizada en el marco del sistema nacional de salud y con los medios disponibles en el mismo, con escasas excepciones (arts. 3.1, 5.1 y 3 RD 63/1995 (RCL 1995, 439) sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud), aspecto en el que incidiremos infra. Mientras que en el sistema Luxemburgués intervienen prestadores privados en el nuestro no existe libre competencia (GARCÍA DE CORTAZAR, C.: pgs. 124 y 126) lo que marca una diferencia sustancial a la hora de aplicar los principios del Tratado sin poner en peligro el sistema de Seguridad Social que cada Estado organiza libremente.

## 2. LA SENTENCIA SMITS Y OTROS: SUPUESTO DE HECHO Y PRINCIPALES ARGUMENTOS JURÍDICOS

### 2.1. Descripción del caso planteado

Se enfrenta el Tribunal ante dos cuestiones prejudiciales suscitadas en Bélgica en el marco de dos litigios relativos al reintegro de gastos de hospitalización causados, respectivamente, en Alemania y Austria. Del marco jurídico nacional (Países Bajos) recogido en la sentencia se extrae que tanto en la ley sobre cajas de enfermedad (**Ziekenfondswet**, de 1964, posteriormente modificada, en adelante ZFW) como en la ley general de gastos especiales de enfermedad (**Algemene Wet Bijzondere Ziekte Kosten**, de 1967, en adelante AWBZ) se fija un sistema de intervención en especie, conforme al cual los asegurados no tienen derecho al reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica, sino a la asistencia en sí misma, que es gratuita. Como regla general (art. 9 ZFW) el afiliado debe acudir a una persona o entidad con la que la caja de enfermedad haya establecido un concierto. Cabe, sin embargo, la autorización para acudir a otra persona o institución de los Países Bajos, e incluso fuera del mismo, en este caso condicionado a dos requisitos: que el tratamiento se considere una prestación cubierta por el sistema, o, lo que es igual, que tenga «carácter habitual en el medio profesional», tomándose en la práctica como referencia la opinión de los medios profesionales neerlandeses y que sea «necesario», en la práctica se concede si no se puede dispensar a tiempo un tratamiento adecuado en los Países Bajos.

En los asuntos controvertidos se solicita el reintegro de gastos médicos causados por asistencia recibida en una clínica extranjera, que es denegado y recurrido por

los interesados ante el **Arrondissementsrechtbank te Roermond**. La denegación se fundamenta en un caso en el carácter no habitual del tratamiento en el medio profesional y en otro en su carácter experimental, por tanto, no serían prestaciones reintegrables conforme al artículo 8 de la ZFW; además se estima que no resulta necesario (caso de estimarse habitual), por disponerse de un tratamiento satisfactorio y adecuado en los Países Bajos en un establecimiento concertado (arts. 9.4 de la ZFW y 1 del Reglamento).

Ante estos supuestos de hecho se elevan al Tribunal dos cuestiones prejudiciales tendentes a averiguar la conformidad con el Derecho comunitario de los requisitos exigidos para la autorización. Hay que tener en cuenta que el órgano jurisdiccional remitente advierte de que la autorización se concederá esencialmente a los establecimientos situados en los Países Bajos.

### 2.2. Puntos centrales de la argumentación jurídica del TJCE

#### –Servicios hospitalarios y libre prestación de servicios

Se cuestiona, en primer lugar, si las situaciones controvertidas en los litigios principales (servicios hospitalarios) están comprendidos en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios a efectos de los artículos 59 y 60 del Tratado. Pese a las argumentaciones en sentido contrario de diversos Gobiernos que niegan su inclusión, principalmente cuando se dispensan en especie gratuitamente en virtud de un régimen de seguro de enfermedad aplicable, el Tribunal confirma (apartado 53 Sentencia **Smits y otros**) y avanza en la postura ya mantenida, si bien no con tanta claridad, en Sentencias previas. Con ello se despejan las dudas suscitadas por la Sentencias **Kohll y Decker** (vid. OJEDA AVILÉS, A.: pg. 79) en relación a la extensión de la doctrina del Tribunal a gastos más elevados que los planteados entonces.

Dado que nos hallamos en el campo de la libre prestación de servicios, el TJCE debe determinar si la necesidad de autorización en los términos vistos para la cobertura por el seguro de enfermedad de prestaciones efectuadas por un establecimiento hospitalario situado en otro Estado supone una restricción o una traba a aquella libertad (tanto para los asegurados como para los prestadores); a juicio del Tribunal así es pues esta normativa disuade, e incluso impide, a los beneficiarios de la Seguridad Social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación (ap. 69).

#### –Restricciones a la libre prestación de servicios y equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social

Siguiendo el hilo argumental el TJCE examina si existen razones imperiosas que justifiquen este obstáculo a la libre prestación de servicios médicos (ap. 71). Recurre nuevamente el Tribunal al argumento del equilibrio del sistema de Seguridad Social (ap. 78), cuya afectación, como es sabido, fue descartada en las sentencias del 98 tanto por tratarse de un sistema de libre elección del servicio médico y posterior reembolso como por la escasa cuantía de los gastos. Ciertamente, la aplicación que hace el Tribunal del principio que ha de enmarcarse dentro de las coordenadas de cada uno de los sistemas sanitarios nacionales, frena, a nuestro juicio, toda tentativa de entender que la norma comunitaria (el principio de libre prestación de servicios) desvirtúa un sistema basado, como el nuestro, casi exclusivamente en la asistencia sanitaria pública.

Realiza el Tribunal un análisis de la autorización previa exigida por el ordenamiento interno (que ciertamente restringe la libre prestación de servicios) tanto desde su posible justificación en razones de financiación del sistema como de salud pública. Caso de existir tales razones, debe comprobarse si las restricciones se ajustan a un criterio de proporcionalidad: que no excedan de lo que sea objetivamente necesario a dichos efectos y que dicho resultado no pueda obtenerse mediante normas menos coercitivas (ap. 75) (Principio de proporcionalidad).

El Tribunal afirma sin fisuras que el requisito de autorización previa que exige la ZFW para la cobertura de los gastos ocasionados por la asistencia dispensada en otro Estado miembro por un prestador de asistencia **no concertado**, es una medida a la vez necesaria y razonable (apartado 80), en base en especial a la necesidad de planificar la asistencia hospitalaria, el control de gasto y garantizar en el territorio del Estado miembro el acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad (apartados 76 a 79).

Resultan especialmente significativas, y trasladables a nuestro sistema de Seguridad Social, las afirmaciones del Tribunal relativas a los problemas derivados de la posibilidad de que los asegurados pudieran acudir libremente y en cualquier circunstancia a establecimientos hospitalarios con los que las cajas de enfermedad no hayan establecido ningún concierto, tanto si se trata de establecimientos situados en los Países Bajos como en otro Estado miembro (apartado 81). Aquí radica, a nuestro juicio, uno de los puntos centrales de la Sentencia, esto es, que siendo admisibles las restricciones a la libre prestación de servicios de este tipo (p. ej. obligando a acudir a un prestador concertado) no es posible que tales restricciones sean mayores respecto a prestadores privados que se hallan fuera del territorio de un Estado Miembro, o lo que es lo mismo, que donde exista una libertad de elección por parte del afiliado ésta ha de extenderse tanto a los servicios prestados en el Estado de afiliación como a los provenientes de otros Estados Miembros.

—Los condicionamientos internos a la concesión de autorización previa

Como vimos, los requisitos para la concesión de la autorización (en el caso enjuiciado la habitualidad y la necesidad) han de justificarse, en razones imperiosas y ser proporcionales.

Respecto al primero de ellos, el Tribunal parte de la compatibilidad con el Derecho comunitario de que el Estado miembro, a fin de reducir costes, establezca listas limitativas de medicamentos «reembolsables... por la Seguridad Social» (ap. 86), criterio trasladable a los tratamientos médicos y hospitalarios. Por tanto, el Derecho comunitario no obliga al Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas de las que se hace cargo su sistema de protección social, con independencia de su cobertura en otros Estados miembros (apartado 87), condicionado a que la lista responda a criterios objetivos (ap. 89). Punto donde, a juicio del Tribunal, quiebra la normativa interna, que en lugar de una lista preestablecida opta por un sistema de reconocimiento de la prestación en base a la interpretación de lo «habitual en el medio profesional». Concepto jurídico indeterminado cuya interpretación aporta resultados sustancialmente diversos si se toman en cuenta únicamente los medios profesionales neerlandeses o se valora en función del estado de la ciencia médica internacional y la norma médica generalmente aceptada a nivel internacional (ap. 92), siendo este último criterio el único que puede cumplir los requisitos de objetividad e imparciali-

dad (ap. 94) y que no privilegia, de hecho, a los prestadores de asistencia neerlandeses (ap. 96). En este punto, por tanto, el Tribunal deja patente que cada Estado Miembro es libre (aunque respetando el principio básico de objetividad) para reconocer o excluir determinadas prestaciones y que, por tanto, no se pretenden igualar los niveles de asistencia sanitaria cubiertos en todos los países.

En cuanto a la «necesidad» del tratamiento, aunque es también exigible a la autorización de un tratamiento en un establecimiento «no concertado» situado en los Países Bajos (apartado 100), es interpretado en la práctica de forma que sólo se autoriza el tratamiento cuando no se pueda dispensar un tratamiento adecuado en tiempo oportuno en los países bajos sin distinguir, a estos efectos, si el establecimiento en que puede ser dispensado tiene o no concierto (ap. 101).

Por ello, se propone por el TJCE una interpretación correctora, pues a la luz del artículo 59 del Tratado, la denegación sólo queda justificada si trae su causa en que un tratamiento idéntico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad haya celebrado un concierto.

En definitiva, el Tribunal pone de manifiesto la necesidad de tratar de igual forma (sin dar preferencia de hecho a los nacionales) a los prestadores no concertados estén dentro o fuera de los países bajos (vid. ap. 107).

En conclusión, partiendo del respeto al sistema de conciertos con entidades privadas, una vez que el tratamiento no puede recibirse de forma eficaz y en tiempo oportuno en un establecimiento concertado, la autorización para recibir la prestación de servicios en otro Estado miembro debe ser concedida. Esto es, que fuera de la «preferencia» de los centros concertados, es indiferente si el prestador del servicio médico u hospitalario se halla dentro del estado de afiliación o fuera (en cualquier otro Estado miembro). Se trata de no poner obstáculo, en aquella parte de la prestación de servicios que queda fuera del sistema de conciertos, y por tanto sometida al principio de libre prestación de servicios, para que el servicio sea prestado en otro Estado miembro.

Debemos tener en cuenta que la trascendencia de esta sentencia en el ordenamiento nacional es escasa, en línea con lo que se afirmó «supra», pues nuestro sistema de salud está basado en el monopolio público de la asistencia sanitaria. Al no haber, ni siquiera en parte, una libertad de elección por parte del asegurado no cabe dar entrada al principio de libre prestación de servicios.

### 3. EL CASO VANBRAEKEL Y OTROS: SOBRE LA AUTORIZACIÓN PARA DESPLAZARSE A RECIBIR ASISTENCIA SANITARIA EN OTRO ESTADO MIEMBRO «EX» ARTÍCULO 22 REGLAMENTO 1408/71

#### 3.1. Supuesto de hecho

El TJCE realiza en este supuesto afirmaciones importantes en relación a los artículos 22 y 36 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en su versión actualizada y modificada por el Reglamento CEE núm. 2001/83, de 2 junio de 1983 [LCEur 1983, 411] (DO L 230), y del artículo 59 del

Tratado CE (actualmente art. 49 tras su modificación) como consecuencia de una cuestión prejudicial suscitada en el marco de un litigio planteado por el **señor Vanbraekel** y sus seis hijos, en calidad de herederos de la **señora Descamps** y la **Alliance Nationale des mutualités chrétiennes** (en los sucesivos ANMC). Dato de especial importancia es el relativo a que, pese a la negativa de esta última a autorizar el tratamiento en otro Estado Miembro, el Tribunal remitente (a la vista del art. 22 y el derecho interno) no alberga dudas del derecho al reembolso de gastos médicos, limitando el problema a su importe, pues la suma a reembolsar varía sustancialmente en función de si resultan de aplicación los coeficientes de reembolso previstos en la legislación francesa (país en cuyo territorio se presta la asistencia) o en la belga (país de afiliación) (vid. ap. 24).

### 3.2. La reafirmación de la doctrina del TJCE sobre la autorización para prestación de asistencia sanitaria en otro Estado Miembro y los efectos de la denegación infundada

El artículo 22 Reglamento 1408/71 reconoce al beneficiario de Seguridad Social el derecho a prestaciones (siempre que se cumplan las condiciones exigidas en el Estado competente) caso de ser autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado. Las prestaciones en especie serán servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente. Además prevé un supuesto de concesión automática de la autorización, pues la denegación queda excluida cuando se cumplen dos requisitos:

1) Que la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado.

2) Que, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

Sin entrar, por razones lógicas de espacio, en problemas como el del reembolso complementario (que en buena medida depende de su reconocimiento interno y que a juicio del Tribunal procede si no comporta una carga suplementaria para el sistema de seguro de enfermedad, vid. para el caso concreto el ap. 52 de la sentencia) hemos de centrarnos en las afirmaciones vertidas por el Tribunal en torno a este precepto que son de cierto interés:

De un lado, partiendo de la conformidad a las normas del Tratado de la autorización previa «ex» artículo 22 Reglamento 1408/71, estima el Tribunal que el **beneficiario autorizado** por la institución competente tiene derecho a recibir las prestaciones **en especie** en el territorio del Estado miembro de estancia (al que se traslada para recibir asistencia) conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella (ap. 53 y Fallo). La ventaja práctica evidente de esta solución es que la institución que sirve las prestaciones **en especie** lo hace con arreglo a la única legislación con la que cabe esperar que esté familiarizada, esto es, la propia (GARCÍA DE CORTAZAR, C.: pg. 109). Por contra, en su-

puestos de **denegación de la solicitud** que posteriormente se declare infundada (normalmente por el órgano judicial competente) el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio (ap. 53).

Aspecto a destacar especialmente de esta Sentencia es que, frente a un «posible» entendimiento de las Sentencias del año 1998 como eliminación absoluta de la autorización previa (por primar las normas del Tratado sobre el Derecho derivado), el Tribunal parte de su plena validez, también, y precisamente en ese supuesto, cuando exista un retraso en la prestación de asistencia. El Tribunal está lejos de afirmar que el artículo 22 del Reglamento suponga una traba innecesaria a la libre prestación de servicios o la libre circulación de mercancías, más bien, y siempre en función del sistema sanitario previsto por el derecho interno, trata de compaginar aquellos principios con restricciones injustificadas en la opción de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro frente a la libertad de elección de un prestador de servicios nacional. No obstante, es preciso reconocer que el Tribunal avanza en la flexibilización de la interpretación de los efectos que han de derivarse de la negativa de la institución competente a su concesión. Dado que nos hallamos, como con reiteración se ha puesto de manifiesto, ante una concesión que no es absolutamente discrecional (GARCÍA DE CORTAZAR, C.: pg. 115) cabe su control posterior por el órgano judicial competente y, por ello mismo, pese a declararse infundada la denegación ha de surtir plenos efectos para el beneficiario (como si se tratase de una autorización concedida en tiempo y forma).

## 4. ALGUNAS VALORACIONES FINALES SOBRE LOS EFECTOS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

### 4.1. El «matizado» reconocimiento de la libre prestación de servicios hospitalarios en el marco de los distintos sistemas de Seguridad Social

En contra de una liberalización del llamado «turismo sanitario» (expresión empleada por GARCÍA DE CORTAZAR, C.: pg. 107) cabe reafirmar que el Tribunal no ha puesto en tela de juicio la conformidad con el Tratado de la autorización exigida en el artículo 22 Reglamento 1408/71, ocupándose hasta la fecha principalmente de las restricciones provenientes de la propia normativa interna. Ahora bien, sí reconoce el derecho al reembolso (en los mismos términos que para una prestación autorizada) caso de denegación infundada en los supuestos de «concesión automática por demora» (denominación acuñada por A. OJEDA ÁVILÉS: pg. 75). Una cosa es la desaparición de la autorización (indispensable sobre todo en algunos sistemas de Seguridad Social a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema) y otra una flexibilización en su concesión y un correcto control «a posteriori» sobre la adecuada fundamentación de su denegación.

El Tribunal, como señalamos, rechaza una asistencia libre, a la carta, a ser prestada en cualquiera de los Estados miembros. Son en este sentido muy significativas las afirmaciones del Tribunal (ap. 106, Sentencia **Smits y otros**) relativas a que «Si muchos asegurados decidieran recurrir a la asistencia de otros Estados miembros, aun cuando los establecimientos hospitalarios que hayan celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que dependen ofrecen tratamientos adecuados, idénticos o equivalentes, este flujo de pacientes podría poner en peligro tanto el principio

mismo de la concertación como, en consecuencia, todos los esfuerzos de planificación y de racionalización efectuados en dicho sector vital para evitar el fenómeno de la sobrecarga hospitalaria, del desequilibrio en la oferta de asistencia médica hospitalaria, de derroche y de desperdicio, tanto logísticos como financieros». Ello, en el marco de nuestro sistema (que no ha sido en modo alguno cuestionado por el Tribunal comunitario), donde no existe libertad de opción alguna entre servicios médicos privados o públicos (cosa distinta es que dentro del sistema se pueda elegir libremente médico de atención primaria o especialista), supone que la asistencia en otros Estados miembros sigue siendo algo excepcional.

#### 4.2. La autorización automática en supuestos de retraso o demora excesivos en el país de afiliación

Como hemos visto, la relevancia de esta jurisprudencia en el ordenamiento interno queda bastante limitada pues se han centrado en aquella parte de la asistencia sanitaria cubierta por el sistema de Seguridad Social en que intervienen prestadores privados; ahora bien, qué duda cabe que la doctrina del Tribunal puede servir a una flexibilización de la excesiva rigidez con que nuestro ordenamiento reconoce el derecho al reintegro de gastos sanitarios por prestaciones servidas fuera del sistema. De esta forma, coincidimos con quien ha afirmado que «la jurisprudencia comunitaria debe salpicar a la interpretación que los tribunales españoles están haciendo en materia de asistencia y reintegro de gastos médicos al concepto de urgencia vital y mas en concreto a la asistencia sanitaria en centros extranjero» (LÓPEZ LÓPEZ, J.: pg. 127). Aunque, como es sabido, los pronunciamientos (en especial de los tribunales menores), flexibilizan el rigor del RD 63/1995 (asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, art. 5.3) respecto a servicios recibidos por los beneficiarios fuera del sistema, condenando en ocasiones al reingreso en supuestos en que el paciente ha sido situado en listas de espera o ante la denegación injustificada de asistencia –pese a que el supuesto ha desaparecido de la regulación reglamentaria– (vid. OJEDA AVILÉS, A.: pg. 72). La aplicación directa del artículo 22 Reglamento 1408/71 es, por tanto, no sólo posible sino además deseable en supuestos de retrasos «irregulares» o «anormales» en la prestación de la asistencia. El reintegro de gastos correspondería, pese a la negativa de la institución competente, ante una decisión infundada, teniendo en cuenta las dificultades de interpretación de una fórmula totalmente abierta e imprecisa como es la relativa al «plazo normalmente necesario» en cuya exégesis aún no ha entrado el tribunal. A tales efectos habrá que valorar todas las circunstancias concurrentes en el historial médico del paciente y su previsible evolución. De esta forma, no es extraño ver cómo en sede doctrinal se cuestiona si las listas de espera son normales o excepcionales e, incluso, aceptando su relativa normalidad cuántos meses deben transcurrir para que surja el derecho a una autorización en el exterior (GARCÍA DE CORTAZAR, C.: pg. 109). Interrogantes para las que seguramente no caben respuestas generales y taxativas pero que debieran ser objeto de atención por nuestros tribunales atendiendo a las circunstancias del caso concreto a la hora de reconocer el derecho al reintegro de los gastos sanitarios. Esto permitiría el reingreso de gastos médicos más allá de la **urgencia vital** (sobre su interpretación judicial, entre otras, STS 25 octubre 1999 [RJ 1999, 7835] y Auto TS 17 abril 1998 [RJ 1998, 3479]; supuestos en que es indiferente si se ha producido en España o en el Extranjero según la STS 4 abril 2000 [RJ 2000, 2615]).

Incluso, quizás estas sentencias servirían para matizar la doctrina del TS relativa a que no es posible exigir técnicas que no puedan obtenerse fuera de nuestras fronte-

ras, sin que esté cubierta por la Seguridad Social la asistencia con medios sólo disponibles en países avanzados (por todas, SSTS 21 diciembre 1995 (RJ 1996, 3183), 8 marzo (RJ 1996, 1979) y 26 abril 1996 (RJ 1996, 3616), vid. OJEDA AVILÉS, A.: pg. 73-74). No en vano en algunas ocasiones se autoriza el tratamiento (y la correspondiente asunción de gastos) en otro Estado miembro, caso de no estar disponible en España, por ser técnicas novedosas o experimentales.

Pues bien, como conclusión, aunque esta jurisprudencia ha de servir de acicate para una jurisprudencia unificadora que interprete de manera más flexible el reintegro de gastos sanitarios por la asistencia en otro Estado Miembro, salvaguardando el equilibrio del sistema, con ello no se está abriendo un portillo para la generalización de una Asistencia Sanitaria a la carta, que legitime al ciudadano de la unión a viajar libremente por el espacio comunitario a recibir la prestación sanitaria que juzgue más conveniente a su enfermedad

#### Bibliografía

–GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREA, C.: «La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad», en *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, AA VV: Instituto Europeo de Relaciones Industriales-Comares. Granada, 1999.

–LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos», en *Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la CEE de 28 de abril de 1998*, Revista de Derecho Social núm. 4 (1998).

–LUJÁN ALCARAZ, J.: «Reembolso de gastos médicos realizados en Estados Miembros de la Unión Europea», en *AS*, 1998-I.

–OJEDA AVILÉS, A.: «Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?», en *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, en AA VV: Instituto Europeo de Relaciones Industriales-Comares. Granada, 1999.

#### § 46

### Compatibilidad o incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el subsidio de incapacidad temporal

por SARA RUANO ALBERTOS *Universidad de Castellón*

*Sentencias comentadas:*

↩ SJS núm. 4 de Sevilla, 23 mayo 2001 (AS 2001, 2360)

#### 1. SUPUESTO ENJUICIADO

El supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, lo constituye la demanda interpuesta por un trabajador a quien se había reconocido una Incapacidad Permanente Total, derivada de enfermedad común, para su profesión habitual, concretamente, obrero en fábrica remolachera con la patología de necrosis de cabeza femoral izquierda y disimetría de MMII.

Con posterioridad, el actor trabajó para la Azucarera Ibérica, compatibilizando