

“EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE. EL PAPEL DE LA COMUNICACIÓN AL PACIENTE”.

I.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

- 1.- La regulación en el Derecho Español: la Constitución de 1978 y la normativa de desarrollo.
- 2.- La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. El Sistema Nacional de Salud. El contenido de la prestación.

II.- LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. LA CIUDADANÍA EUROPEA.

- 1.- Derecho Comunitario y Seguridad Social. Principios informadores.

III.- EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

- 1.- La situación anterior a la Directiva 2011/24/UE.
- 2.- Los servicios sanitarios y la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior – Directiva *Bolkestein* -.
- 3.- Nuevas perspectivas. La Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

a) Introducción. Tramitación. Objetivos.

b) El derecho de los pacientes a una asistencia segura y de alta calidad.

4.- El derecho de los pacientes a la información.

- a) Derecho a la información respecto al Estado Miembro de tratamiento.**
- b) Derecho a la información respecto al Estado Miembro de afiliación.**
- c) Los llamados Puntos Nacionales de Contacto para la asistencia sanitaria transfronteriza.**
- d) Los Puntos Nacionales de Contacto en el Estado Español.**
- e) Plazo para suministrar la información.**
- f) El derecho al reembolso. Condiciones y límites.**

IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES.

“EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UE. EL PAPEL DE LA COMUNICACIÓN AL PACIENTE”.

I.- EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

La salud constituye un derecho humano proclamado como tal en la **Declaración Universal de Derechos Humanos** de 10 de diciembre de 1948. Su artículo 25,1 declara que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

La salud se erige, pues, en un derecho troncal de toda persona, imprescindible para el desarrollo de la dignidad humana, para hacer posible el progreso social y el más amplio valor de la libertad.

1.- La regulación en el Derecho Español: la Constitución de 1978 y la normativa de desarrollo.

La **Constitución española de 1978** dedica varios preceptos a la protección de la salud. Así, en su **artículo 43** *“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*, en tanto que su **artículo 41** prevé que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.... La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

La protección de la salud en el ámbito de la Seguridad Social se realiza a través de la **prestación de asistencia sanitaria**, que comprende todos los medios y cuidados precisos para cubrir las necesidades relativas a la salud física o psíquica de la persona y tanto para prevenir o para recuperar la salud.

Esta prestación tiene dos niveles: el contributivo y el asistencial (regulado éste por RD 1088/1989), si bien es fácil comprobar la tendencia a ampliar la protección de la salud a toda la ciudadanía, a su universalización, desgajándola de la Seguridad Social, incluso también desde el punto de vista de la obtención de los recursos, de manera que, tras varias fases intermedias, hoy, a partir del 1 de enero de 2001, la financiación del antiguo INSALUD (hoy INGESA) corre íntegramente a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, desapareciendo su vinculación financiera con la Seguridad Social.

Es importante recordar también que, en la actualidad, las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, según los correspondientes acuerdos de transferencias y el vigente sistema de financiación autonómica (artículo 10.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo y artículo 2.6 RD 1030/2006).

2.- La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. El Sistema Nacional de Salud. El contenido de la prestación.

El derecho a la salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución ha sido desarrollado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que atribuyen a los poderes públicos la competencia y la responsabilidad de la organización y la tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Todo ello teniendo en cuenta que en el dicho Sistema Nacional de Salud se integran y coordinan las competencias de la Administración General del Estado y las propias de las Comunidades Autónomas.

Esta protección de la salud se lleva a cabo, en el ámbito de la Seguridad Social, a través de la prestación denominada de asistencia sanitaria. Su contenido es el de todas las atenciones y cuidados que dispensa el personal sanitario, con finalidad preventiva o recuperadora de la salud.

En esta materia, ha de ponerse de relieve la tendencia a la protección universal de la salud, lo que ha supuesto, como se ha dicho más arriba, la separación de la protección de la salud de toda la ciudadanía del ámbito de la Seguridad Social, lo que ha ido ratificándose y profundizándose en los últimos tiempos. De este modo, las personas protegidas o titulares de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria son: a) todas las personas españolas; b) las personas extranjeras que se hallen en el territorio nacional según las previsiones del artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; c) **nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en función de los derechos que resulten de la aplicación del Derecho Comunitario y de los Tratados y Convenios que se suscriban y que les resulten de aplicación;** d) nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, que tendrán los derechos que les sean reconocidos por las Leyes, los Tratados y los Convenios de aplicación; e) españoles de origen residentes en el exterior y retornados a España y pensionistas españoles residentes en el exterior en sus desplazamientos temporales a España, cuando así lo prevean las normas de aplicación.

En consecuencia, la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social no se entiende ya como el resultado de un mero mecanismo de aseguramiento, sino como un **servicio público esencial** que los poderes públicos vienen obligados a dispensar, con el contenido material y personal que precisen las Leyes que desarrollen el texto constitucional.

II.- LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. LA CIUDADANÍA EUROPEA.

Desde su constitución, los objetivos de la entonces Comunidad Económica Europea eran, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado fundacional – Tratado de Roma –, la **libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, así como la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros que se desplacen dentro de la Unión para trabajar.**

El ideal no era, en un principio, la equiparación en el corto plazo de las condiciones de vida y de trabajo entre la ciudadanía y la clase trabajadora de los distintos países, sino que se consideraba que ello sería el resultado natural del funcionamiento del propio mercado único y de otras medidas indirectas.

Ahora bien, en la Unión Europea se ha producido una cierta reformulación de los objetivos sociales tras el Acta Única Europea de 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992. Esta reformulación pasa por la **adopción de nuevos objetivos sociales**, al menos teóricos, consistentes en una **auténtica ciudadanía europea**, incluso social, así como los de conseguir una economía social de mercado tendente al pleno empleo y al progreso social, la lucha contra la exclusión social y la discriminación y el fomento de la justicia y protección sociales, así como la cohesión económica, social y territorial. En este marco hemos de situar la Carta de los Derechos Sociales que se incorporó al Tratado de Ámsterdam de octubre de 1997 y al Tratado de la Constitución Europea. De este modo, la **protección social** se configura como competencia compartida junto con la **cohesión social**, si bien todas las medidas de protección social siguen residenciadas en la idea de la efectividad de los principios de libre circulación, esto es, para garantizar los derechos de las personas migrantes dentro de la Unión.

1.- Derecho Comunitario y Seguridad Social. Principios informadores.

Ya hemos dicho más arriba que los objetivos iniciales de la entonces Comunidad Económica Europea eran, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado de Roma, la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, así como la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros que se desplacen dentro de la Unión para trabajar.

Fundamental resultaba también la idea básica de impedir que los sistemas nacionales de Seguridad Social pudieran alterar la libre competencia – artículo 85 del Tratado de Roma – y su impacto en los costes salariales y en los precios de las mercancías. Se trataba, en una palabra, de **impedir el llamado “dumping social”**.

En consecuencia, no había una concepción unitaria europea de la Seguridad Social, sino que ésta seguía siendo una cuestión de carácter y entorno nacionales. La Unión Europea se ha limitado a intervenir, en esta materia, en el terreno de la coordinación de los sistemas nacionales, la protección de los emigrantes y la igualdad de trato por razón de género.

No existe tampoco un planteamiento europeo sobre los sistemas nacionales de protección social ni sobre los problemas de viabilidad social aunque, como más arriba hemos explicado, la protección social se configura ya como competencia compartida junto con la cohesión social, si bien todas las medidas de protección social siguen pivotando sobre la idea de la efectividad de los principios de libre circulación, esto es, para **garantizar los derechos de las personas migrantes dentro de la Unión**.

En todo caso, ha de añadirse que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha consagrado el derecho de toda persona que resida y se desplace legalmente en el territorio de la Unión a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y las prácticas nacionales, lo que vincula no sólo a las instituciones comunes de la Unión, sino también a las de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho Comunitario.

Estos **principios informadores del Derecho Comunitario de la UE en materia de prestaciones de Seguridad Social** son: a) principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y residencia; b) principio de totalización de los períodos de cotización cubiertos en distintos Estados miembros; c) principio de prorrateo o “prorrata temporis”; d) principio de exportación de prestaciones a otros países en los que la persona beneficiaria decida fijar su residencia; e) principio de pensión única y reglas “anticúmulo”.

En las prestaciones médicas y farmacéuticas rige el **principio de exportación de las prestaciones**, lo que significa la supresión de las cláusulas de residencia para poder percibirlas. Ahora bien, esta cuestión ha de ser matizada y ampliada en los términos que a continuación se analizarán.

III.- EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA UNIÓN EUROPEA.

Los principios de libertad de circulación y de ciudadanía europea han generado el estatuto de ciudadanía de la UE, en virtud del artículo 20.1 del TFUE (antes artículo 17 del Tratado de Roma), estatuto que permite a los ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación del Tratado el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones previstas. Así, resultaría incompatible con el Derecho de la Unión Europea que un ciudadano de otro Estado miembro recibiera en el Estado miembro de acogida un trato menos favorable que si hubiera hecho uso de su libertad de circulación.

En este sentido, había dos grandes razones para la aprobación de la **Directiva 2011/24/UE**. De un lado, nace con una finalidad ambiciosa ya plasmada en los Tratados – artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales, con valor de tratado según el artículo 6 del nuevo Tratado de la UE –, según la cual se reconoce el derecho de los ciudadanos europeos a acceder a la asistencia sanitaria. De otro lado, la consolidada doctrina del TJUE constituía otra razón importante para que la UE actuase en este terreno, máxime si tenemos en cuenta que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre los Servicios en el Mercado de Interior, excluyó las prestaciones sanitarias, tanto públicas como privadas, de su ámbito de aplicación.

La Directiva 2011/24/UE supone, así, como se verá, un destacable intento de establecer un marco claro y transparente sobre el derecho a recibir asistencia sanitaria transfronteriza. Ahora bien, hemos de admitir que puede haber sombras de duda acerca de su alcance real, ya que bien podría ocurrir que, a la vista de sus efectos económico-financieros, se intenten poner obstáculos varios que dificulten su aplicación plena apelando a la necesidad de controlar y frenar el que se ha venido en llamar “turismo sanitario”.

Para abordar el estudio de la reciente Directiva 2011/24 comenzaremos por recordar, en primer lugar, la situación inmediatamente anterior a su aprobación; en segundo lugar, abordaremos la situación generada por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; y, finalmente, el análisis propiamente dicho de la Directiva 2011/24/UE, particularmente en la materia objeto de esta intervención.

1.- La situación anterior a la Directiva 2011/24/UE.

Uno de los principios en los que se basan los Reglamentos Comunitarios – en la actualidad plasmado en los artículos 6 y siguientes del Reglamento 883/2004 – es el llamado “**principio de exportación de prestaciones a otros países donde el beneficiario decida fijar su residencia**”. Este principio, de aplicación fundamentalmente a las prestaciones de carácter económico, también se da en las prestaciones médicas y farmacéuticas.

Supone este principio la **supresión o eliminación de las cláusulas de residencia para poder percibir las prestaciones**. En este sentido, cabe recordar que el derecho al disfrute de prestaciones sanitarias se ha interpretado de manera amplia en los supuestos de pensionistas residentes en otro Estado miembro, pues no se ha limitado a que surja la necesidad de manera repentina – STJCE de 25 de febrero de 2003, asunto C. 326-2000 -. Así lo decidió el TJCE, pese a que se trataba de una cuestión controvertida, que presentaba dificultades jurídicas importantes y que, sobre todo, era susceptible de generar desequilibrios económicos, a la luz de una relativamente extendida práctica ciudadana que se ha calificado de “turismo sanitario”, toda vez que ello acaba repercutiendo, sin duda alguna, sobre el país o estado en el que se lleva a efecto la asistencia sanitaria.

En esta materia, han de tenerse en cuenta las siguientes normas, tanto estatales como comunitarias:

- .- Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización;
- .- Reglamento CE 1408/71 del Consejo;
- .- Reglamento 883/2004.

A través de estos Reglamentos, llamados “de coordinación”, la asistencia sanitaria en la UE ha estado limitada al ámbito de la libertad de circulación de personas y de la necesaria coordinación de los sistemas nacionales de la Seguridad Social.

Al respecto, habremos de recordar que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJUE) como los Tribunales españoles se han enfrentado en numerosas ocasiones a estas cuestiones. Lo han hecho, generalmente, para decidir si procedía o no el reintegro o reembolso solicitado de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria recibida en un Estado miembro distinto del de residencia. Por esta vía, el TJUE ha reconocido el derecho de la ciudadanía europea a que el sistema de Seguridad Social del país donde está asegurado se haga cargo de los gastos sanitarios en los siguientes casos, además del supuesto en el que ese país de afiliación lo autorice previamente (supuesto regulado en la normativa citada):

.-gastos derivados de prestación sanitaria no hospitalaria;

.-gastos derivados de prestación sanitaria con hospitalización cuando la autorización previa hubiera sido denegada sin garantías de que un tratamiento idéntico o del mismo grado de eficacia pudiera conseguirse en tiempo oportuno en el país de afiliación, negando el Tribunal el carácter discrecional de tal autorización y exigiendo la fundamentación bajo criterios objetivos válidos;

.- gastos derivados de prestación sanitaria con hospitalización cuando la necesidad de asistencia se produzca de manera imprevista o urgente;

.-la llamada doctrina Vanbraekel, según la cual el derecho al reembolso de los gastos incluye un complemento por la diferencia que, en su caso, pudiera existir entre el importe facturado por el Estado que ha dispensado la asistencia hospitalaria y el importe que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de referencia o de afiliación para el supuesto de hospitalización en éste al objeto de recibir un tratamiento equivalente, si bien recientemente ha precisado que ha este complemento sólo habrá de aplicarse dentro del límite de los gastos realmente efectuados;

.- finalmente, también muy recientemente, el TJUE ha dejado entrever, en la fundamentación jurídica de la Sentencia de 15 de junio de 2010 – Comisión vs Reino de España, C-211/08 -,que esa doctrina se aplicaría también a los desplazamientos entre países europeos que realizaran las personas de edad avanzada o con enfermedades crónicas, dado que, de otro modo, si no estuviera garantizado ese reembolso de gastos, se estaría de facto impidiendo su derecho a la libre circulación, dada la alta probabilidad de necesidad de atención sanitaria.

Consecuencia de la regulación antedicha, de la interpretación dada a la misma por el TJUE y de parte de la ciudadanía europea, ha surgido la tan reiterada cuestión del llamado “turismo sanitario”, que ha generado honda preocupación entre los Estados miembros, dado que produce efectos muy negativos en la gestión de los sistemas nacionales de Seguridad Social y, más particularmente, en los sistemas de

salud, al ser susceptible de producir desequilibrios financieros entre ellos, máxime si este “turismo sanitario” tiene unos Estados de destino habituales.

Por ello, ha habido que buscar puntos de encuentro y de equilibrio entre derechos consagrados e intereses que se han considerado dignos de protección, esto es, entre la el derecho a la libre circulación de los ciudadanos-pacientes entre los Estados de la UE y entre los intereses derivados de las necesidades de cada Estado miembro en relación con la planificación de la prestación del servicio de la asistencia sanitaria.

Con el fin de dar respuesta a estas demandas y a aliviar estas preocupaciones se ha aprobado muy recientemente la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, que va a comentarse más adelante.

2.- Los servicios sanitarios y la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior – Directiva Bolkestein -.

Los servicios sanitarios puedan ser definidos como servicios de interés general, máxime si dependen de un sistema de Seguridad Social público y obligatorio. La Propuesta inicial de esta Directiva pretendía que los servicios sanitarios fueran un servicio más dentro del gran mercado único de la UE; sin embargo, estos servicios quedaron definitiva y formalmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE y, por tanto, esta Directiva no liberalizó la prestación de servicios sanitarios transfronterizos y la misma no les es de aplicación.

La regulación de la asistencia sanitaria transfronteriza no se introdujo, pues, en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, pese al intento de la Comisión, porque el Consejo y el Parlamento europeos reclamaron la especificidad y particularidad de los servicios sanitarios transfronterizos por entender que se trata de servicios centrales de interés general y por la especialidad de su financiación – por lo común mediante recursos públicos -.

La propia Directiva de servicios en el mercado interior fue consciente de la necesidad de regular la cuestión de los servicios sanitarios transfronterizos y, en consecuencia, remitió a una futura Directiva específica la regulación de las prestaciones sanitarias transfronterizas. Esta Directiva anunciada es la que luego se analizará, la Directiva 2011/24/UE.

3.- Nuevas perspectivas. La Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

a) Introducción. Tramitación. Objetivos.

Anunciada, pues, por la Directiva 2006/123/CE una Directiva que regularía de manera específica las prestaciones sanitarias transfronterizas, el 2 de julio de 2008 se presentó una Propuesta de Directiva sobre los derechos de los pacientes en la atención sanitaria transfronteriza, Propuesta a la que siguió a un largo debate y una complicada tramitación en las instituciones comunitarias.

La necesidad de esta Directiva se constató ya en el año 2003, al solicitarse de la Comisión Europea que se abordara la cuestión de la mejora de la seguridad jurídica en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza, a la luz de la jurisprudencia comunitaria antes citada sobre el derecho de los pacientes a recibir tratamientos sanitarios en otro país europeo distinto del suyo.

En consecuencia, y dado que la Directiva 2006/123/CE no había regulado esta materia, se inició la tramitación de una Directiva propia para los servicios de atención sanitaria, al final de cuyo camino hemos llegado definitivamente el pasado 9 de marzo, al aprobarse por fin la Directiva 2011/24/UE.

El largo y complicado debate de esta Directiva permitió que se plasmaran y exteriorizaran muy diversos enfoques de la cuestión. Ahora, una vez que la Directiva ha visto la luz, se puede afirmar que en su espíritu hay una idea que ha triunfado: la de la protección de la garantía pública de la asistencia sanitaria transfronteriza, asumiendo el carácter de política pública del servicio sanitario en los Estados Miembros y asumiendo también los costes derivados de la extensión de estos servicios a beneficiarios no asegurados.

Esta Directiva ha tratado, pues, de responder a la línea que ya recogían los anteriormente citados Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en cuanto al derecho a una asistencia sanitaria planificada y también en cuanto a la no planificada – aunque excluyendo, eso sí, el llamado “turismo sanitario” -.

En definitiva, la Directiva ahora aprobada tenía como principal objetivo el de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria en el marco de la UE, lo que exigía dar seguridad a la asistencia sanitaria transfronteriza cuando ella se producía al margen de lo ya contemplado en los Reglamentos de coordinación, esto es, en los siguientes supuestos: asistencia sanitaria prestada fuera del ámbito previsto en los Reglamentos – no planificada, sin autorización previa o en circunstancias distintas de las reguladas – o así escogida por la persona paciente. Dicho de otra manera: el objetivo de esta Directiva es establecer normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura jurídicamente y con contenido de calidad y promover la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros y aclarar el marco jurídico en relación a la aplicación de los derechos de los pacientes.

Pero también había otros objetivos, como el de fomentar la cooperación europea en materia de asistencia sanitaria - mediante la creación de redes europeas de centros de referencia, la evaluación común de las nuevas tecnologías sanitarias, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para dispensar una asistencia sanitaria más eficaz (la llamada “salud electrónica”) o la

preparación de modelos de recetas médicas reconocibles y expedibles en cualquiera de los Estados Miembros -.

La Directiva ha optado por dejar fuera de su regulación otras cuestiones, en particular, la movilidad de los prestadores de los servicios sanitarios, que se remite a la regulación general sobre libertad de servicios y establecimiento – Directiva 2005/36/CE, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales -.

Hay que hacer notar que, como todas las Directivas de la UE, la que ahora comentamos también ha de ser incorporada o transpuesta al Derecho interno de cada Estado Miembro, lo que en el caso presente, habrá de ocurrir antes del 25 de octubre de 2013.

b) El derecho de los pacientes a una asistencia segura y de alta calidad.

Proclama el artículo 1 de la Directiva comentada que su objetivo es establecer normas para facilitar el acceso de los pacientes a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad, así como aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguro de enfermedad en los Reglamentos Comunitarios 883/2004 y 987/2009, con independencia de cómo se organice, se preste o se financie la asistencia sanitaria en cada Estado Miembro.

Conviene en este sentido aclarar que la Directiva no pretende modificar el sistema de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, ni derogar sus principios – particularmente el de igualdad de trato de los pacientes de los Estados miembros con los nacionales y residentes de un determinado Estado Miembro -, de manera que en nada afecta a los derechos inherentes al titular de la tarjeta sanitaria europea.

Ahora bien, el ámbito de la Directiva no es tan amplio como pudiera pensarse, sino que viene limitado por los Reglamentos de coordinación, en el sentido de que estos servicios no se pueden utilizar libremente por el paciente más allá de lo previsto en dichos Reglamentos en cualquier situación o ante cualquier clase de tratamiento. Idea que se halla plasmada en el artículo 1.3 y 4 de la Directiva, según el cual el sistema por ella regulado no se aplicará a los servicios encargados de cuidados de larga duración, o a la asignación de órganos y el acceso a los mismos con fines de transplante de órganos, o a la asistencia prestada por servicios sanitarios que no forman parte del sistema de Seguridad Social o de la sanidad pública. Esto hace dudar acerca de su posible extensión a los servicios realizados al paciente por prestadores privados ajenos a los sistemas nacionales de salud y significa un claro distanciamiento de los postulados de la libre prestación de servicios. Por otra parte, no debemos olvidar que, como hemos dicho más arriba, su objeto no es garantizar los derechos de los pacientes en cualquier situación y ante toda clase de asistencia sanitaria transfronteriza, sino en relación a la cubierta por los Reglamentos de coordinación.

Ámbito de aplicación personal: según el artículo 3. b) de la Directiva, las personas aseguradas son las contempladas en el Reglamento 883/2004 y en el Reglamento 859/2003 y en el Reglamento 1231/10, esto es: nacionales de los Estados Miembros, así como familiares y supérstites; apátridas y refugiados que tengan la consideración de asegurados en los respectivos Estados Miembros. Se aprecia que, en este terreno, la Directiva no procede a una ampliación del ámbito subjetivo ya fijado por los Reglamentos de coordinación.

Principios de determinación de la responsabilidad de los Estados Miembros por la asistencia sanitaria transfronteriza recibida por los pacientes: rige en la Directiva los siguientes principios:

- .- el principio de **aplicación de la legislación del Estado de tratamiento**, con respeto de la normativa comunitaria sobre seguridad y atendiendo a los principios de universalidad, equidad, solidaridad y acceso a una atención de calidad;
- .- el principio de **no discriminación por razón de nacionalidad** característico de la libre circulación de personas en la UE, aunque con una importante excepción, la de que el Estado de tratamiento pueda alegar “razones imperiosas de interés general” para adoptar medidas limitativas del acceso a ciertos tratamientos, de manera siempre justificada (principio de necesidad), proporcionada, y no discriminatoria, debiendo ser conocidas estas limitaciones públicamente y de antemano a la solicitud de tratamiento;
- .- el **principio de la información al paciente**, que se configura en la Directiva con una especial relevancia dentro del sistema que se pone en pie, como ahora se verá de manera particular.

4.- El derecho de los pacientes a la información.

También en este terreno, como en otros, la Directiva distribuye determinadas responsabilidades entre los Estados Miembros implicados en la cuestión, esto es, entre el Estado Miembro de afiliación de la persona que recibe la asistencia sanitaria y el Estado Miembro de tratamiento o prestador de dicha asistencia.

a) Derecho a la información respecto al Estado Miembro de tratamiento.

Según el artículo 4 de la Directiva, los pacientes tendrán respecto de este Estado los siguientes derechos:

- .- derecho a recibir del Punto Nacional de Contacto la información pertinente sobre las normas y directrices sobre calidad y seguridad establecidas por dicho Estado de tratamiento, incluyendo las disposiciones sobre supervisión y evaluación de los prestadores de asistencia sanitaria, información sobre cuáles de ellos están sometidos a las normas y directrices citadas, así como información sobre la accesibilidad de los hospitales para las personas con discapacidad. Todas estas informaciones deberá

recibir las en las mismas condiciones que las reciben los pacientes asegurados en el Estado de tratamiento, con el fin de que el paciente pueda realizar su opción con pleno conocimiento de causa;

.- derecho a recibir de los prestadores de asistencia sanitaria la información oportuna para ayudar a cada paciente a elegir con pleno conocimiento de causa, especialmente en lo que se refiere a las opciones de tratamiento, sobre la disponibilidad, la calidad y la seguridad de la asistencia que prestan en el Estado Miembro de tratamiento y que faciliten igualmente facturas claras e información clara sobre los precios, así como información sobre su situación respecto del registro o la autorización pertinente, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con su responsabilidad profesional:

.- derecho a que se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado Miembro de tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida;

.- derecho fundamental a la intimidad con respecto al tratamiento de los datos personales, que quedará protegido de conformidad con las medidas nacionales de aplicación de las disposiciones de la Unión relativas a la protección de los datos personales;

.- derecho a obtener en papel o en forma electrónica la historia clínica del tratamiento y, como mínimo, una copia del mismo, también de conformidad con las medidas nacionales de aplicación de las disposiciones de la Unión de protección de los datos personales.

b) Derecho a la información respecto al Estado Miembro de afiliación.

Según el artículo 5 de la Directiva, los pacientes tendrán respecto de este Estado los siguientes derechos:

.- derecho a la información sobre sus derechos en el Estado miembro de afiliación en relación con la recepción de asistencia sanitaria transfronteriza, en particular en lo que respecta a las condiciones de reembolso de los gastos y a los procedimientos para acceder a dichos derechos y para determinar cuáles son, así como para reclamar y pedir reparación, cuando el paciente considere que no se han respetado sus derechos. Se prevé en este apartado que esta información relativa a la asistencia sanitaria transfronteriza distinguirá claramente entre los derechos reconocidos a los pacientes en virtud de la Directiva y los derechos derivados del Reglamento 883/2004;

.- derecho de los pacientes que busquen o se sometan a asistencia sanitaria transfronteriza a tener acceso a su historial médico o dispongan como mínimo de una copia del mismo, de conformidad con las medidas nacionales de aplicación de las disposiciones de la Unión de protección de los datos personales.

c) Los llamados Puntos Nacionales de Contacto para la asistencia sanitaria transfronteriza.

Según lo antedicho, la persona paciente tendrá derecho a recabar determinada información tanto el Estado de tratamiento como del Estado de afiliación, para lo que se crean los llamados Puntos Nacionales de Contacto. Están previstos en el artículo 6 de la Directiva y regulados como sigue:

.- los PNC habrán de ser organizados por los Estados Miembros dentro del plazo de transposición o incorporación de la Directiva de referencia al Derecho interno de cada Estado, lo que, según el artículo 21 de la Directiva, será antes del 25 de octubre de 2013;

.- los Estados Miembros deberán establecer uno o varios PNC para la asistencia sanitaria transfronteriza y comunicarán sus nombres y datos de contacto a la Comisión, de tal manera que la Comisión y los Estados Miembros pondrán esta información a disposición del público. Por su parte, los Estados Miembros garantizarán que los PNC consulten a las organizaciones de pacientes, los prestadores de asistencia sanitaria y los organismos de seguros sanitarios;

.- los PNC facilitarán el intercambio de información, cooperarán estrechamente entre sí y facilitarán a los pacientes que lo soliciten los datos de contacto de los PNC de otros Estados Miembros;

.- los PNC del Estado Miembro de tratamiento facilitarán a los pacientes información relativa a los prestadores de asistencia sanitaria, incluyendo, si la solicitan, información sobre el derecho de un prestador específico a prestar asistencia sanitaria y de las posibles restricciones en su práctica, así como información sobre las disposiciones sobre supervisión y evaluación de los prestadores de asistencia sanitaria, información sobre cuáles de ellos están sometidos a las normas y directrices citadas, así como información sobre la accesibilidad de los hospitales para las personas con discapacidad, e información sobre los derechos de los pacientes y los procedimientos para presentar reclamaciones y mecanismos para pedir reparación de conformidad con la legislación de dicho Estado Miembro, y toda la información sobre las opciones jurídicas y administrativas para la resolución de litigios;

.- los PNC del Estado de afiliación facilitarán a los pacientes y a los profesionales de la asistencia sanitaria la información relativa a las condiciones de reembolso de los gastos y a los procedimientos para acceder a dichos derechos y para determinar cuáles son, así como para reclamar y pedir reparación, cuando el paciente considere que no se han respetado sus derechos. Se prevé en este apartado que esta información relativa a la asistencia sanitaria transfronteriza distinguirá claramente entre los derechos reconocidos a los pacientes en virtud de la Directiva y los derechos derivados del Reglamento 883/2004;

.- la información antedicha deberá ser fácilmente accesible y estar disponible por medios electrónicos y en formatos accesibles a las personas con discapacidad, en su caso.

d) Los Puntos Nacionales de Contacto en el Estado Español.

La Directiva prevé la creación, por lo menos, de un PNC de carácter central.

Ahora bien, en sistema nacional de salud es lógicamente necesario que se planteen otros PNC, por lo menos uno por cada Servicio de Salud de CCAA. Por ejemplo, el paciente podrá solicitar la información pertinente sobre la normativa de referencia, o a obtener en papel o en formato electrónico el historial clínico del tratamiento una vez realizado éste.

e) Plazo para suministrar la información.

La Propuesta de Directiva del año 2008 contemplaba la fijación de un límite al tiempo para proporcionar la información referida, lo que se situaba en 15 días, como plazo razonable para tal fin. Sin embargo, el texto definitivo de la Directiva no recoge semejante previsión, algo que puede generar problemas, sobre todo cuando la rapidez de la tramitación es esencial, dependiendo de la situación clínica del paciente, en los casos de pacientes en lista de espera en el momento que un exceso de demora puede provocar consecuencias irreversibles para la salud.

f) El derecho al reembolso. Condiciones y límites.

La Propuesta de Directiva del año 2008 generó grandes expectativas y levantó ríos de tinta. Se creía entonces que su aprobación permitiría a los pacientes acceder a cualquier tipo de asistencia sanitaria (hospitalaria y no hospitalaria) en un Estado Miembro, en términos similares a la que hubiesen tenido acceso en el Estado miembro de afiliación, siempre que el tratamiento en cuestión estuviera entre las prestaciones contempladas en su cartera de servicios, como cualquier otra persona asegurada.

La Directiva aprobada recoge esta cuestión en su **artículo 7**.

Parte de la declaración de que el Estado de afiliación garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia figure entre las prestaciones en especie a que el asegurado tiene derecho en el Estado de afiliación.

Ahora bien, el Estado de afiliación “podrá” establecer un sistema de autorización previa mediante procedimientos basados en criterios objetivos y no discriminatorios, necesarios y conocidos de antemano y en plazos razonables, pero que no se especifican en la Directiva.

En consecuencia, si un Estado Miembro no incluye en su cartera de servicios sanitarios un determinado tratamiento, la Directiva no crea ningún nuevo derecho a que sea costeadada esa prestación ofrecida en el extranjero, ni a ser reembolsados por ella. Tampoco afecta la Directiva a la exigencia prevista en la regulación sanitaria interna de un determinado Estado Miembro a condicionar el acceso al tratamiento

por médico especialista a la previa consulta del médico generalista asignado, siempre que eso mismo sea exigido a nivel interno para el mismo tipo de tratamiento.

Con estos límites, se reconoce el derecho del paciente a ser reembolsado por el Estado de afiliación, o en su caso, a que sean abonados esos gastos directamente por el sistema de Seguridad Social, tal y como ahora se prevé expresamente.

Sobre la cuantía del reembolso existe un límite general, será el establecido o que habría correspondido asumir a dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, y otro segundo límite, siempre que ésta no sea superior al coste real de la asistencia efectivamente prestada. De esta manera se está implícitamente reconociendo que la Directiva no impide que el paciente tenga que asumir el riesgo de financiar con cargo a sus propios recursos el sobrecoste producido por esa atención sanitaria transfronteriza cuando ésta resulte superior al coste calculado por el Estado de afiliación, o en función del coste que esté establecido pueda asumir el Estado de afiliación. Resultado que no favorece la igualdad de la ciudadanía, puesto que ello puede resultar disuasorio respecto de quienes carezcan de los recursos económicos suficientes.

Por otra parte, con base en el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad la Directiva no afecta a la competencia de los Estados miembros en materia de organización, financiación y prestación de servicios. En consecuencia, corresponde al Estado Miembro de afiliación — ya sea a nivel local, regional o nacional — determinar el grado de asunción de gastos a los que eventualmente tendrá derecho el asegurado por la asistencia recibida en otro Estado miembro. Ello significa, por un lado, reconocer la facultad de los Estados Miembros de definir las prestaciones de asistencia sanitaria que configura la cartera de servicios del sistema sanitario como límite efectivo al grado de asunción de costes por éstos por la asistencia sanitaria transfronteriza realizada a sus asegurados, así como la posibilidad de calcular la cantidad a reembolsar por cada tratamiento, aunque en este caso se exige utilizar un procedimiento transparente, basado en criterios objetivos, no discriminatorios, conocidos de antemano y aplicados en el nivel administrativo pertinente (local, regional o nacional), con lo que implícitamente la Directiva no está prohibiendo, más bien al contrario, anima a que estas decisiones sobre el cálculo de la cantidad a reembolsar se determinen descentralizadamente en nuestro país, al nivel de cada CCAA.

Ello no obstante, los Estados miembros de afiliación también “podrán” —si así lo establecen en sus normas internas— reembolsar el coste total de la asistencia sanitaria transfronteriza, aun y cuando fuera superior a los límites impuestos a la asunción de su coste si la intervención se hubiese producido en su propio territorio.

Igualmente el Estado de afiliación “podrá”, si así lo establece en su normativa nacional, decidir reembolsar otros costes conexos a la asistencia sanitaria propiamente dicha (como alojamiento y viaje), que en principio no están comprendidos dentro del derecho del paciente al reembolso de los gastos.

Resumiendo: la regulación de la Directiva resulta mucho más limitativa — al menos potencialmente limitativa — que la consagrada por la jurisprudencia comunitaria desarrollada a partir del antiguo

artículo 22 del Reglamento 1408/71, la cual ya había establecido dos límites claros al reembolso de gastos por la asistencia sanitaria transfronteriza. El primero, que los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados por el Estado de afiliación con el límite del coste evaluado en el caso de que tal asistencia se hubiese producido en su territorio. Segundo límite, el reembolso no debe exceder en ningún caso el coste real del tratamiento prestado. Yendo más lejos de lo acaecido hasta el presente en la práctica, en un intento, que presumiblemente será inútil, de constreñir la doctrina judicial comunitaria sobre la libre prestación de servicios de asistencia sanitaria, la Directiva configura una noción limitativa del derecho al reembolso que, en principio, a juicio del legislador comunitario, no constituiría un obstáculo a la libre circulación de pacientes, porque entiende que se recoge debidamente la doctrina judicial, según la cual no lo constituye aquél límite al reembolso que “se justifique de forma objetiva por necesidades de programación con objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro interesado, o el deseo de controlar los costes y evitar en la medida de lo posible cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos” (Art.7,7.º in fine, repetido a su vez por el art.7,9.º a la hora de intentar acotar la noción de “razones imperiosas de interés general”).

También el artículo 7. 11 intenta a su vez limitar el alcance de esta vía abierta a la utilización por los EEMM de limitaciones de los reembolsos justificadas por “razones imperiosas de interés general”, buscando su objetivación mediante una nueva alusión, posiblemente innecesaria, a los principios que tradicionalmente utiliza la jurisprudencia comunitaria en torno a las libertades comunitarias: necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Principios que informarán igualmente la forma restrictiva con la que se juzgará el muy previsible establecimiento por los sistemas nacionales de salud de un procedimiento de autorización administrativa previa (art.8, 1.º).

IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES.

Se puede avanzar ya que la Directiva 2011/24/UE ha generado entre quienes conocen el tema una cierta decepción respecto de las expectativas generadas por la propuesta de 2008.

Decepción que se produce por los siguientes elementos:

.- la Directiva no sólo no aclara sino que, en cierta medida, aún aumenta la complejidad de las respuestas a las distintas situaciones de los pacientes, al introducir nuevos equilibrios entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de personas, sin que se haya resuelto de manera eficaz el problema esencial, que no es otro que el de la garantía pública de los costes económicos de esta decisión de recibir asistencia sanitaria transfronteriza, sobre todo si el paciente carece de medios económicos suficientes;

.- se abre por la Directiva la posibilidad de que los Estados Miembros aprueben listas de tratamientos que exigen la autorización previa, lo que va en la línea opuesta a la libre prestación de asistencia sanitaria transfronteriza;



EGOITZA: KURSAAL KONGRESU JAUREGIA
SEDE: PALACIO DE CONGRESOS KURSAAL
2011ko ekainak 9, 10, 11
9, 10, 11 de junio 2011

.- la necesaria información y transparencia respecto a quienes precisan de asistencia sanitaria no queda, por el momento, en modo alguno satisfecha por nuestro sistema de salud, en el que toda esta información es prácticamente inexistente, siendo de esperar que la obligada instalación de Puntos Nacionales de Contacto para facilitar esta información facilite el acceso a ese conocimiento informado antes de proceder a solicitar la asistencia sanitaria transnacional;

.- no es fácil adivinar qué vayan a hacer los Estados Miembros a la hora de la transposición de esta Directiva, pero hay quien ha avanzado ya que podrían impulsar iniciativas más realistas y útiles para determinados pacientes al menos: se sugiere la organización de una especie de zonas hospitalarias transfronterizas a través de técnicas específicas como las AECT (Agrupación Europea de Cooperación Territorial), habida cuenta de que el artículo 10,2.º y 3.º de la Directiva apela a los Estados Miembros para facilitar la colaboración en la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza en los niveles local y regional, en particular entre países vecinos en regiones fronterizas, aspecto éste de la Directiva que puede tener una gran virtualidad, particularmente en nuestro caso.

DONOSTIA, A 10 DE JUNIO DE 2011.

GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR.

PRESIDENTA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DEL PAÍS VASCO.

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UPV/EHU.