

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA DISPENSADA EN ESTADO MIEMBRO DISTINTO AL ESTADO COMPETENTE.

Una revisión de la última jurisprudencia comunitaria y el grado de adecuación de la normativa española

SCOPE OF THE REIMBURSEMENT OF MEDICAL EXPENSES IN CASE OF HEALTH CARE PROVIDED IN A MEMBER STATE OTHER THAN THE COMPETENT STATE.

A review of the latest community jurisprudence and the degree of adequacy of the Spanish regulations

Arantzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Jaume I-Castell

arantzazu.vicente@uji.es ORCID [0000-0002-6559-4386](https://orcid.org/0000-0002-6559-4386)

Recepción de trabajo: 22-05-2022 - Aceptación: 06-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 101-120

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. PROBLEMAS SUSCITADOS: ANTECEDENTES FÁCTICOS. ■ 3. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE ■ 4. NORMATIVAS NACIONALES CUESTIONADAS. 4.1. Hungría. 4.2. Rumanía. ■ 5. CUESTIONES PREJUDICIALES. ■ 6. DECISIONES Y FALLOS. ■ 7. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA SEGÚN LOS DATOS: ALGUNAS CONCLUSIONES. ■ 8. EPÍLOGO: UN BOSQUEJO DE LA REGULACIÓN DE LA “ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA” EN ESPAÑA (EX DIR. 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO) Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

RESUMEN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado en dos sentencias recientes el alcance del derecho del paciente al reembolso de los gastos médicos en los supuestos de asistencia sanitaria. Se analiza el contenido y alcance de estos fallos judiciales, el ajuste de la regulación española a esta jurisprudencia y se contextualiza con algunos datos la realidad de la asistencia sanitaria transfronteriza llevada a cabo en el marco de la Dir. 2011/24/UE.

PALABRAS CLAVE: asistencia sanitaria transfronteriza, Reglamento 883/2004/CE, Directiva 2011/24/UE, Reembolso de gastos, Libre prestación de servicios, Libertad de circulación.

ABSTRACT

In two recent rulings, the Court of Justice of the European Union has addressed the scope of the patient's right to reimbursement of medical expenses in cases of healthcare. The content and scope of these judicial rulings are analyzed, as well as the adjustment of the Spanish regulation to this jurisprudence and the reality of cross-border healthcare carried out within the framework of Dir. 2011/24/EU is contextualized with some data.

KEYWORDS: cross-border healthcare, Community Jurisprudence, Regulation 883/2004/CE, Directive 2011/24/EU, Reimbursement, Free provision of services, Freedom of movement.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el alcance de las normas comunitarias de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Tanto es así que el actual Reglamento 883/2004/CE debe mucho al papel hermenéutico de la jurisprudencia comunitaria construida alrededor de su antecesor: el Reglamento 1401/72/CEE. Esta afirmación también es válida predicada de la asistencia sanitaria comprendida en el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria: los Asuntos *Vanbraekel y otros* (STJUE de 12-7-2001; C-368/98); *Smits y Peerbooms* (STSJ de 12-7-2001; C-157/99); *Keller* (STJUE de 12-4-2005; C-145/2003); *Müller-Fauré y Van Riet* (STJUE de 13-5-2003; C385/99); *Watts* (STJUE de 16-5-2006; C-372/2004); *Stamatelaki* (STJUE de 19-4-2007; C-444/2005); *Elchinov* (STJUE de 5-10-2010; C-173/2009); y *Petru* (STJUE de 9-10-2014; C-268/13) han conformado un importante bloque de doctrina sobre la asistencia sanitaria programada regulada en la normativa de coordinación. Especial referencia merecen dos pronunciamientos del TJUE: la STJUE de 28-4-1998 (*Asunto Kohll*; C-148/96) y la STJUE de 28-4-1998 (*Asunto Decker*; C-120/95) en las que el TJUE estableció por vez primera la necesidad de que el Regl. 1401/72/CEE fuera interpretado a la luz de los principios y derechos fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentran la libre prestación de servicios (actualmente, art. 56 TFUE) (*Asunto Kohll*) y la libre circulación de mercancías (actualmente, art. 28 TFUE) (*Asunto Decker*).

Por otra parte, y en marco del proceso de liberalización de servicios iniciado por la Directiva 123/2006/CE (*Directiva Bolkestein*) se adoptó la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo por la que se regula la asistencia sanitaria transfronteriza. Entre ambas regulaciones existen convergencias y divergencias, de tal forma que hay un margen de opción para que el solicitante se ampare en uno u otro sistema, siempre que se cumplan los requisitos exigibles en ambos casos, entre los que figura la necesidad de solicitar una autorización previa al Estado de residencia del asegurado, bien para recibir la asistencia sanitaria bien, en su caso, para obtener el reembolso de los gastos. Puesto que el sistema previsto en el Regl. 883/2004 es más beneficioso pues comprende el reembolso íntegro de los gastos y conforme a las tarifas del Estado que dispensa la asistencia sanitaria, la regla general es la aplicación prioritaria de este, salvo que el asegurado opte expresamente por la aplicación del régimen jurídico de la Directiva.

Con todo, el régimen de autorización previa en el ámbito de la Dir. 2011/21/UE tiene, en principio, un alcance diferente al previsto en el Regl. 883/2004: mientras en este último es requisito imprescindible sea cual sea la asistencia sanitaria solicitada, en la Dir. 2011/21/UE se configura como una excepción a la regla general de libre prestación de servicios. Esto implica que el establecimiento de una autorización previa es una decisión que compete a los Estados miembros (en la normativa nacional de trasposición) pero solo puede establecerse para unos tratamientos limitados: los que exijan atención hospitalaria y aquella asistencia que requiera equipos o infraestructuras médicas muy especializadas y costosas y siempre que sea necesario y proporcionado al objetivo que se persigue y no incurra en discriminación, arbitrariedad ni constituya un obstáculo injustificado a la libre

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

circulación de pacientes. En la actualidad, siete Estados del Espacio Schengen (Estonia, Finlandia, Lituania, Noruega, Países Bajos, República Checa y Suecia) han preferido no exigir esta autorización previa para la asistencia sanitaria transfronteriza prevista en la Dir. 2011/54/UE.

Dos sentencias recientes del TJUE han abordado nuevamente el requisito de la autorización previa como condicionante del derecho al reembolso de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria intracomunitaria (tanto en el Regl. 883/2004/CE como en la Dir. 2011/24/UE): la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhivatal*, C-777/18) y la más reciente STJUE de 6-10-2021 (Asunto ZY; C-538/19).

La primera resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo y de lo Social de Szombathely, Hungría. La cuestión principal es si el Sr. WO tiene derecho al reembolso de los gastos médicos derivados de una operación realizada en una clínica privada de Alemania a la que el citado Sr. WO se trasladó, inicialmente, con la finalidad de someterse a un reconocimiento médico y donde fue operado, por razones de urgencia, el día siguiente de dicho reconocimiento. La Administración húngara le denegó el reembolso de los gastos médico (en instancia y tras recurso administrativo) por considerarlo un “tratamiento programado” a los efectos de la aplicación del Regl. 883/2004 para el que el Sr. WO no había obtenido la autorización pertinente (tal y como exige su art. 20 Regl. 883/2004). En el procedimiento prejudicial, el Tribunal Contencioso y Social de Szombathely cuestiona la adecuación al Regl. 883/2004/CE de la normativa húngara relativa al reembolso de gastos atendiendo a la doctrina de la STJUE de 5-10-2010 (Asunto *Elchinov*; C-173/09) según la cual el art. 56 TFUE y el Regl. 883/2004/CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye del reembolso, en todo caso, la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro cuando no se ha obtenido la autorización previa, sin contemplar la posibilidad de conceder la autorización a posteriori, ni siquiera en casos de urgencia. El tribunal remitente también cuestiona su adecuación a la Dir. 2011/24/UE, que permite que los Estados miembros puedan condicionar la asistencia sanitaria transfronteriza a una autorización previa siempre que sea necesaria y proporcional y no constituya un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes (art. 8.1), principios que también deben respetarse en los procedimientos administrativos de reembolso de gastos (art. 9.1) considerando, concretamente, que el procedimiento de autorización administrativa debe tener una duración razonable (art. 9.3)

Por su parte, la segunda resuelve cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Constanza (Rumanía). El centro nuclear de esta cuestión prejudicial es, en última instancia, el derecho que asiste al beneficiario a obtener el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento médico recibido en una clínica privada de Austria cuando decide no aceptar el tratamiento recetado por la sanidad pública rumana, más invasivo y generador de importantes secuelas (discapacidad), no generadas por el primero. Como ya se ha señalado, en el sistema configurado por el Reglamento 883/2004, el Estado competente debe asumir íntegramente los gastos de la asistencia sanitaria prestada por el Estado dispensador aplicando las tarifas de este último, siempre y cuando se haya cumplido con los requisitos que dispone dicho Reglamento y, en tanto se ajusten a este, la normativa nacional. Además, en el caso de que haya sido el beneficiario quien haya asumido directamente el gasto, el Estado competente debe reembolsarle los gastos asumidos en los términos señalados. Por

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

el contrario, el sistema configurado por la Directiva 2011/24/UE se articula directamente mediante el reembolso al paciente de los gastos “hasta el límite de la cuantía que habría asumido el Estado de afiliación si la asistencia se hubiera prestado por dicho Estado” y aplicando las tarifas del Estado de afiliación. Además, en el marco del Reglamento 883/2004, la asistencia sanitaria debe dispensarse, en todo caso, “de conformidad con la normativa del Estado de tratamiento” es decir, debe estar incluida y dispensada por el sistema de seguridad social del Estado de tratamiento, mientras que la asistencia sanitaria amparada en la Directiva 2011/24/UE puede ser dispensada por cualquier prestador de servicios sanitarios, público o privado. En ambos casos es imprescindible que esta asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a las que el asegurado tenga derecho en el Estado de afiliación.

En los asuntos examinados, los tratamientos médicos son dispensados por clínicas privadas, aunque en Estados miembros diferentes (Alemania y Austria, respectivamente) y, sin embargo, en el primer caso se atiende a ambas normas comunitarias y en el segundo, el conflicto se circunscribe al Regl. 883/2004/CE. En la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhivatal, C-777/18*) el Tribunal de Justicia distingue expresamente entre la regulación del reembolso de gastos prevista en la norma de coordinación (art. 20 Regl. 883/2004) y el ámbito de aplicación del art. 56 TFUE “en condiciones de cobertura y reembolso diferentes de las que establecen el art. 20 Regl. 883/2004 y art. 26 Regl. 987/2009) opciones de las que el interesado puede disponer “paralelamente” (considerando 33). Más claramente señala su considerando 37: “(...) para que el litigio principal pueda estar comprendido en el ámbito de aplicación del Regl. 883/2004 y del Regl. 987/2009, el tratamiento médico de que se trata en dicho litigio debería haber sido dispensado a WO por parte del proveedor privado del Estado miembro al que el interesado se desplazó para recibirlo, con arreglo a la legislación de seguridad social de dicho Estado miembro, extremo que corresponde comprobar al Tribunal remitente. De no ser así, las cuestiones prejudiciales (...) deberán examinarse exclusivamente a la luz del art. 56 TFUE y de la Directiva 2011/24/UE. Por su parte, en la STJUE de 6-10-2021 (Asunto *ZY, C-538/19*) el Tribunal aborda el conflicto exclusivamente desde la perspectiva del Regl. 883/2004/CE en el que el tratamiento médico debe dispensarse con arreglo a la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que ha sido recibido. Por tanto, la prestación de la asistencia sanitaria por entidades sanitarias privadas no queda necesariamente excluida del ámbito del Regl. 883/2004/CE si esta posibilidad está contemplada por la seguridad social del Estado dispensador como asistencia sanitaria del sistema de seguridad social de sus propios residentes. Un estudio superficial permite concluir que, efectivamente, el sistema sanitario austriaco contempla la posibilidad de que la protección frente a la enfermedad de sus “beneficiarios” se dispense a través de hospitales públicos o privados, lo que permite comprender los términos en los que se desarrolla la argumentación jurídica de la STJUE de 6-10-2021, centrada exclusivamente en el Regl. 883/2004. Como ya se ha apuntado *supra*, el TJUE declaró ya en 1998 la necesidad de interpretar las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social a la luz del (actual) art. 56 TFUE (libre prestación de servicios). Hay que recordar que el 1-1-1993 se puso en marcha el mercado único interior (y el 1-1-1994 el Espacio Económico Europeo) lo que llevó al Tribunal comunitario a considerar, también, la asistencia sanitaria como un servicio comprendido en el ámbito del principio de libertad de prestación de servicios.

2. PROBLEMAS SUSCITADOS: ANTECEDENTES FÁCTICOS

El Sr. WO, de nacionalidad húngara y residente en Hungría, perdió la visión del ojo izquierdo a causa de un desprendimiento de retina (1987). En 2015 se le diagnosticó un glaucoma en el ojo derecho, con rápida reducción del campo visual y elevada y sostenida tensión intraocular, sin que el tratamiento recibido en Hungría frenara el avance de la enfermedad y la progresiva pérdida de visión. El 29 de septiembre de 2016 concertó cita para un reconocimiento médico con un facultativo ejerciente en una clínica privada de Alemania; la cita quedó establecida para el 16-10-2015. El día 15-10-2015, antes de su desplazamiento a Alemania, se realizó en Hungría un nuevo reconocimiento médico presentando una tasa de tensión intraocular muy superior a la considerada normal. El día siguiente del reconocimiento médico realizado en Alemania, el Sr. WO fue operado en la misma clínica por razones de urgencia. La administración húngara le denegó el reintegro de gastos porque consideró que el Sr. WO debería haber solicitado, tal y como exige el Regl. 883/2004/UE, la autorización previa al tratarse de una “asistencia sanitaria programada”. La cuestión prejudicial se presentó por el Tribunal húngaro de primera instancia.

Por su parte, el Sr. ZY, de nacional y residente en Rumanía, fue diagnosticado de cáncer de lengua (28-3-2013). La prescripción médica recomendada en Rumanía consistía en una urgente intervención quirúrgica para la ablación de dos tercios de la lengua. Esta operación le privaría del habla. El Sr. ZY se desplazó en abril 2013 a Austria, para solicitar una segunda opinión médica. El diagnóstico fue confirmado pero no así el tratamiento; se recomendaba combinación de radioterapia, quimioterapia e inmunoterapia, tributarios de hospitalización en la citada clínica. El tratamiento prescrito se consideraba tan eficaz como la intervención quirúrgica con la ventaja de no provocar la discapacidad del paciente.

El Sr. ZY se reunió con la institución competente para solicitar el formulario E112 (actualmente, S2). La institución competente le informó que si se desplazaba a Austria para recibir la asistencia sanitaria sin haber obtenido la autorización previa no sería de aplicación el Reglamento 883/2004 (y por tanto, el reintegro íntegro de los gastos conforme a las tarifas austriacas) sino la Orden 729/2009 (art. 8), que dispone que los gastos se abonan conforme a las tarifas rumanas y hasta el límite de lo que hubiera costado el tratamiento de ser prestado en Rumanía. Según la normativa rumana, la autorización previa solo puede obtenerse si el médico indicado por la institución competente ha realizado la recomendación de ese tratamiento, lo que no ocurría en este caso. No obstante, se sugirió al Sr. ZY que presentara un dictamen médico referido a la imposibilidad de recibir tratamiento en Rumanía. El Sr. ZY no presentó este dictamen en ningún momento.

Entre los meses de abril 2013 y abril 2014 el Sr. ZY recibió asistencia sanitaria en dos clínicas austriacas y solicitó de su institución competente el reembolso de los gastos. La institución reembolsó a los herederos de ZY una cantidad calculada conforme a la Orden 729/2009 (art. 8), es decir, aplicando los baremos del régimen público del seguro de enfermedad rumano. Disconformes con la decisión, los herederos solicitaron el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento recibido por ZY en las clínicas austriacas, invocando la aplicación del Reglamento 883/2004. El Tribunal de Primera Instancia competente desestimó la pretensión por considerar que la falta de autorización previa

excluía la aplicación de los gastos conforme al Reglamento 883/2004. Interpuesto recurso de apelación por los herederos, el Tribunal Superior de Constanza (Rumanía) plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE

Ya se ha señalado supra que la asistencia sanitaria transfronteriza se regula por el Reglamento 883/2004/UE y por la Directiva 2011/24/UE y se han apuntado brevemente sus semejanzas y diferencias.

El Reglamento 883/2004/UE es una norma directamente aplicable, dada su tipología, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar las disposiciones precisas para su desarrollo.

Su art. 20 dispone:

1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir prestaciones en especie durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente.

2. La persona asegurada autorizada (...) se beneficiará de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

(...)

Además, el Reglamento 987/2009, del Parlamento y del Consejo, de 16 de septiembre dispone (art. 26.4):

“Durante todo el procedimiento de autorización, la institución competente conservará la facultad de someter a la persona asegurada a un reconocimiento por un médico elegida por ella en el Estado miembro de estancia o de residencia”.

Por su parte, la Directiva 2011/24/UE (cuyo amparo de Derecho originario se encuentra en el art. 56 TFUE) dispone:

Artículo 7:

1. El Estado miembro de afiliación garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. (...)

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

3. *Corresponde al Estado miembro de afiliación (...) determinar la asistencia sanitaria a la asunción de cuyos gastos tiene derecho un asegurado, así como el nivel de asunción de dichos gastos, con independencia de donde se preste la asistencia sanitaria.*

4. *Los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados o abonados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. (...)*

8. *El Estado miembro de afiliación no supeditará el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza a autorización previa, salvo en los casos establecidos en el artículo 8.*

9. *El Estado miembro de afiliación podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos.*

Artículo 8:

1. *El sistema de autorización previa, incluidos los criterios y la aplicación de los mismos, así como las decisiones individuales de denegación de la autorización previa, se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado al objetivo que se pretende, y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes.*

2. *La asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa se limitará a aquella que:*

a) requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y (...)

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, letras a) a c), el Estado miembro de afiliación no podrá denegar una autorización previa cuando el paciente tenga derecho a la asistencia sanitaria de que se trate (...) y cuando esa asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo que esté médicamente justificado, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad, el grado de dolor que padezca o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada o renovada.*

6. *El Estado miembro de afiliación podrá denegar una autorización previa por las razones siguientes:*

d) cuando la atención sanitaria pueda prestarse en su territorio en un plazo que sea médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la posible evolución de su enfermedad.

4. NORMATIVAS NACIONALES CUESTIONADAS

Como ya se ha señalado, en el procedimiento prejudicial resuelto por la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhivatal, C-777/18*) se aborda la cuestión desde ambas normas comunitarias; mientras que el Tribunal rumano (Asunto ZY, C-538/19) centra la cuestión exclusivamente en la adecuación de la regulación rumana al Regl. 883/2004/CE lo que no impide que el Tribunal de Justicia transcriba la norma rumana que, aparentemente, constituye la norma nacional de desarrollo de la Directiva 2011/ 24/UE, pese a que su fecha sea anterior (se trata de la norma que establece las normas de reembolso y de reintegro de gastos de la asistencia sanitaria prestada con arreglo a los instrumentos internacionales en materia sanitaria en los que Rumanía es parte).

4.1. Hungría

La normativa nacional aplicable en el supuesto controvertido son: la Ley LXXXIII de 1997, relativa a las prestaciones del Seguro de Enfermedad obligatorio¹ (especialmente su art. 27.6) y Decreto gubernamental 340/2013 (IX.25.) relativo al Régimen de la Asistencia Sanitaria en el Extranjero².

La primera norma se refiere expresamente al derecho del asegurado que recurra a la asistencia sanitaria transfronteriza a percibir dicha asistencia con los mismos derechos que si la recibiera de los servicios sanitarios húngaros en situaciones análogas. También consagra el reembolso del coste real de la prestación con el límite del precio de la asistencia sanitaria prestada por un proveedor financiado con fondos públicos en Hungría y en la fecha del tratamiento. Además, es necesaria la autorización previa para la asistencia sanitaria transfronteriza y, para el reembolso de gastos, se exige un documento a la prestación emitido de conformidad con la normativa vigente

Por su parte, el Decreto gubernamental 340/2013 contempla las siguientes cuestiones relevantes:

- Consagra una triple vía para el acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza (art. 2.1): a) derivada de las normas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea; b) derivada de la asistencia sanitaria transfronteriza prevista en la Ley anteriormente citada; c) por razones de equidad (previstas art. 9 y 28 LSE antes citada).
- Se exige la autorización previa del Fondo Nacional del Seguro de Enfermedad los supuestos a) y c) anteriores y, en el caso de la asistencia sanitaria transfronteriza del supuesto b) para las prestaciones previstas en el Anexo. No se exige, por tanto, para todas las prestaciones —como en los supuestos comprendidos en el ámbito de la normativa de coordinación— sino exclusivamente para determinadas prestaciones tasadas (art. 3.1). El citado Anexo contempla

1 1997. évi LXXXIII törvény a Kötelező egészségbiztosítás ellátásáról.

2 Külföldön történő gyógykezelések részletes szabályairól szóló 340/2013 (IX.25.) Korm. Rendelet.

todas las prestaciones que precisen hospitalización y determinados procedimientos o intervenciones quirúrgicas (previstos en una norma ad hoc) de alto coste, poco extendidos a escala nacional, y con expresa excepción de la asistencia referida al trasplante de órganos.

- En relación al procedimiento para la emisión de la citada autorización (art. 5), se dispone un plazo máximo de 8 días para que el Fondo examina si la prestación solicitada está reconocida y sufragada por el seguro de enfermedad. En caso afirmativo, el Fondo cuenta con un plazo adicional de 15 días para valor si dicha asistencia sanitaria puede ser dispensada en un plazo justificable desde el punto de vista médico por un prestador financiado con fondos públicos. En caso de que exista esta posibilidad, el Fondo debe denegar la asistencia sanitaria transfronteriza y debe proponer el proveedor de dicha asistencia sanitaria.
- Pese a lo anterior, el beneficiario puede percibir la asistencia sanitaria en el extranjero: a) si el prestador de servicios no está comprendido en el ámbito de la normativa comunitaria de coordinación (Regl. 883/2004); b) por cualquier otra razón no prevista en los reglamentos de la UE; o c) *“solicite una autorización que solo le confiera el derecho a recibir asistencia sanitaria, sin precisar al prestador de asistencia sanitaria, cuestión que debe especificar en su solicitud”* (art. 71)

4.2. Rumanía

Por lo que se refiere al derecho rumano, es el Anexo de la Orden n° 592/2008, del Presidente de la Tesorería Nacional de la Seguridad Social el que dispone las normas de utilización de los formularios expedidos conforme al Reglamento 1408/1971 y normas complementarias (en la actualidad, Reglamento 883/2004). Por su parte, la Orden n° 729/2009, de 17 de junio del Presidente de la Tesorería Nacional de la Seguridad Social establece normas de reembolso y de reintegro de gastos de asistencia sanitaria prestada con arreglo a los instrumentos internacionales en los que Rumanía es parte; en atención a su contenido cabe presumir que opera en la actualidad también como norma nacional de aplicación de la Directiva 2011/24/UE.

La citada normativa reitera el contenido del R.883/2004 en relación a la operatividad del formulario E112 como requisito para que los trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia y sus familiares reciban la autorización para desplazarse a otro Estado de la Unión para recibir asistencia sanitaria (art. 40.1.b) O.592/2008) y recoge literalmente la imposibilidad de que la institución competente pueda negar su expedición cuando la asistencia sanitaria solicitada figure entre las previstas en el Estado Miembro de residencia del asegurado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicha asistencia no pueda serle dispensada en el Estado miembro de residencia dentro del plazo habitualmente necesario para obtener el tratamiento de que se trate. En la solicitud debe adjuntarse el historial médico incluyendo un informe clínico del que se deriva el diagnóstico y la recomendación médica de dicho tratamiento (art. 45.1.b), informe clínico que debe elaborarse por un médico de un hospital clínico universitario (en algunos casos, regional). Con carácter general se exige la expedición del formulario E112 previamente al desplazamiento del beneficiario, aunque admite la posibilidad de su expedición posterior en caso de

fuerza mayor (justificada por la Tesorería General), aunque la condiciona a que no se hubiera abonado el precio de los servicios médicos. La falta de autorización determina la obligación del asegurado de abonar la prestación recibida, y se reconoce el derecho al reembolso de gastos a solicitud del asegurado y sus familiares si la asistencia sanitaria recibida en un Estado miembro forma parte de la cartera de servicios básicos y siempre de acuerdo con los baremos establecidos en Rumanía.

5. CUESTIONES PREJUDICIALES

Ya se ha apuntado en el epígrafe anterior que, pese a que ambos procedimientos judiciales versan sobre la autorización previa como requisito que puede condicionar el derecho a la asistencia sanitaria intracomunitaria, en las cuestiones prejudiciales resueltas por la STJUE de 23-9-2020 se analiza el alcance de esta autorización en el marco del Reglamento 883/2004/CE y también de la Directiva 2011/24/UE mientras que en las cuestiones prejudiciales que dan lugar a la STJUE de 16-10-2021 no hay referencia alguna a la Directiva 2011/24/UE pese a que la asistencia sanitaria fue dispensada por clínicas privadas y el reembolso de los gastos se calculó conforme a las tarifas del país de afiliación del Sr. ZY, circunstancias que remiten a la Dir. 2011/24/UE.

Las cuestiones prejudiciales que plantea el **Tribunal húngaro** son las siguientes:

- a. ¿Constituye una restricción contraria al art. 56 TJUE una normativa nacional que, en relación con el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza, excluye la posibilidad de una autorización a posteriori de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro sin autorización previa, incluso cuando existe un riesgo real de deterioro irreversible de la salud del paciente?
- b. ¿Es compatible con el principio de necesidad y proporcionalidad (art. 8.1 Dir. 2011/24/UE) y con el principio de libre circulación, la regulación nacional que excluye la posibilidad de autorización a posteriori, incluso en los casos de riesgo real de deterioro irreversible de la salud del paciente?
- c. ¿Es compatible con el art. 9.3 Dir. 2011/24/CE (que dispone que el procedimiento de autorización previa tenga un plazo de resolución razonable) la normativa nacional que, con independencia del estado de salud del paciente, establece como plazo para la concesión de la autorización 31 días y 23 días para su denegación?
- d. ¿Exige necesariamente el art. 20 Regl. 883/2004 la autorización previa para el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza o, por el contrario, el precepto no excluye la solicitud a posteriori?
- e. ¿Está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 20.1 Regl. 883/2004 el desplazamiento del paciente a otro Estado comunitario con la finalidad de someterse a un tratamiento médico y, dado su estado de salud, se le realiza una intervención quirúrgica el día siguiente del reconocimiento? ¿Cabe en este caso y a efectos de obtener el reintegro de gastos, solicitar la autorización a posteriori?

- f. ¿Está comprendido en el concepto de “tratamiento programado (art. 26 Regl. 987/2009) el desplazamiento del paciente a otro Estado comunitario con la finalidad de someterse a un tratamiento médico y, dado su estado de salud, se lleva al día siguiente del reconocimiento a cabo una intervención quirúrgica? ¿Cabe en este caso y a efectos de obtener el reintegro de gastos, solicitar la autorización a posteriori? ¿Es también exigible la autorización previa para los supuestos de asistencia sanitaria urgente y de carácter vital del art. 26.3 Regl. 987/2009?

Por su parte, las cuestiones prejudiciales presentadas por el **Tribunal rumano** son las siguientes:

1. El hecho de que el tratamiento médico consentido por el asegurado haya sido prescrito (exclusivamente) por un facultativo de Estado miembro distinto del Estado de residencia del beneficiario ¿puede asimilarse a “situación de urgencia” en el sentido al que se refiere el apartado 45 de la Sentencia *Elchinov*, dado que el médico de este último Estado ha emitido el mismo diagnóstico y ha considerado la urgencia del tratamiento a dispensar (aunque sea diferente y genere discapacidad)?
2. En caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea afirmativa, ¿está obligado el asegurado que se desplaza a otro Estado miembro a recibir el tratamiento que consiente o acepta (por razones pertinentes y legítimas) a solicitar la autorización del art. 20.1 Regl. 883/2004 para obtener el reembolso de los gastos derivados del procedimiento terapéutico consentido?
3. ¿Se oponen los art. 56 TFUE y arts. 20.1 y 2 Regl. 883/2004 a una legislación nacional que:
 - a. Supedita la autorización de la institución competente a que el informe médico sea expedido exclusivamente por un facultativo que ejerza en el Estado miembro de residencia del asegurado, inclusive cuando el procedimiento terapéutico consentido por el asegurado haya sido prescrito únicamente por un médico de otro Estado miembro (segunda opinión)?
 - b. Y no garantiza, en el marco de un procedimiento accesible y previsible, el análisis efectivo, desde el punto de vista médico, en el régimen de seguridad social del Estado de residencia, la posibilidad de poner en práctica esta segunda opinión?
4. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera y tercera, ¿tiene derecho el asegurado, siempre que concurren los requisitos previstos en el art. 20.2, segunda frase, del Regl. 883/2004, a obtener el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento aplicado en ese otro Estado miembro por parte de la institución competente del Estado de residencia?

6. DECISIONES Y FALLOS

El Regl. 883/2004 regula los supuestos en los que la institución competente debe conceder la autorización sin que, en ningún momento, establezca expresamente algún supuesto en los que el asegurado puede quedar exento de esta obligación.

Como ya se ha apuntado, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha ido definiendo los supuestos en los que en los que el beneficiario tiene derecho a recibir el reintegro de los gastos médicos en el marco de las normas del Reglamento (reintegro íntegro) cuando no se ha expedido/solicitado la autorización previa. Se trata de una jurisprudencia articulada alrededor de las normas sobre la asistencia sanitaria intracomunitaria pues las causas que permiten al Estado competente la denegación de la autorización previa en el marco de la Directiva es prácticamente idéntico a la regulación del Reglamento y porque, además, como ya se ha apuntado, desde la eliminación de las fronteras interiores, la aplicabilidad del Reglamento no excluye que esa situación quede comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE), lo que implica la necesidad e interpretar el art. 20 Regl. 883/2004 a la luz de esta última norma. Se trata de una afirmación de gran importancia porque, a efectos prácticos, supone que las restricciones que la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social pueda establecer a los desplazamientos intracomunitarios para recibir asistencia sanitaria programada también deben pasar por el tamiz del principio de libre circulación de servicios. Desde este punto de vista, la normativa nacional que, en todo caso, excluye la cobertura de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro por ausencia de autorización previa cuando concurren los requisitos “sustantivos” (*el calificativo es mío*), no respeta la exigencia de proporcionalidad por lo que constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios (STJUE de 23-9-2020, Asunto Vas Megyei Kormányhatal, C-777/18).

El Regl. 883/2004 dispone que establece que la autorización previa deberá ser concedida:

- a. cuando el tratamiento figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia; y
- b. cuando, habida cuenta del estado de salud del interesado y de la evolución probable de su enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

Por su parte, la Dir. 2011/24/UE regula más detalladamente los supuestos en los que la asistencia sanitaria puede requerir de autorización previa, siempre desde su consideración de que debe tratarse de supuestos de carácter limitado basados en los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 8). En términos prácticamente idénticos a lo dispuesto por el Regl. 883/2004, concreta los supuestos en los que la autorización previa no podrá ser denegada (art. 8.5) y también los supuestos en los que cabe denegar dicha autorización previa (art. 8.6).

Las citadas sentencias concluyen:

- El art. 20 Regl. 883/2004 y el art. 26 Regl. 987/2009 deben ser interpretados a la luz del art. 56 TFUE (libre prestación de servicios) (STJUE de 23-9-2020 y STJUE de 6-10-2021).

“(…) el artículo 20 Regl. 883/2004 en relación con el artículo 56 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que la persona asegurada que ha recibido, en un Estado miembro distinto del de su residencia, un tratamiento que figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia, tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos de dicho tratamiento, de acuerdo con los requisitos establecidos en el citado Reglamento, cuando esa persona no haya podido obtener la autorización de la institución competente prevista por el art. 20 Regl. 883/2004 debido a que, coincidiendo en el diagnóstico de la enfermedad y la urgencia del tratamiento, el médico del régimen del seguro de enfermedad del Estado miembro de su residencia le prescribió un tratamiento distinto del consentido por dicha persona de acuerdo con un segundo dictamen emitido por un médico de otro Estado miembro, tratamiento que, a diferencia del primero, no provoca una discapacidad” (STJUE de 6-10-2021).

- Está comprendida en el concepto de “tratamiento programado” la asistencia sanitaria dispensada en y por un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado aunque esté decidida exclusivamente por el médico del citado Estado (dispensador) partiendo de su opinión de que los tratamientos disponibles en el Estado de residencia del asegurado no están disponibles en este Estado (residencia) en un plazo justificable desde el punto de vista médico. Esta conclusión implica que, en principio, esta asistencia está supeditada a la obtención de la autorización previa expedida por el Estado de residencia (STJUE de 23-9-2020).
- El asegurado, que ha recibido “tratamiento programado” en los términos señalados sin haber obtenido la autorización previa, mantiene el derecho al reembolso de los gastos sanitarios si:
 - a. Se encontraba en una situación relacionada con su estado de salud o con la necesidad de recibir el tratamiento médico que le impedía solicitar tal autorización a la autoridad competente o esperar la resolución de dicha autorización;
 - b. Se cumplen el resto de requisitos previstos para la cobertura de la asistencia sanitaria en estos casos en el art. 20 Regl. 883/2004 (es decir, los señalados requisitos sustantivos).

Ambas cuestiones deben ser objeto de comprobación por el Tribunal remitente (STJUE de 23-9-2020).

- El art. 56 TFUE y el art. 8.2, párrafo primero, a) Dir. 2011/24/UE se oponen a una normativa nacional que excluye el reembolso de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro dentro de los límites de la cobertura garantizada por el régimen del seguro de enfermedad del Estado de afiliación exclusivamente por falta de la autorización previa (STJUE de 23-9-2020).

- El art. 56 TFUE y el art. 8.1 Dir. 2011/24/UE se oponen a una normativa nacional que, en el supuesto de que el interesado se haya visto imposibilitado de solicitar la autorización previa o no haya podido esperar a la resolución de la institución competente por motivos relacionados con su estado de necesidad o la urgencia del tratamiento que requiere de equipos médicos muy especializados y costosos si concurren los requisitos para la cobertura de que se trate, excluya la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos aun cuando concurren los demás requisitos para la cobertura del tratamiento médico dispensado y dentro de los límites de la cobertura garantizada por el seguro de enfermedad del Estado de afiliación (STJUE de 23-9-2020).
- El art. 9.3 Dir. 2011/24/UE no se opone a una normativa nacional que establece un plazo de 31 días para conceder la autorización previa de la asistencia sanitaria transfronteriza y de 23 días para denegarla si, al mismo tiempo, habilita a la institución competente para tomar en consideración las circunstancias individuales y la urgencia del caso concreto (STJUE de 23-9-2020).

7. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA SEGÚN LOS DATOS: ALGUNAS CONCLUSIONES

Atendiendo a los datos oficiales disponibles³ (años 2015-2020) y otra literatura especializada⁴, la asistencia sanitaria transfronteriza dispensada al amparo de la Dir.2011/24/UE constituye todavía una posibilidad poco utilizada. Aun cuando las conclusiones de estos informes presentan algunas limitaciones derivadas fundamentalmente de los datos manejados⁵, permiten obtener una panorámica general de la movilidad intracomunitaria en el marco de la Dir. 2011/54/UE:

3 "Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza" y su "Anexo", Bruselas (21-9-2018), COM 2018 (651 final); WILSON, Petra; ANDOULSI, Isabelle; WILSON, Caitlin: "Member State Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU (Year 2019)", European Comisión. Puede descargarse en https://ec.europa.eu/health/system/files/2021-03/2019_msdata_en_0.pdf (fecha de consulta: 10-5-2022); OLSSON, Jonathan, DE SMEDT, Lynn & DE WISPELAERE, Frederic "Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU (Reference year 2020)", Jonathan Olsson Consulting - HIVA-KU Leuven, December 2021. Puede descargarse en https://limo.libis.be/primo-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS3654726&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&fromSitemap=1 (Fecha de consulta: 10-5-2022);

4 Vid. PERALTA-SANTOS, André y PERELMAN, Julián, "Who wants to cross borders in the EU for healthcare? An analysis of the Eurobarometer data in 2007 and 2014", European Journal of Public Health, vol. 28, no.5, 2018. Puede solicitarse copia en https://www.researchgate.net/publication/313338178_Who_wants_to_cross_borders_for_health_care_An_analysis_of_the_Eurobarometer_data_in_2007_and_2014_Andre_Peralta-Santos (Fecha de consulta: 10-5-2022).

5 Algunos Estados miembros no distinguen entre los supuestos de asistencia sanitaria transfronteriza sujeta al Regl. 883/2004/CE y los sujetos a la Dir. 2011/54/UE; en otros casos, la información proporcionada por otros Estados miembros es escasa o limitada e incluso en algunos años, algunos Estados miembros no han proporcionado información; en otros casos, no se diferencia entre asistencia sanitaria sujeta a autorización previa y la no sujeta a esta autorización previa.

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

1. Cuantitativamente, la asistencia sanitaria programada intracomunitaria se enmarca fundamentalmente en las normas de coordinación, siendo residual la asistencia sanitaria basada en la Dir. 2011/24/UE. Incluso aunque en los últimos años se aprecia un incremento notable de esta, todavía no está muy extendida. Las restricciones por la pandemia sanitaria también han afectado a la asistencia sanitaria transfronteriza.
2. El número de solicitudes de autorización previa recibida en el conjunto de los Estados miembros es muy reducido. Por ejemplo, en 2020, no llegaron a 5500 solicitudes. Los Estados miembros en los que se solicitaron más autorizaciones previas en este mismo año fueron Francia (2152), Irlanda (1135) y Luxemburgo (902).
3. En general, la mayoría de las solicitudes previas solicitadas fueron concedidas salvo en algunos Estados miembro (Bélgica, Dinamarca, Grecia, Croacia, Polonia y Eslovenia).
4. La causa principal que determina la necesidad de autorización previa es la necesidad de internamiento hospitalario.
5. El motivo principal que justifica la denegación de la autorización previa ha sido que la asistencia sanitaria podía prestarse en el Estado de afiliación en un plazo razonable. La segunda causa de denegación de la asistencia sanitaria es que la prestación solicitada no se encuentra incluida en la cartera de servicios del Estado de afiliación. Ambas causas o motivos son las principales razones aducidas: el resto de causas que autorizan la denegación son residuales.
6. En relación a la dirección de la movilidad de los pacientes una tendencia consolidada es la movilidad entre pacientes de países vecinos: de Francia a España y de Francia a Alemania. Francia es el Estado miembro en el que la movilidad exterior de sus pacientes es mayor.
7. En España la movilidad hacia el exterior es reducida, especialmente cuando no se precisa autorización previa.
8. Por el contrario, España aparece como uno de los principales destinos. Los pacientes proceden especialmente de Francia para también en un número significativo, de los países escandinavos, especialmente Noruega.
9. El importe total reembolsado (2020) por asistencia sanitaria transfronteriza, sujeta o no a autorización previa, fue de 77,5 millones de euros, lo que constituye una parte muy reducida del gasto total en asistencia sanitaria. La OCDE cifró el gasto (medio) de los países comunitarios en el 10% PIB, que se cifró para ese mismo año en 15,3 billones de euros. La asistencia sanitaria, por tanto, se juega todavía a escala nacional por lo que no parece que el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de salud puede utilizarse en la actualidad como un elemento que pueda justificar la denegación de la autorización previa.

8. EPILOGO: UN BOSQUEJO DE LA REGULACIÓN DE LA “ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA” EN ESPAÑA (EX DIR. 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO) Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El RD 81/2014, de 7 de febrero traspuso al ordenamiento español la Directiva 2011/24/UE. De esta regulación cabe señalar los siguientes extremos, de cara a valorar su adecuación a la jurisprudencia del TJUE:

- a. En relación a la asistencia sanitaria transfronteriza dispensada a asegurados cuyo Estado de afiliación sea España, la necesidad se dispone: *cuando así sea requerido en el Sistema Nacional de Salud, de una evaluación previa que justifique la indicación de la prestación sanitaria que se debe proporcionar al paciente. Dicha evaluación se llevara a cabo por un médico de atención primaria, cuando se realice en España. En ningún caso estas evaluaciones podrán constituir situaciones de discriminación u obstáculos a la libre circulación de los pacientes, los servicios o los bienes, salvo justificaciones objetivas (art. 10.4 RD 81/2014).*

Atendiendo a esta redacción reglamentaria no parece que quede excluida la posibilidad de que la prestación sanitaria adecuada sea prescrita por un facultativo de otro Estado miembro. No solo esta necesidad opera exclusivamente a requerimiento del Sistema Nacional de Salud, sino que se precisa expresamente que la competencia que atribuye al médico de atención primaria lo es “cuando se realice en España”. Además, el Anexo del RD 81/2014 refuerza esta posibilidad cuando en relación a la documentación a presentar con la solicitud de reembolso se hace referencia expresa a la razón clínica por la que se presta la asistencia sanitaria transfronteriza. Finalmente, una interpretación sistemática debe llevar a concluir que la evaluación previa debe estar basada en justificaciones objetivas que no constituyan un obstáculo a la libre circulación y, de acuerdo con la STJUE de 6-10-2021 (Asunto ZY) señalada, la exigencia de que la solicitud de autorización previa vaya acompañada del diagnóstico y tratamiento realizados por el médico dependiente del régimen público del seguro de enfermedad constituye una restricción a la libre circulación (considerandos 45 y 46). Por tanto, para entender que la regulación española (el art. 10.4 RD 81/2014) se ajusta a la Dir. 2011/24/UE debería interpretarse: a) que el tratamiento prescrito puede ser determinado tanto por un facultativo del Sistema Nacional de Salud (y en tal caso, será el médico de atención primaria) como de cualquier Estado miembro, ya sea del ámbito público o privado; b) que la evaluación previa no opera en todo caso sino a requerimiento ad hoc del Sistema Nacional de Salud; c) que deben existir razones objetivas que justifiquen la solicitud de evaluación previa por parte del Sistema Nacional de Salud.

b. La autorización previa, cuando es exigible, compete a las autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en la que esté domiciliado el asegurado o al Instituto de Gestión Financiera (Ceuta y Melilla). En lo que respecta a las Mutualidades de Funcionarios, hay que señalar las diferencias existentes en los distintos Convenios de asistencia sanitaria suscritos por estas. Por lo que se refiere a la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), el concierto actualmente vigente (años 2022-24)⁶ presenta la particularidad de que la autorización previa, en los casos en que es exigible, compete a la Entidad (privada) dispensadora de la asistencia sanitaria a la que se le otorga un plazo de 7 días para su concesión o denegación (motivada), que siempre debe realizarse por escrito o por medio que permita dejar constancia. Contra la denegación de la autorización, cabe recurso ante la Mutualidad correspondiente, en el plazo máximo de 45 días hábiles a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en la Entidad aseguradora, con suspensión del cómputo del plazo desde el día siguiente a la fecha de denegación de la Entidad hasta el día en que la reclamación del interesado haya tenido entrada en la Mutualidad. Aunque se impone a la entidad aseguradora la obligación de resolución expresa con señalamiento de los medios asignados, en su caso, si estos no se hacen constar o la respuesta no se produce en el plazo de 7 días, se entiende que la asistencia sanitaria no puede llevarse a cabo en un plazo médicamente justificable (art. 2.3 Anexo 1). Por el contrario, en el caso de la Mutualidad General Judicial, el concierto actualmente vigente⁷ dispone que la solicitud de autorización previa, cuando es exigible, debe solicitarse a la propia Mutualidad (MUGEJU) a quien se reconoce la facultad de denegar la autorización si concurre alguna de las causas que justifican la denegación (las mismas que recoge el RD 81/2014). En los demás casos, compete a la MUGEJU dar traslado de la solicitud a la Entidad aseguradora para la emisión de un Informe, que debe librarse en el plazo de 10 días, entendiéndose que está conforme con la autorización en caso de que hubiera transcurrido este plazo sin emitir dicho Informe. Compete a MUGEJU la adopción de resolución motivada y siempre en el plazo de 45 días a partir de la fecha de recepción de la solicitud de autorización previa. También existen algunas singularidades en el concierto de asistencia sanitaria suscrito por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)⁸. Coincide con el concierto de MUGEJU en que la solicitud de autorización previa se presenta ante el ISFAS y en el plazo para la emisión del informe que la Mutualidad puede solicitar el Informe a la Entidad aseguradora (10 días) pero difiere en que no parece que se trate de un informe preceptivo (“en su caso”) y también en el contenido del citado informe. En el ámbito de MUGEJU, en el informe debe constar la

6 Resolución de Resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2022, 2023 y 2024 (BOE de 24-12-2021)

7 Resolución de 5 de enero de 2022, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica el concierto para la asistencia sanitaria en territorio nacional de beneficiarios durante 2022, 2023 y 2024 y la relación de entidades de seguro que han suscrito el mismo (BOE de 21-1-2022)

8 Resolución 4B0/38457/2021, de 21 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los conciertos suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de titulares y beneficiarios durante los años 2022, 2023 y 2024.

conformidad o disconformidad de la Entidad con la autorización del tratamiento y en caso de disconformidad, los medios asignados para facilitar la asistencia en territorio nacional. En el caso de ISFAS, el informe debe hacer referencia a si la asistencia requerida puede llevarse a cabo en territorio nacional con especificación de los medios y servicios asignados y el plazo en el que podría dispensarse esta asistencia. Además, el plazo para la concesión de la autorización se reduce a un mes.

- c. Aun con una sistemática diferente (pues la normativa española se refiere exclusivamente a las causas que permiten a la administración sanitaria la denegación de la autorización previa) no existen diferencias sustanciales entre la regulación comunitaria y la española de trasposición. Es interesante señalar que, en relación al requisito de que la prestación esté incluida en las prestaciones dispensadas por el sistema sanitario español, se hace referencia expresa a que también alcanza a las prestaciones comprendidas en la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Aparentemente, la norma española restringe la posibilidad de denegar la autorización pues en la definición de la causa de denegación referida a la “posibilidad de que la asistencia sanitaria pueda prestarse en territorio nacional en *un plazo médicamente justificable*” añade como elemento valorativo el grado de dolor o la naturaleza de su discapacidad. Además, como criterio adicional, se refiere los plazos establecidos en el RD 1039/2011, de 13 de julio (180 días en todos los supuestos contemplados) y las normas correspondientes de las Comunidades Autónomas.
- d. Se establece un plazo máximo de 45 días para la concesión o denegación de la autorización y contempla expresamente la necesidad (“tendrá en cuenta”) de atender a la afección específica, la urgencia y las circunstancias individuales del paciente en el momento de evaluar las solicitudes. El transcurso de este plazo sin resolución expresa implica su aceptación por silencio administrativo positivo conforme a lo previsto en el art. 24 Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria señalada, al hecho de que se trata de un plazo notoriamente inferior a los tres meses previstos con carácter general como plazo máximo para la resolución de la administración (art. 21 LPAC) y, finalmente, la necesidad de que se atiendan a las circunstancias personales del paciente nos permite concluir que la regulación española se ajusta a la interpretación jurisprudencial de la normativa comunitaria. Como ya se ha apuntado, los conciertos de asistencia sanitaria suscritos por MUFACE y MUGEJU mantienen este mismo plazo (total) de 45 días desde la presentación de la solicitud de autorización; no así ISFAS, que contempla un plazo inferior (1 mes).
- e. El art. 14 establece que el procedimiento para la solicitud del reembolso de los gastos será el establecido por las autoridades competentes (art. 14.1) y fija un plazo máximo de 3 meses para su presentación. El *dies a quo* es el de la fecha de pago de la asistencia sanitaria recibida. La solicitud debe ajustarse al formato establecido al efecto (art. 14.2).

A diferencia del plazo previsto para la resolución del procedimiento de autorización previa, este plazo suscita dudas sobre su adecuación a la regulación comunitaria. En relación a los

procedimientos (de autorización y también de reembolso), el art. 9.1 Dir. 2011/21 dispone que el Estado miembro debe garantizar que “se basen en criterios objetivos, y no discriminatorios, que sean necesarios y proporcionados al objetivo que se ha de lograr”. No se intuye fácilmente —puesto que nada señala al respecto el Preámbulo del RD 81/2014— la razón de ser de este reducido plazo. El gasto ya está efectuado (y en su caso, autorizado) por lo que no se trata de una medida que pueda justificarse por razones económicas o financieras ni tampoco afecta al buen funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Aun aceptando su necesidad por razones de seguridad jurídica, tres meses no parece un plazo “proporcionado” tal y como exige la regulación comunitaria. Es preciso tener en cuenta, además, que nos encontramos ante “pacientes”, es decir, personas que han recibido asistencia sanitaria y cuya recuperación desde el punto de vista médico no termina ni en el momento de recibir el alta hospitalaria ni en el momento de abono de la prestación sanitaria recibida. En este sentido, no faltan pronunciamientos de algunos Tribunales Superiores de Justicia que han realizado una interpretación (coyuntural⁹) de la normativa vigente para decretar el derecho al reembolso pese a que la solicitud de reembolso se presentó transcurrido dicho plazo. Ninguna de dichas resoluciones ha cuestionado, sin embargo, la falta de proporcionalidad de este requisito y su falta de adecuación a la Dir. 2011/24/UE otorgando así una interpretación generalizable.

- f. El art. 14.3 RD 81/2004 exige que la solicitud de reembolso de gastos vaya acompañada de una documentación (Anexo I) que, en lo referido a la prescripción médica, no se restringe a que haya sido emitida por facultativos residenciados en España, coherentemente con lo señalado anteriormente por el art. 10.4 de la misma norma.
- g. Finalmente, en relación a las tarifas de reembolso aplicables a los pacientes cuyo estado de afiliación es España, se remite a las tarifas o precios públicos que se aplican por la prestación de servicios sanitarios aprobados y publicados por la respectiva administración sanitaria competente. En el caso de los conciertos suscritos por las Mutualidades de funcionarios, los conciertos antes referidos recogen las cuantías de los reembolsos.

9 STSJ Canarias (Cont-Admvo) de 11-1-2022 (núm. rec. 399/2020) y STSJ Madrid de 30-3-2017 (núm. rec. 867/2014).