

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 14 de abril de 2011¹

Índice

I. Introducción	I - 10553
II. Marco jurídico	I - 10555
A. Derecho de la Unión	I - 10555
B. Derecho nacional	I - 10556
III. Procedimiento administrativo previo	I - 10557
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes	I - 10559
V. Alegaciones esenciales de las partes	I - 10560
A. Sobre las disposiciones portuguesas	I - 10560
B. Sobre el Derecho de la Unión	I - 10562
VI. Apreciación jurídica	I - 10565
A. Aplicabilidad del artículo 49 CE	I - 10565
1. Derecho aplicable por razón del tiempo	I - 10566
2. Ámbito material de aplicación	I - 10567
a) Las competencias de la Unión y de sus Estados miembros en el ámbito de la política sanitaria	I - 10567
b) Inclusión de la normativa nacional controvertida	I - 10569
B. Restricción de la libre prestación de servicios	I - 10571
1. Posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro	I - 10572

1 — Lengua original: alemán.

2. Necesidad de una autorización previa para asistencia médica «altamente especializada»	I - 10574
3. Exclusión del reembolso de «otros» tratamientos médicos	I - 10576
C. Justificación de la restricción	I - 10578
1. Justificación en el caso de los tratamientos médicos «altamente especializados»	I - 10578
a) Salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social	I - 10580
i) Causa legítima de justificación	I - 10580
ii) Exigencias de un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión	I - 10584
— Consideraciones generales	I - 10584
— Exigencias específicas de la jurisprudencia	I - 10584
— Proporcionalidad	I - 10586
b) Control de la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero	I - 10588
c) Conclusión parcial	I - 10589
2. Justificación en el caso de los «otros» tratamientos médicos	I - 10591
a) Salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social	I - 10591
i) Causa legítima de justificación	I - 10591
ii) Proporcionalidad	I - 10591
b) Control de la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero	I - 10593
c) Conclusión parcial	I - 10593
D. Conclusión final	I - 10593
VII. Sobre las costas	I - 10594
VIII. Conclusión	I - 10594
I - 10552	

I. Introducción

1. El presente asunto enlaza con una larga serie de asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve los límites que marca el Derecho de la Unión a las restricciones por parte de los Estados miembros al acceso transfronterizo a las prestaciones sanitarias en el mercado interior europeo. En ejercicio de las facultades atribuidas para interpretar el Derecho de la Unión, en este caso las disposiciones del Derecho primario sobre la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia ha desarrollado a lo largo de los años una extensa jurisprudencia que se ha ido pormenorizando con cada petición de decisión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. También gracias a la extensa jurisprudencia sobre esta materia se ha ido perfilando el derecho de los ciudadanos de la Unión a un acceso lo más amplio posible a servicios sanitarios transfronterizos, conocido generalmente como «movilidad de los pacientes».² Hasta ahora, el Tribunal de Justicia en cierto modo ha jugado un papel de precursor en la realización del derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, recogido ahora en el artículo 35 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión

Europea.³ Así, la jurisprudencia ha hecho posible reducir las restricciones en forma de normativas nacionales que impedían establecer un mercado interior para servicios sanitarios, a pesar de la inactividad del legislador de la Unión. De este modo han surgido algunos principios importantes sobre las condiciones en las que los pacientes tienen derecho a recibir tratamiento médico en otros Estados miembros, con arreglo a las disposiciones en materia de libre prestación de servicios, y al reembolso de los costes de dicho tratamiento por parte de los sistemas públicos del seguro de enfermedad al que estén afiliados.

2. Actualmente, los principios desarrollados en dicha jurisprudencia ya pueden considerarse parte del acervo del Derecho de la Unión, que el legislador de la Unión tendrá que tener en cuenta en la redacción de una futura «Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia

2 — Véanse las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 15 de diciembre de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia de 16 de mayo de 2006, Watts (C-372/04, Rec. p. I-4325), punto 1.

3 — El artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.»

sanitaria transfronteriza». ⁴ Los recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión contra una serie de Estados miembros y que hasta la fecha han culminado en las sentencias de 15 de junio de 2010 (Comisión/España), de 5 de octubre de 2010 (Comisión/Francia) y de 27 de enero de 2011 (Comisión/Luxemburgo), son testimonio del empeño de la Unión por la aplicación consecuente del Derecho en interés de los ciudadanos de la Unión.

3. En el presente asunto, la Comisión Europea ha interpuesto recurso con arreglo al artículo 226 CE, ⁵ pretendiendo que se declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al no establecer en su Derecho nacional la posibilidad del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento (CEE) n° 1408/71 ⁶ o, en su caso, al someter el correspondiente reembolso de los gastos médicos no hospitalarios a la concesión de una autorización previa.

4 — De momento, ese parece ser el caso. En su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, de 2 de julio de 2008, COM(2008) 414 final, la Comisión entiende que con la Directiva prevista se establecería un mecanismo «basado en los principios de la libre circulación y en los que subyacen a las decisiones del Tribunal de Justicia». En el sexto considerando de dicha propuesta de Directiva se encuentra la referencia correspondiente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Allí se afirma que el Tribunal de Justicia ya ha tratado algunas cuestiones relacionadas con la asistencia sanitaria transfronteriza, en particular el reembolso de la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro distinto al de residencia del destinatario de dicha asistencia. Se continúa diciendo que, dado que la asistencia sanitaria fue excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, p. 36), es importante abordar estas cuestiones en un instrumento jurídico de la Comunidad específico, a fin de lograr una aplicación más general y eficaz de los principios desarrollados caso por caso por el Tribunal de Justicia. En la Posición (UE) n° 14/2010 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, adoptada por el Consejo el 13 de septiembre de 2010 (2010/C 275 E/01) (DO C 275 E, p. 1), se incluyen numerosas remisiones a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Conforme a su octavo considerando, uno de los objetivos de la Directiva es establecer unas reglas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de gran calidad en la Unión, así como garantizar la movilidad de los pacientes de conformidad con los principios establecidos por el Tribunal de Justicia y promover la cooperación en materia de asistencia sanitaria entre los Estados miembros.

4. El presente asunto gira en torno a la cuestión de si el régimen contra el que se dirige el recurso de la Comisión, contenido en el Decreto-lei n° 177/92 y que deberá examinarse detenidamente, puede calificarse en Derecho como restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE, en la medida en que establece la exigencia de autorización previa por parte de las autoridades competentes para recibir prestaciones médicas en el extranjero. Si a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la respuesta fuera afirmativa, se suscita adicionalmente la cuestión de si dicha restricción puede estar justificada por razones imperiosas de interés

5 — Como el recurso de la Comisión se fundamenta en el artículo 226 CE y al Estado miembro demandado se le imputa el incumplimiento de las disposiciones del Tratado CE, las conclusiones se refieren al Derecho de la Unión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

6 — Reglamento del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98).

general, siendo relevante para la apreciación jurídica que en el procedimiento principal se trata exclusivamente de tratamientos no hospitalarios.

6. El artículo 152 CE, apartado 5, primera frase, dispone:

«La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica.»

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión⁷

7. El artículo 22 del Reglamento n° 1408/71 dispone:

«1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del artículo 18 y:

5. El artículo 49 CE, párrafo primero, establece:

[...]

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado,

tendrá derecho:

i) a las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente,

⁷ — De acuerdo con las denominaciones utilizadas en el TUE y en el TFUE, emplearemos aquí la expresión «Derecho de la Unión» como designación conjunta del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión. En lo sucesivo, cuando se trate de disposiciones individuales de Derecho primario, se mencionarán las que estén en vigor *ratione temporis*.

por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente;

(2) [...] La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside.

[...]»

B. *Derecho nacional*

8. El Decreto-lei n° 177/92 de 13 de agosto de 1992 regula aspectos concretos relacionados con la asistencia sanitaria de los afiliados al sistema nacional de salud de Portugal (SNS) en el extranjero. Con arreglo a las disposiciones del Decreto-lei, le corresponde a la Dirección General responsable de los hospitales coordinar toda remisión al extranjero para recibir tratamiento médico.

9. El artículo 1 define el ámbito de aplicación del Decreto-lei, disponiendo lo siguiente:

«1. El presente Decreto-lei regula la asistencia médica altamente especializada en el extranjero que, por falta de medios técnicos o personales, no pueda suministrarse en territorio nacional.

2. Los beneficiarios de dicha asistencia son los afiliados al sistema nacional de salud.

3. Las solicitudes de remisión al extranjero por parte de entidades privadas no están sujetas al ámbito de aplicación del presente Decreto-lei.»

10. El artículo 2 del Decreto-lei establece los requisitos para un reembolso íntegro de los gastos médicos (previstos en el artículo 6):

«Los siguientes requisitos son necesarios para disfrutar de las ventajas previstas en el artículo 6:

- a) La existencia de un informe médico positivo exhaustivo, redactado por el médico a cargo del tratamiento y confirmado por el jefe de servicio competente;
- b) la confirmación de dicho informe por el Director médico del hospital en que el paciente haya recibido tratamiento;

- c) la autorización del Director General de Hospitales, basada en el informe del servicio técnico.»

11. El artículo 4 dispone lo siguiente en cuanto a la facultad de decisión del Director General de Hospitales:

«Le corresponde al Director General de Hospitales pronunciarse sobre la asistencia médica en el extranjero, solicitada por los interesados con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 2.»

III. Procedimiento administrativo previo

12. El 12 de julio de 2002, la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión remitió a los Estados miembros un cuestionario que tenía por objeto la compatibilidad del Derecho y de las prácticas nacionales con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación de las reglas del mercado interior en el ámbito de las prestaciones sanitarias. Las autoridades portuguesas respondieron mediante escrito de 17 de enero de 2003 a la solicitud de información de la Comisión en cuanto a la legislación portuguesa.

13. El 28 de julio de 2003, la Comisión publicó un «Informe relativo a la aplicación de las normas del mercado interior en el ámbito de los servicios sanitarios – Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por los Estados miembros». ⁸

14. Basándose en la información disponible, el 18 de octubre de 2006 la Comisión remitió un escrito de requerimiento a la República Portuguesa en que consideraba que ésta incumplía las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al someter en las disposiciones pertinentes del Decreto-lei n° 177/92, de 13 de agosto, el reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa, en condiciones restrictivas. Asimismo, la Comisión requirió a las autoridades portuguesas para que, si lo estimaban oportuno, presentasen sus observaciones al respecto en un plazo de dos meses, con arreglo al artículo 226 CE.

15. En su escrito de respuesta de 12 de enero de 2007, las autoridades portuguesas declararon que era «difícilmente imaginable que las prestaciones sanitarias puedan estar sujetas a las reglas del mercado interior» y que los Estados miembros tienen la facultad de establecer legalmente que el reembolso de gastos médicos por tratamientos no hospitalarios esté sometido a la concesión de una autorización previa.

16. El 29 de junio de 2007, la Comisión remitió un dictamen motivado a las autoridades portuguesas comunicando que su respuesta de 12 de enero de 2007 no contenía nuevos aspectos idóneos para cuestionar en conjunto la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia. La Comisión insistió en su opinión de que la República Portuguesa incumplía las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de

8 — SEC(2003) 900.

Justicia, al dejar en vigor las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92, de 13 de agosto, que sometían el reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa. La Comisión solicitó a las autoridades portuguesas que adoptaran las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado en el plazo de dos meses.

17. Mediante escrito de 4 de septiembre de 2007, las autoridades portuguesas respondieron que el Decreto-lei n° 177/92 no se opone a la aplicación de la legislación de la Unión referente al acceso de los nacionales portugueses a prestaciones sanitarias en la Unión Europea y mucho menos a las libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión consagradas en el Tratado de la Unión Europea.

18. El 12 de febrero de 2008, las autoridades portuguesas comunicaron a la Comisión su intención de examinar las consecuencias financieras sobre el sistema de salud, lo que requería al menos un mes de tiempo, máxime cuando había cambiado la composición del Gobierno.

19. El 18 de junio de 2008, la Comisión solicitó a las autoridades portuguesas que informaran de las modificaciones previstas del Decreto-lei n° 177/92 para la pronta finalización de la situación contraria al Derecho de la Unión.

20. Mediante escrito de 24 de julio de 2008, las autoridades portuguesas se reafirmaron en su opinión defendida ya en su escrito de respuesta de 4 de septiembre de 2007, de que el Decreto-lei n° 177/92 no está en contradicción con el Derecho de la Unión.

21. El 15 de abril de 2009, la Comisión remitió a las autoridades portuguesas un dictamen motivado adicional para, en aras de la transparencia y de la seguridad jurídica, exponer con mayor detalle el alcance de la presunta vulneración del Derecho de la Unión. En dicho dictamen, la Comisión señaló que, a su entender, la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al no establecer, en el Decreto-Lei n° 177/92 ni en ningún otro acto jurídico de Derecho interno, la posibilidad del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en el extranjero, salvo en los casos previstos en el Reglamento n° 1408/71.

22. Mediante escrito de 15 de mayo de 2009, las autoridades portuguesas respondieron al dictamen motivado adicional que el Decreto-lei n° 177/92 prevé el reembolso de los gastos médicos efectuados en otro Estado miembro. Declararon asimismo que el ordenamiento jurídico portugués tampoco excluye el reembolso de gastos médicos cuando se trata de un tratamiento médico especialista, siempre que se respete el procedimiento de certificación

previa de la necesidad médica del tratamiento en el extranjero.

24. En la contestación, registrada el 2 de octubre de 2009, el Gobierno portugués solicita la desestimación del recurso por infundado y la imposición de las costas a la Comisión.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

23. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2009, la Comisión interpuso el recurso objeto del presente procedimiento, solicitando al Tribunal de Justicia que:

- Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al no establecer, en el Decreto-lei n° 177/92, de 13 de agosto, que establece los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, ni en ninguna otra medida de Derecho nacional, la posibilidad del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento n° 1408/71, o, en caso de que dicho Decreto-lei admita la posibilidad de reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, al someter el correspondiente reembolso a la concesión de una autorización previa.

- Condene en costas a la República Portuguesa.

25. Con los escritos de réplica de 16 de noviembre de 2009 y de dúplica de 4 de febrero de 2010 se cerró la fase escrita del procedimiento.

26. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2009 se admitió la intervención del Reino de España en apoyo de las pretensiones de la República Portuguesa.

27. En la vista de 9 de febrero de 2011 se oyeron las observaciones de las partes y del Gobierno del Reino de España.

28. Mediante escrito de 24 de marzo de 2011 la Comisión desistió parcialmente de su recurso y reformuló sus pretensiones, solicitando al Tribunal de Justicia que:

- Declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al no establecer, en el Decreto-lei n° 177/92, de 13 de agosto, que establece los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, ni

en ninguna otra medida de Derecho nacional, la posibilidad del reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento n° 1408/71, o, en caso de que dicho Decreto-lei admita la posibilidad de reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, al someter el correspondiente reembolso a la concesión de una autorización previa (a excepción del reembolso de determinados tratamientos médicos que, si bien se llevan a cabo en un consultorio médico, requieren el uso de grandes aparatos instalados y subvencionados por el Estado miembro de seguro y que vienen enumerados de manera exhaustiva en la normativa nacional como, por ejemplo, las cámaras gamma con o sin detector de coincidencia de emisión de positrones, tomógrafo de emisiones, cámaras de positrones, aparatos de tomografía magnética nuclear o espectrómetros de resonancia magnética nuclear de uso clínico, escáner de uso médico, cámaras de sobrepresión, ciclotrones de uso médico.

— Para el caso de que la demanda se considerara infundada, se declare, al menos, la retirada parcial de la demanda por parte de la Comisión.

— Se condene en costas a la Comisión.

V. Alegaciones esenciales de las partes

A. Sobre las disposiciones portuguesas

— Condene en costas a la República Portuguesa.

29. Mediante escrito de 6 de abril de 2001, el Gobierno portugués reformuló sus pretensiones de modo que ahora solicita que:

— Se desestime la demanda por infundada.

30. La *Comisión* aduce ciertas dificultades de comprensión del punto de vista del Gobierno portugués, pues la información relativa al reembolso de gastos médicos no hospitalarios era ambigua o incluso contradictoria.

31. La *Comisión* afirma que de la respuesta del Gobierno portugués al cuestionario de la Dirección General de Mercado Interior sobre la compatibilidad del Derecho nacional con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dedujo que el Decreto-lei n° 177/92 era el acto legislativo nacional que contiene las disposiciones pertinentes sobre el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en el extranjero.

32. La Comisión señala que, sin embargo, las autoridades portuguesas declararon en su respuesta al dictamen motivado que no está entre los objetivos normativos del Decreto-lei nº 177/92 someter el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en el extranjero a una autorización previa y que en el Derecho portugués no hay ninguna otra disposición que así lo prevea. La Comisión declara que de lo que antecede dedujo que el ordenamiento jurídico portugués no prevé la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento nº 1408/71.

33. La Comisión hace constar que, sin embargo, las autoridades portuguesas declararon en su respuesta al dictamen motivado adicional que el acceso a prestaciones sanitarias en otro Estado miembro está sometido a un procedimiento en el que se debe certificar la necesidad clínica, lo que parece indicar que en Portugal existe un sistema de autorización previa para el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

34. Finalmente declara la Comisión que las autoridades portuguesas han admitido expresamente en su contestación al recurso que no existe posibilidad alguna de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento nº 1408/71.

35. El *Gobierno portugués* niega las supuestas ambigüedades o contradicciones en la

información relativa al régimen vigente en Portugal.

36. El Gobierno portugués declara que en el ordenamiento jurídico portugués existen dos posibilidades para acceder a prestaciones sanitarias en el extranjero, reguladas, por una parte, en el Reglamento nº 1408/71, sobre todo en su artículo 22, y, por otra, en el Decreto-lei nº 177/92, que regula «la asistencia médica altamente especializada en el extranjero que no pueda suministrarse en territorio nacional».

37. El Gobierno portugués declara que el Decreto-lei nº 177/92 fue ideado como instrumento para la asistencia hospitalaria. Con arreglo a dicha norma, se admite el tratamiento médico en el extranjero cuando el sistema de salud portugués no dispone de los medios necesarios para tratar a las personas afiliadas al sistema. Afirma que esta solución persigue proveer a los enfermos la asistencia sanitaria que necesiten con una garantía de calidad y de eficiencia médica.

38. Señala que los tratamientos en el extranjero se someten a determinados requisitos establecidos en el Decreto-lei nº 177/92. Conforme a éstos, las solicitudes de asistencia médica altamente especializada deben presentarse por los hospitales del sistema nacional de salud, debiendo ir acompañadas de un informe médico exhaustivo confirmado por el jefe de servicio correspondiente y por el director médico (artículo 2, apartados 1 y 2). La decisión final le incumbe al Director de Salud. Además, el informe médico debe indicar una

serie de datos sobre el estado de salud del paciente y el tratamiento, así como los lugares en el extranjero en que el paciente debería ser intervenido o tratado. Cuando se cumplen los requisitos legales, el paciente tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos, incluidos los del viaje de ida y de la estancia del paciente y de un acompañante. El pago se efectúa por medio de la correspondiente unidad clínica competente para el procedimiento de certificación previa (artículo 6).

39. El Gobierno portugués entiende que no debería diferenciarse entre los gastos de tratamientos dentro o fuera de hospitales, pues la asistencia médica altamente especializada en el extranjero, en forma de cooperación institucional, puede incluir ambos tipos de tratamiento. Además, el Gobierno portugués aprecia un paralelismo entre el procedimiento de certificación de la necesidad clínica de un tratamiento en el extranjero y el procedimiento de remisión a un médico especialista.

40. Asimismo señala que la cooperación médica prevista en el Decreto-lei n° 177/92 responde a las necesidades del sistema nacional de salud, que conforme a lo exigido por el Derecho constitucional se distingue por su carácter universal, general y autárquico, y además es de financiación pública.

B. Sobre el Derecho de la Unión

41. La *Comisión* entiende que la República Portuguesa ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE, tal y como hay sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sostiene que, con arreglo a dicha jurisprudencia, el artículo 49 CE es de aplicación a los supuestos en que un paciente recibe prestaciones médicas a cambio de remuneración en un Estado miembro distinto al de su residencia. En Portugal, en cambio, según la Comisión, el Decreto-lei n° 177/92, que establece los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, no prevé expresamente el reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos en él previstos o, en la interpretación defendida por las autoridades portuguesas de dicha disposición, somete el reembolso de dichos gastos médicos no hospitalarios a la concesión de una autorización previa en condiciones restrictivas.

42. La Comisión opina que, aun si se admitiese que un sistema que somete el reembolso de gastos médicos a una autorización previa podría estar justificado a pesar de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las condiciones para la concesión de una autorización así son restrictivas y, por ende, contrarias al Derecho de la Unión.

43. En cuanto a los argumentos alegados por el Gobierno portugués relativos a una justificación por razones imperiosas, en concreto

la capacidad de financiación del sistema nacional de salud y la salvaguarda del acceso a una asistencia sanitaria general, la Comisión expone que la exigencia de autorización previa no puede justificarse por razones de salud pública ni apelando a un grave riesgo para el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social. Además, la Comisión reprocha que las autoridades portuguesas no han argumentado ni acreditado la existencia de un riesgo real de alteración del equilibrio financiero del sistema de salud portugués a causa del reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en el extranjero.

44. El *Gobierno portugués* expone que no existe en los Tratados disposición alguna que conceda a los ciudadanos de la Unión el derecho a exigir el reembolso de gastos médicos por tratamientos efectuados en el extranjero o que les permita el ejercicio ilimitado de ese derecho, sin regularlo por un mecanismo de autorización previa.

45. El Gobierno portugués aprecia en el presente recurso por incumplimiento un intento de la Comisión de forzar una solución en el plano jurídico que no solo carece de toda base jurídica, sino que además ha sido rechazada por los Estados miembros, a quienes incumbe la competencia de configurar los sistemas de seguridad social y el sistema de salud. Se muestra extrañado por la forma de proceder de la Comisión a la vista de que actualmente hay en curso un proceso legislativo que persigue establecer los derechos y las obligaciones de los Estados miembros en esta materia. Afirma que del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2006/123 se deduce que sólo una solución legislativa que contenga criterios suficientemente claros puede justificar

una decisión judicial. Está convencido de que una sentencia del Tribunal de Justicia causaría un solapamiento no deseado de los procesos judicial y político y, por tanto, solicita al Tribunal de Justicia que suspenda el procedimiento con arreglo al artículo 82 *bis*, apartado 1, letra a), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

46. El Gobierno portugués entiende que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicabilidad del artículo 49 CE a las prestaciones sanitarias transfronterizas se caracteriza por dos elementos, en concreto su marco procesal específico y su falta de seguridad y de claridad jurídicas. Sostiene que todas las sentencias del Tribunal de Justicia se dictaron en el marco de procedimientos de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, lo que impide trasladar al presente asunto las soluciones adoptadas en aquellos asuntos.

47. Alega que, aun cuando una autorización previa pueda representar en ciertas circunstancias una restricción a la libre prestación de servicios, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el artículo 49 CE no se opone a tal autorización, siempre que dependa de criterios objetivos que deban cumplirse también como requisitos para el reembolso de gastos médicos efectuados por tratamientos en territorio nacional.

48. Por otro lado, aduce que también el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71 somete las prestaciones sanitarias transfronterizas

a la concesión de una autorización previa. Por lo demás, el artículo 49 CE, en su opinión, debe compatibilizarse con las demás disposiciones de los Tratados. A tal efecto, el Gobierno portugués hace referencia al artículo 152 CE, apartado 5, que, a su parecer, contiene una reserva de competencias a favor de los Estados miembros y cuya aplicación efectiva excluye cualquier otra aplicación de otras disposiciones de los Tratados que pudieran vaciar de contenido las facultades de las instituciones nacionales de decisión en materia de organización, financiación y configuración del modelo del sistema nacional de salud.

49. El Gobierno portugués no propone modificar la jurisprudencia sino que solicita al Tribunal de Justicia que logre una concordancia práctica entre el artículo 49 CE y el artículo 152 CE, apartado 5, de manera que el artículo 49 CE quede relegado por razones imperiosas de interés general. Para ello invoca varias razones que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han sido consideradas legítimas, entre otras, la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social y de asistencia sanitaria.

50. El *Gobierno español* expone en primer lugar que el artículo 49 CE no impone a los Estados miembros ninguna obligación de adoptar actos positivos de incorporación, máxime cuando la directiva es el instrumento jurídico que en el Derecho de la Unión se prevé explícitamente para crear dichos actos positivos de adaptación en Derechos internos. Señala que el artículo 52 CE prevé de manera expresa

la directiva como medio para liberalizar el mercado interior de servicios, y precisamente eso es lo que la Comisión pretende ahora con su propuesta de Directiva.⁹ Sostiene que el hecho de que Portugal no haya creado un procedimiento adicional para el reembolso de gastos médicos aparte del previsto en el Reglamento n° 1408/71 no representa ningún incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE.

51. Aduce también que la Comisión no ha acreditado que las autoridades portuguesas apliquen su legislación en incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 49 CE, por ejemplo denegando sistemáticamente la autorización prevista en el sistema para la asistencia en el extranjero.

52. En cuanto a la compatibilidad de la legislación portuguesa con el artículo 49 CE, el Gobierno español señala que un sistema que prevé una autorización previa no representa necesariamente una restricción injustificada de la libre prestación de servicios. Existen razones imperiosas de interés general que justifican un sistema así, especialmente en el marco de las prestaciones sanitarias hospitalarias. Entiende que sería erróneo trasladar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias Kohll y Müller-Fauré y van Riet, relativas a prestaciones odontológicas, a cualquier prestación sanitaria no hospitalaria. A

9 — Citada en la nota 4.

título cautelar recuerda el Gobierno español que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Kohll que «el artículo 56 CE permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población».

53. En cuanto a la proporcionalidad del régimen controvertido, el Gobierno español señala que debe examinarse si el sistema portugués introduce un procedimiento administrativo de autorización basado en criterios objetivos y no discriminatorios, que los interesados conocen de antemano y que permite apreciar los límites del margen de apreciación de las autoridades nacionales.

VI. Apreciación jurídica

A. Aplicabilidad del artículo 49 CE

54. Según reiterada jurisprudencia, y conforme a las reglas que determinan el Derecho procesal de la Unión, en el marco de un recurso por incumplimiento corresponde a la

Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado. Debe facilitar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste verifique la existencia de tal incumplimiento, sin que pueda basarse en ninguna presunción.¹⁰ Sólo se produce una inversión de la carga procesal de la prueba cuando la Comisión haya aportado suficientes elementos de prueba para poner de manifiesto un incumplimiento de los Tratados. En tal caso, incumbe al Estado miembro defenderse de forma sustancial y detallada, a fin de probar a su vez el cumplimiento del Derecho de la Unión.¹¹

55. Con su recurso, la Comisión imputa a la República Portuguesa haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE. El Gobierno portugués responde, en primer lugar, remitiéndose al proceso legislativo dirigido a adoptar una Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, sobre todo a las actuales consultas en el Consejo, y, en segundo lugar, cuestionando la aplicabilidad de las disposiciones del Derecho primario sobre la libre

10 — Véanse, entre otras, las sentencias de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos (96/81, Rec. p. 1791), apartado 6; de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Grecia (272/86, Rec. p. 4875), apartado 17; de 26 de junio de 2003, Comisión/España (C-404/00, Rec. p. I-6695), apartado 26; de 6 de noviembre de 2003, Comisión/Reino Unido (C-434/01, Rec. p. I-13239), apartado 21; de 29 de abril de 2004, Comisión/Austria (C-194/01, Rec. p. I-4579), apartado 34; de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartado 33; de 6 de octubre de 2009, Comisión/Suecia (C-438/07, Rec. p. I-9517), apartado 49, y de 29 de octubre de 2009, Comisión/Finlandia (C-246/08, Rec. p. I-10605), apartado 52.

11 — Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1996, Comisión/Alemania (C-298/95, Rec. p. I-6747), apartado 17, y de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Grecia, citada en la nota 10, apartado 21. En este sentido, Burgi, M., en: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (coord. H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann), Munich 2003, § 6, apartado 45, p. 79, y Schwarze, J.: *EU-Kommentar* (coord. Jürgen Schwarze), 2ª ed., 2009, artículo 226 TCE, apartado 27, p. 1755.

prestación de servicios, en especial el artículo 49 CE, al ámbito de las prestaciones sanitarias transfronterizas. Ambos argumentos se refieren en lo jurídico a la aplicabilidad tanto temporal como material del artículo 49 CE al presente asunto, lo que debe examinarse a continuación.

1. Derecho aplicable por razón del tiempo

56. En lo que a la primera objeción del Gobierno portugués frente al presente recurso se refiere, debe señalarse en primer lugar que un Estado miembro no puede invocar con éxito un acto jurídico que ni siquiera ha entrado en vigor y, por tanto, no despliega efectos jurídicos en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión. La confianza en la existencia invariable de una determinada propuesta de la Comisión para un acto jurídico no puede considerarse objetivamente como digna de protección, pues tales propuestas pueden sufrir numerosas modificaciones por parte del Consejo y del Parlamento en el curso del proceso legislativo, y es precisamente ésta la razón por la que sólo en cierta medida puede atenderse a dichas propuestas como recurso interpretativo.

57. En cualquier caso, debe recordarse que la finalidad del procedimiento previsto en el artículo 226 CE es determinar los

incumplimientos del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros en un momento determinado y relevante. Según una jurisprudencia del Tribunal de Justicia recientemente consolidada, la existencia de un incumplimiento del Tratado debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado. Ése es el único momento determinante para apreciar el incumplimiento del Tratado.¹² Por ello, las posteriores modificaciones del Derecho de la Unión no se tienen en cuenta, como tampoco las posteriores regularizaciones por el Estado miembro de que se trate.¹³ Por lo tanto, la no descartable probabilidad de que el proceso legislativo concluya con éxito en un futuro previsible y de que se apruebe una directiva que regule detalladamente la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, en nada altera el objeto del recurso y, por tanto, no afecta en modo alguno al presente procedimiento por incumplimiento.

58. En consecuencia, debe rechazarse la objeción del Gobierno portugués frente a la aplicabilidad del artículo 49 CE a los efectos de examinar un eventual incumplimiento del Derecho de la Unión.

12 — Véanse las sentencias de 1 de junio de 1995, Comisión/Italia (C-182/94, Rec. p. I-1465); de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania (C-61/94, Rec. p. I-3989); de 16 de diciembre de 1997, Comisión/Italia (C-316/96, Rec. p. I-7231), apartado 14; de 11 de junio de 1998, Comisión/Grecia (C-232/95 y C-233/95, Rec. p. I-3343), apartado 38; de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221), apartado 22; de 3 de octubre de 2002, Comisión/España (C-47/01, Rec. p. I-8231), apartado 15, y de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo (C-519/03, Rec. p. I-3067), apartado 18.

13 — Véase también Burgi, M., *op. cit.* (nota 11), apartado 38, p. 75; Cremer, W.: *ELUV/EGV-Kommentar* (coord. Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3ª ed., Múnich 2007, artículo 226 TCE, apartado 33, p. 1991.

2. Ámbito material de aplicación

59. La segunda objeción del Gobierno portugués debe entenderse en el sentido de que en el fondo cuestiona la aplicabilidad material como tal de las disposiciones del Derecho primario relativas a la libre prestación de servicios. Para fundamentar su opinión se remite al artículo 152 CE, apartado 5, disposición que, según alega, atribuye a los Estados miembros las responsabilidades en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Asimismo, el Gobierno portugués hace referencia a la necesidad de una normativa de Derecho derivado para regular esta materia.

a) Las competencias de la Unión y de sus Estados miembros en el ámbito de la política sanitaria

60. Las alegaciones del Gobierno portugués son acertadas en la medida en que tienen por objeto la responsabilidad, en principio, de los Estados miembros en materia de asistencia sanitaria. De hecho, expresándolo de manera simplificada, los Estados miembros continúan

siendo los «dueños de la política sanitaria»,¹⁴ lo que significa que la Unión no debe contravenir la política de éstos. En el ámbito de actuación descrito en el artículo 152 CE, las competencias de la Unión son menos destacadas que en otras áreas. Por su contenido son limitadas, pues, con arreglo al apartado 1, párrafos segundo y tercero, sólo «complementará» las políticas nacionales y, en lo que a la organización se refiere y con arreglo al apartado 2, párrafo primero, sólo «fomentará» la cooperación entre aquellos. Esta relegación, en principio, de la actividad de la Unión en materia de protección de la salud por las políticas de los Estados miembros debe considerarse una expresión del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 5 CE. Pero esto no perjudica la facultad de la Unión de establecer pautas mínimas de protección de ámbito comunitario para eliminar las restricciones a las libertades fundamentales en el marco de la armonización de las políticas nacionales de protección de la salud, basada en el artículo 95 CE. La propuesta de directiva de la Comisión, que según su octavo considerando persigue garantizar, entre otras cosas, la movilidad de los pacientes y la libertad para

14 — El octavo considerando de la Propuesta de Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, de la Comisión, citada en la nota 4, reza como sigue: «El objetivo de la presente Directiva es establecer un marco general para la prestación en la Comunidad de asistencia sanitaria transfronteriza segura, eficaz y de gran calidad, así como garantizar la movilidad de los pacientes, la libertad para la prestación de asistencia sanitaria y un elevado nivel de protección de la salud, respetando plenamente, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados miembros en lo tocante a la determinación de las prestaciones de seguridad social que estén relacionadas con la salud y a la organización y la prestación de asistencia sanitaria y atención médica, y de otras prestaciones de la seguridad social, en especial, en caso de enfermedad.»

la prestación de asistencia sanitaria, se fundamenta precisamente en dicha facultad.

61. El Tribunal de Justicia es consciente del complejo reparto de funciones entre la Unión y sus Estados miembros, pues, como ha declarado en su reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social.¹⁵ Esto significa, a su vez, que, a falta de armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos para la concesión de prestaciones de seguridad social.¹⁶ En este contexto debe hacerse referencia a la sentencia *Watts*,¹⁷ en la que el Tribunal de Justicia recordó con toda claridad que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción de la Unión respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médicas.

62. Sin embargo, como el Tribunal de Justicia declaró en la misma sentencia, dicha disposición no excluye que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 49 CE, o de medidas de la Unión adoptadas con arreglo a otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 22 del Reglamento n.º 1408/71, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en sus sistemas nacionales de asistencia sanitaria y de seguridad social.¹⁸ Ya en sentencias anteriores el Tribunal de Justicia había destacado que en el ejercicio de la competencia que les confiere el artículo 152 CE, apartado 5, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios,¹⁹ pues dichas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de esta libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria.²⁰ Asimismo, debe destacarse la circunstancia de que el Tribunal de Justicia ha advertido expresamente que la realización de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado obliga inevitablemente a los Estados miembros a introducir

15 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, *Duphar* y otros (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; de 17 de junio de 1997, *Sodermare* y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 27; de 28 de abril de 1998, *Kohll* (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartado 17; de 18 de marzo de 2004, *Leichtle* (C-8/02, Rec. p. I-12641), apartado 29; *Watts*, citada en la nota 2, apartado 92, y de 15 de junio de 2010, *Comisión/España* (C-211/08, Rec. p. I-5267), apartado 53.

16 — Sentencias de 24 de abril de 1980, *Coonan* (110/79, Rec. p. 1445), apartado 12; de 4 de octubre de 1991, *Paraschi* (C-349/87, Rec. p. I-4501), apartado 15; de 30 de enero de 1997, *Stöber* y *Piosa Pereira* (C-4/95 y C-5/95, Rec. p. I-511), apartado 36; *Watts*, citada en la nota 2, apartado 92; de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré* y *van Riet* (C-385/99, Rec. p. I-4509), apartado 100; de 15 de junio de 2010, *Comisión/España*, citada en la nota 15, apartado 53, y de 27 de enero de 2011, *Comisión/Luxemburgo* (C-490/09, Rec. p. I-247), apartado 32.

17 — Sentencia *Watts*, citada en la nota 2, apartado 146. Véase también la sentencia de 15 de junio de 2010, *Comisión/España*, citada en la nota 15, apartado 75.

18 — Sentencia *Watts*, citada en la nota 2, apartado 147.

19 — Sentencias de 28 de abril de 1998, *Decker* (C-120/95, Rec. p. I-1831), apartado 19; de 12 de julio de 2001, *Smits* y *Peerbooms* (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartados 44 a 46; *Müller-Fauré* y *van Riet*, citada en la nota 16, apartado 100; de 23 de octubre de 2003, *Inizan* (C-56/01, Rec. p. I-12403), apartado 17; *Watts*, citada en la nota 2, apartado 92, y de 15 de junio de 2010, *Comisión/España*, citada en la nota 15, apartado 53.

20 — Sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov* (C-173/09, Rec. p. I-8889), apartado 40; de 15 de junio de 2010, *Comisión/España*, citada en la nota 15, apartado 23; *Stamatelaki* (C-444/05, Rec. p. I-3185), apartado 23, y *Watts*, citada en la nota 2, apartado 92.

adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia.²¹ Finalmente no debe obviarse que la Unión Europea puede ejercer una influencia sustancial sobre los sistemas de salud de los Estados miembros en virtud de medidas dirigidas, por ejemplo, a la aplicación de las libertades fundamentales.²²

63. En el ámbito de los servicios sanitarios transfronterizos podría decirse que se produce una interrelación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, de manera que, como se observa tan a menudo, el Derecho de la Unión se limita sustancialmente a establecer un objetivo vinculante, en este caso la realización de la libre circulación de personas para los pacientes, así como su igualdad de trato frente a las autoridades nacionales, independientemente de su nacionalidad, mientras que subsisten las competencias de los Estados miembros, que se han de amoldar al marco normativo que establece el Derecho primario y derivado en la medida en que los Estados miembros no pueden vulnerar el Derecho de la Unión en el ejercicio de

sus competencias.²³ La extensión del marco del Derecho de la Unión, que establece el artículo 49 CE para el ejercicio de las competencias de los Estados miembros, la determina el Tribunal de Justicia, pues a éste le corresponde la función asignada en los Tratados constitutivos de aclarar y precisar por la vía de la interpretación el significado y el alcance de una norma del Derecho de la Unión, tal como debe o debería haber sido entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor.²⁴

64. En consecuencia, la República Portuguesa no puede invocar con éxito su competencia originaria en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica en su territorio nacional para eludir el cumplimiento de las obligaciones que le impone el resto del Derecho primario de la Unión, sobre todo las disposiciones relativas a las libertades fundamentales.

b) Inclusión de la normativa nacional controvertida

65. En lo que concierne a la cuestión añadida de si la normativa nacional controvertida está

21 — Sentencias de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 45; Watts, citada en la nota 2, apartado 147, y Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 102.

22 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 11 de diciembre de 2003, DocMorris (C-322/01, Rec. p. I-14887) –prohibición nacional de la venta de medicamentos por correspondencia–; de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389) –servicio de atención continuada de un médico en un hospital en relación con la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores–; Leichtle, citada en la nota 15, apartado 51 –requisitos para el reembolso de gastos de una cura termal en otro Estado miembro–, y de 3 de octubre de 2000, Ferlini (C-411/98, Rec. p. I-8081), apartados 47 y 48.

23 — En este sentido, Van Raepenbusch, S.: «Dossier: l'Europe de la santé – L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04», *Gazette du Palais*, diciembre de 2006, p. 8.

24 — Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Italia (C-540/04, Rec. p. I-10983), apartado 63.

comprendida en el ámbito material de aplicación del artículo 49 CE, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, las prestaciones médicas dispensadas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios,²⁵ sin que deba distinguirse entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él.²⁶ También se ha declarado ya que la libre prestación de servicios comprende la libertad de los destinatarios de los servicios, incluidas las personas que requieren tratamiento médico, para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de recibir allí dichos servicios, sin verse menoscabados por restricciones.²⁷ Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que una prestación médica no pierde su calificación de prestación de servicios a efectos del artículo 49 CE porque el paciente solicite a un servicio nacional de salud que se haga cargo de los gastos después de que él haya pagado el tratamiento recibido al prestador de servicios extranjero.²⁸

66. Por tanto, disposiciones nacionales como las contenidas en el Decreto-lei n° 177/92, que establecen las condiciones tanto para el acceso de un paciente a servicios sanitarios transfronterizos como el reembolso de los gastos médicos por parte de las autoridades de un sistema nacional de asistencia sanitaria, están comprendidas en el ámbito material de aplicación del artículo 49 CE.²⁹

67. Por lo demás, al contrario de lo que sostiene el Gobierno portugués, que de forma reiterada ha alegado la imposibilidad de trasladar los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia al presente asunto, el hecho de que el sistema nacional de salud de Portugal, al contrario de lo que sucede con los sistemas de salud de otros Estados miembros, no esté financiado con cuotas de los afiliados, sino exclusivamente con impuestos y otros recursos presupuestarios del Estado, en absoluto se opone a que se examine la compatibilidad de las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92 con el artículo 49 CE, tal y como ha

25 — Sentencias de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 34; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15, apartado 47; Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 19; Watts, citada en la nota 2, apartado 86; de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685), apartado 18, y Kohll, citada en la nota 15, apartado 29.

26 — Sentencias de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 34; de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia (C-512/08, Rec. 2010, p. I-8833), apartado 30; Leichtle, citada en la nota 15, apartado 28; Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 19; Watts, citada en la nota 2, apartado 86; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 103; de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, Rec. 2001, p. I-5363), apartado 41, y Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartado 53.

27 — Sentencias de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 35; de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 31; Elchinov, citada en la nota 20, apartado 37; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15, apartado 49; Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 20, y Watts, citada en la nota 2, apartado 87.

28 — Sentencias de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15, apartado 47; Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 21, y Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 103.

29 — Véanse la sentencia Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartados 60 a 69, y la sentencia del Tribunal de la AELC, Rinsal y Slinning (E-11/07 y C-1/08), apartado 44, en las que no sólo se afirma la aplicabilidad material de las disposiciones del Derecho primario relativas a la libre prestación de servicios en los Tratados CE y EEE, sino que además también el carácter restrictivo de las disposiciones nacionales de que se trata. El artículo 49 CE, apartado 1, es de contenido idéntico al del artículo 36, apartado 1, del Tratado EEE, para cuya interpretación es competente el Tribunal de la AELC (con respecto a los Estados miembros del AELC/EEE). Atendiendo al principio de jurisprudencia homogénea en el seno del Espacio Económico Europeo, el Tribunal de la AELC ha aplicado la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a dicha disposición del Tratado.

sido interpretado por el Tribunal de Justicia, pues, como de forma concluyente declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Watts*,³⁰ especialmente en relación con un sistema nacional de salud financiado con impuestos como es el National Health Service (NHS) del Reino Unido, las disposiciones del Derecho primario sobre la libre prestación de servicios son aplicables «con independencia del modo en que funcione el [respectivo] sistema nacional de salud.» Deseo señalar que una de las novedades de la sentencia *Watts* fue el traslado a los sistemas nacionales de salud financiados con impuestos de la anterior jurisprudencia sobre la libre circulación en el marco de un seguro legal de enfermedad financiado con cuotas.³¹ Por lo demás, en este contexto procede referirse a la sentencia *Müller-Fauré y van Riet*,³² en la que el Tribunal de Justicia declaró expresamente que no procede, desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, establecer una distinción atendiendo a si «la caja del seguro de enfermedad o el presupuesto nacional paga directamente al prestador». Por lo tanto, procede rechazar la alegación contraria del Gobierno portugués.

68. En consecuencia, ha lugar a la aplicación del artículo 49 CE.

B. Restricción de la libre prestación de servicios

69. A continuación debe examinarse si las disposiciones contenidas en el Decreto-lei nº 177/92 representan una restricción de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE, como afirma la Comisión. Según jurisprudencia asentada, el artículo 49 CE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro.³³

70. Sin embargo, sólo puede determinarse la existencia de una restricción injustificada de la libre prestación de servicios y, por tanto, de un incumplimiento del Derecho de la Unión una vez se haya esclarecido suficientemente el objeto del litigio. A tal efecto debe examinarse qué persiguen las pretensiones de la Comisión, pues son las que determinan dicho objeto.

71. Hay que constatar que la Comisión fundamenta su recurso en dos incumplimientos alternativos. En su recurso, la Comisión reprocha a la República Portuguesa en particular que en su ordenamiento jurídico no

30 — Citada en la nota 2, apartado 90.

31 — «En este sentido, Schneider, U.: "Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG", *European Law Reporter*, 9/2006, p. 348; Schiano, R.: "Arrêt", *Yvonne Watts*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2006, p. 461.

32 — Citada en la nota 16, apartado 103.

33 — Sentencias de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 33; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15, apartado 55; Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 25; *Watts*, citada en la nota 2, apartado 94; Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartado 61; Kohll, citada en la nota 15, apartado 33, y de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17.

prevea la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento n° 1408/71. Subsidiariamente le reprocha haber establecido un sistema que somete el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa.

1. Posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro

72. De la redacción de la primera pretensión del recurso se desprende que su segunda parte («o, en caso de que dicho Decreto-lei admita la posibilidad de reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro») debe entenderse como pretensión subsidiaria de la Comisión para el caso de que el Tribunal de Justicia apreciase que la normativa portuguesa relevante, al contrario de lo que sospecha la Comisión, sí prevea el reembolso de los gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, es decir, también en los casos no previstos en el Reglamento n° 1408/71.

73. En consecuencia, en primer lugar debe examinarse a partir de la información que las partes han puesto a disposición del Tribunal de Justicia si la normativa nacional controvertida de hecho prevé el reembolso de los

gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

74. En su escrito de recurso,³⁴ la Comisión señala que, basándose en la información que las autoridades portuguesas le transmitieron en el marco del procedimiento administrativo previo, dedujo que el ordenamiento jurídico portugués no prevé la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro, salvo en los casos previstos en el Reglamento n° 1408/71. La Comisión se remite a tal efecto al escrito de respuesta de las autoridades portuguesas de 4 de septiembre de 2007 al dictamen motivado,³⁵ en el que éstas declararon que no hay ninguna disposición en el ordenamiento jurídico portugués que regule el derecho al reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro. Además, en dicho escrito las autoridades portuguesas admitieron que en un caso así no se produce un reembolso de gastos médicos.

75. Asimismo, en su escrito de recurso³⁶ la Comisión critica la información inexacta que las autoridades portuguesas suministraron sobre la finalidad normativa del Decreto-lei n° 177/92 y sobre la aplicabilidad de dicho texto legal a los tratamientos no hospitalarios dispensados en otro Estado miembro. Aduce

³⁴ — Véanse los puntos 32 y 33 del escrito de recurso.

³⁵ — Véase la p. 15 del escrito de respuesta de las autoridades portuguesas de 4 de septiembre de 2007 al dictamen motivado.

³⁶ — Véase el punto 38 del escrito de recurso.

que las autoridades portuguesas declararon en su respuesta de 15 de mayo de 2008 al dictamen motivado adicional que el Decreto-lei n° 177/92 somete el reembolso de gastos médicos por un tratamiento en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa. De ahí deduce la Comisión que el Decreto-lei n° 177/92 en cualquier caso también debería ser aplicable a los tratamientos no hospitalarios.

76. En el presente procedimiento por incumplimiento se manifiesta cierta inseguridad por parte de la Comisión a la hora de reproducir de forma detallada el contenido normativo de las disposiciones controvertidas, así como aquellos aspectos susceptibles de fundamentar una restricción de las libertades relativas a la prestación de servicios. Y esto sorprende, máxime cuando el procedimiento administrativo previo comenzó ya en 2006 y la correspondencia entre la Comisión y las autoridades portuguesas, en cuyo marco se examinó la cuestión de la compatibilidad de la legislación portuguesa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se remonta incluso al año 2003. Se podrían haber evitado los malentendidos y la información contradictoria que se desprenden de los escritos de las partes si ya en el procedimiento administrativo previo se hubieran examinado detenidamente algunos aspectos relevantes como, por ejemplo, la aplicabilidad de las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92 a los tratamientos no hospitalarios. A este respecto, me permito recordar que los Estados miembros están

obligados, con arreglo al artículo 10 CE, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que, según el artículo 211 CE, consiste especialmente en velar por la aplicación de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del Tratado³⁷. Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, de dicha obligación se desprende que los Estados miembros están obligados a cooperar de buena fe en cualquier investigación efectuada por la Comisión al amparo del artículo 226 CE y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto.³⁸

77. Del Decreto-lei n° 177/92 se deduce que dicha norma legal establece, en cualquier caso, los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, sin que nada indique que la ley distinga entre los tratamientos hospitalarios y los no hospitalarios. Parece ser que también el Gobierno portugués parte de esa concepción, pues en su escrito de contestación, por una parte, cuestiona el sentido de esta diferenciación general entre tipos de tratamiento y, por otra, declara de forma inequívoca que las disposiciones portuguesas (lo que explícitamente se refiere al Decreto-lei n° 177/92) permiten el reembolso íntegro de los gastos médicos efectuados en el extranjero por tratamientos

37 — Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de diciembre de 1991, Comisión/Italia (C-33/90, Rec. 1991, p. I-5987), apartado 18, y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda (C-494/01, Rec. 2005, p. I-3331), apartado 197.

38 — Véanse, entre otras, las sentencias de 11 de diciembre de 1985, Comisión/Grecia (192/84, p. 3967), apartado 19; de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo (C-478/01, Rec. p. I-2351), apartado 24; de 13 de julio de 2004, Comisión/Italia (C-82/03, Rec. p. I-6635), apartado 15, y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, citada en la nota 37, apartado 198. En este sentido, también Lenaerts, K., Arts, D., y Maselis, I.: *Procedural Law of the European Union*, 2ª edic., Londres 2006, marginal 5-057, p. 163.

hospitalarios y por tratamientos no hospitalarios, siempre que estén justificados por razones médicas.³⁹

miembro para obtener la asistencia de que se trata.⁴¹

78. Por tanto, procede constatar que, al contrario de lo que supone la Comisión, el Decreto-lei n° 177/92, como ley nacional pertinente, sí prevé en principio la posibilidad de reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

2. Necesidad de una autorización previa para asistencia médica «altamente especializada»

79. Subsidiariamente, la Comisión reprocha a la República Portuguesa haber establecido un sistema que somete el reembolso de gastos médicos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa. Debe señalarse al respecto que el Tribunal de Justicia ya ha considerado que la mera exigencia de una autorización previa para el reembolso de gastos constituye, tanto para los prestadores de servicios como para sus pacientes, un obstáculo a la libre prestación de servicios⁴⁰ si resulta que puede disuadir, e incluso impedir, a los asegurados de un sistema así de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otro Estado

80. La Comisión reprocha en particular que en el ordenamiento jurídico portugués se mantenga una norma legal contraria al Derecho de la Unión. Al contrario de lo que defienden los Gobiernos portugués y español,⁴² a los efectos de valorar un efecto restrictivo de una disposición nacional no es en absoluto imprescindible apreciar la existencia de una práctica administrativa concreta contraria al Derecho de la Unión, es decir, en el presente caso una práctica eventualmente restrictiva de las autoridades portuguesas en la concesión de autorizaciones. Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del artículo 49 CE, el alcance de la libre prestación de servicios se interpreta de manera tan extensa que, para afirmar la existencia de un efecto restrictivo de una disposición nacional, basta que ésta pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesante para el destinatario recurrir a la prestación ofertada en otro Estado miembro.⁴³ En consecuencia, a los efectos del presente procedimiento es suficiente con examinar si las disposiciones nacionales controvertidas pueden tener un efecto disuasorio sobre potenciales destinatarios de servicios.

39 — Véanse los puntos 16, 24 y 58 del escrito de contestación.

40 — Sentencias de 31 de enero de 1984, asuntos Luisi y Carbone (286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 16; de 28 de enero de 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249), apartado 31, y Kohll, citada en la nota 15, apartado 35. Véase la sentencia Rinsal y Slinning del Tribunal de la AELC, citada en la nota 29, apartados 44 y 45.

41 — Sentencias Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 32; Watts, citada en la nota 15, apartado 98; Leichtle, citada en la nota 15, apartado 30; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 41 y 44, y Smits y Peerboms, citada en la nota 19, apartado 69.

42 — Véase el apartado 21 del escrito del Gobierno español.

43 — Véase la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional (C-42/09, Rec. p. I-7633), apartado 51.

81. Únicamente analizando las disposiciones nacionales relevantes podrá determinarse si las normas contenidas en el Decreto-lei nº 177/92 despliegan tal efecto disuasorio sobre los potenciales pacientes como para satisfacer lo exigido por el concepto de restricción.

82. Como ya se ha dicho, el Decreto-lei nº 177/92 establece los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero. Somete el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero a una reserva de autorización, creando a tal efecto un procedimiento administrativo específico que prevé la intervención de diferentes instancias hospitalarias y con arreglo al cual un paciente que necesite un tratamiento altamente especializado en el extranjero, con arreglo al artículo 2 del Decreto-lei, deberá obtener la autorización de tres instancias diferentes antes de recibir asistencia en el extranjero. Tanto de la exposición de motivos como de los artículos 1, apartado 1, y 3, apartado 1, letra a), del Decreto-lei se deduce que en la autorización se certifica esencialmente que es preciso efectuar en el extranjero, en el marco de la cooperación médica, el tratamiento necesario, porque por falta de recursos técnicos o personales no puede efectuarse en territorio nacional. Las solicitudes de asistencia médica altamente especializada deben presentarlas los hospitales del sistema nacional de salud, debiendo adjuntar a las solicitudes un informe exhaustivo del médico, confirmado tanto por el jefe de servicio correspondiente como por el director médico.

83. Por tanto, el Decreto-lei nº 177/92 somete el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero a una autorización previa, lo que, en caso de denegación, conduciría a que en último término el paciente deba soportar la totalidad de sus gastos médicos. Si bien el régimen controvertido no impide directamente a los pacientes dirigirse a un prestador de servicios en otro Estado miembro, la perspectiva de una pérdida financiera en caso de no cobertura de los gastos médicos por el sistema nacional de salud, consecuencia de una decisión administrativa desfavorable, por sí sola ya es objetivamente apta para disuadir a los potenciales pacientes que deseen recibir asistencia médica en el extranjero. Esta opinión se ve confirmada por las sentencias Kohll, Smits y Peerbooms, así como Müller-Fauré y van Riet,⁴⁴ en las que el Tribunal de Justicia confirmó, entre otros, el efecto disuasorio de aquellas exigencias de autorización que tengan por objeto certificar la necesidad médica de un tratamiento en el extranjero. Como factor disuasorio adicional en cuanto al acceso a prestaciones sanitarias transfronterizas puede aducirse la complejidad del controvertido procedimiento de autorización, que se refleja sobre todo en su configuración en tres fases. Tampoco puede excluirse la posibilidad de dictámenes contradictorios de las diferentes instancias en cuanto a la necesidad médica de un tratamiento en el extranjero.

84. En la fase escrita del procedimiento, el Gobierno portugués ha alegado que son equiparables el procedimiento previsto en el Decreto-lei nº 177/92, de «certificación previa de la necesidad clínica» (*«referenciação prévia da necessidade clínica»*) de un

44 — Véanse las sentencias Kohll, citada en la nota 15, apartados 33 a 36; Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartados 62 y 64, y Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 41 y 42.

tratamiento en el extranjero y la remisión a un médico especialista en territorio nacional son equiparables.⁴⁵ Manifiestamente, dicho argumento persigue desvirtuar la presunción de que el régimen controvertido puede dificultar más la prestación de servicios entre la República Portuguesa y otros Estados miembros de la Unión que la prestación de servicios en el interior de un Estado miembro. A mí me suscita ciertas dudas este argumento, máxime cuando el Gobierno portugués nada ha expuesto que pudiera apoyar dicha afirmación. Así, por ejemplo, faltan pruebas de que la remisión a un médico especialista en Portugal requiera obtener una autorización de tres instancias diferentes. En consecuencia, hay que suponer que una remisión a un médico especialista en territorio nacional va acompañada de gestiones administrativas mucho menores que una remisión al extranjero en el marco del controvertido procedimiento de autorización. Al margen de estas consideraciones, debe advertirse que dicho régimen atiende explícitamente a situaciones transfronterizas y manifiestamente persigue dificultar que ciudadanos que viven en Portugal accedan a prestaciones sanitarias en el extranjero.

85. Por lo tanto, procede declarar que el sistema de autorización previa controvertido puede disuadir y, por tanto, también impedir a pacientes potenciales que se dirijan a prestatarios de servicios sanitarios en otro Estado miembro. De este modo, el régimen nacional controvertido dificulta más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios en el interior de un Estado

miembro, por lo que constituye, tanto para esos pacientes como para los prestadores de servicios, un obstáculo a la libre prestación de servicios.

3. Exclusión del reembolso de «otros» tratamientos médicos

86. También en otro contexto parece acertada la ya mencionada sospecha de la Comisión en cuanto a la imposibilidad de reembolso de gastos médicos⁴⁶ con arreglo al Derecho portugués. Como ya se apreció en el marco de la exposición de la ley en cuestión, el Decreto-lei n.º 177/92 no comprende todo tipo de tratamientos médicos. Más bien se limita exclusivamente al llamado tratamiento médico «altamente especializado» en el extranjero. Por tanto, la perspectiva de reembolso de gastos se limita a este tipo de tratamientos (siempre que se conceda la autorización correspondiente). A la vista de que, a falta de información contraria por parte del Gobierno portugués, no existe en el ordenamiento jurídico de la República Portuguesa una norma que conceda expresamente un derecho al reembolso de gastos médicos efectuados en el marco de «otros» tratamientos no hospitalarios en el extranjero, hay que suponer que el Derecho portugués no prevé tal posibilidad.

45 — Véanse los puntos 22 y 23 de la contestación al recurso.

46 — Véase el punto 74 de las presentes conclusiones.

87. Esta suposición se ve reforzada, además de por la finalidad normativa, la sistemática y el tenor literal del Decreto-lei n° 177/92, también por las alegaciones del Gobierno portugués sobre las características esenciales del sistema portugués de asistencia sanitaria, que se distingue esencialmente por su autonomía y, probablemente por ese motivo, considera que un tratamiento médico en el extranjero es menos digno de promoción que los tratamientos correspondientes en territorio nacional. Como indicio añadido también se puede aducir la declaración del Gobierno portugués de que la República Portuguesa no puede garantizar el reembolso de gastos por tratamientos de cualquier tipo en el extranjero.⁴⁷ El hecho de que el Gobierno portugués, remitiéndose al Decreto-lei n° 177/92, rebata la afirmación de la Comisión de que en el ordenamiento jurídico portugués no existe una disposición que prevea dicho reembolso de gastos médicos, tampoco desvirtúa la interpretación del marco jurídico nacional expresada en estas conclusiones, pues el Decreto-lei n° 177/92, como ya se ha expuesto, precisamente no regula el reembolso de gastos médicos efectuados en el marco de «otros» tratamientos no hospitalarios.

88. Debido a su condición de servicios sanitarios, los «otros» tratamientos médicos no hospitalarios en el extranjero también están amparados por la libre prestación de servicios. La categórica falta de reconocimiento del derecho al reembolso de gastos de enfermedad efectuados en el extranjero en el marco de dichos tratamientos representa

claramente una restricción de la libre circulación de servicios en el sentido de la definición citada,⁴⁸ pues hace más difícil a los pacientes establecidos en Portugal acceder a servicios sanitarios en otros Estados miembros que recurrir a los mismos servicios sanitarios en territorio nacional, ya que sólo tendrán derecho al reembolso de gastos por parte del servicio nacional de salud si se someten a tratamiento en territorio nacional. Como ya he expuesto en relación con la exigencia de autorización con arreglo a las disposiciones del Decreto-lei,⁴⁹ si bien la no cobertura de los gastos médicos no impide directamente a los pacientes dirigirse a un prestador de servicios en otro Estado miembro, la perspectiva de una pérdida financiera por sí sola ya es objetivamente suficiente para disuadir a los potenciales pacientes que deseen recibir asistencia médica en el extranjero.⁵⁰ En última instancia, el carácter restrictivo de dicho régimen se exterioriza en sus efectos.

89. En ese sentido, la falta de posibilidad de reembolso de gastos médicos en caso de «otros» tratamientos médicos debe considerarse también una restricción de la libre prestación de servicios.

48 — Véase el punto 69 de las presentes conclusiones.

49 — Véase el punto 83 de las presentes conclusiones.

50 — Véase la sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 41.

47 — Véase el punto 54 de la contestación al recurso.

C. Justificación de la restricción

90. Tras apreciar sendas restricciones de la libre prestación de servicios tanto para los tratamientos médicos «altamente especializados» como para los «otros» tratamientos médicos, a continuación procede examinar si las respectivas restricciones pueden estar objetivamente justificadas.

91. A tal efecto es necesario delimitar estrictamente ambas situaciones. En el caso de los tratamientos médicos «altamente especializados» la cuestión sobre la justificación se suscita respecto de la restricción resultante de la exigencia de autorización.⁵¹ En cambio,⁵² en el caso de los «otros» tratamientos médicos se ha examinado la justificación de la restricción resultante de la falta de posibilidad de reembolso de gastos médicos. A favor de la justificación por separado se puede aducir, en primer lugar, la diferente intensidad con la que cada norma nacional controvertida restringe la libre prestación de servicios y, en segundo lugar, el hecho de que las exigencias jurídicas para una justificación en el Derecho de la Unión sean en parte distintas.

1. Justificación en el caso de los tratamientos médicos «altamente especializados»

92. Como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión no se opone en principio a un sistema de

autorización previa, pero es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen y que cumplan con el requisito de proporcionalidad.⁵³ Para ello, conforme a reiterada jurisprudencia, es necesario que tal restricción no exceda de lo que es objetivamente necesario a dichos efectos y que dicho resultado no pueda obtenerse mediante normas menos coercitivas.⁵⁴ Asimismo, tal sistema debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda ejercerse de manera arbitraria.⁵⁵

93. En lo que a la metodología jurídica se refiere, la justificación es aquel aspecto del examen en que debe lograrse la «concordancia práctica», exigida por el Gobierno portugués, entre la soberanía normativa y de organización de los Estados miembros en materia de asistencia sanitaria, por una parte, y las reglas del mercado interior, por otra.⁵⁶ A este respecto, al Tribunal de Justicia le corresponde compatibilizar en la mayor medida posible el interés de un afiliado a un sistema nacional de salud por beneficiarse de las ventajas del mercado interior desde la perspectiva de la libre circulación de servicios sanitarios, y la

51 — Véase el punto 85 de las presentes conclusiones.

52 — Véase el punto 89 de las presentes conclusiones.

53 — Sentencias Elchinov, citada en la nota 20, apartado 44, y Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartado 82.

54 — Sentencia Watts, citada en la nota 2, apartado 106.

55 — Véanse las sentencias Elchinov, citada en la nota 20, apartado 44; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 83 a 85, y Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartados 82 y 90.

56 — Véase Cousins, M.: «Patient Mobility and National Health Systems», *Kluwer Law International*, 2007, p. 190.

voluntad de los Estados miembros de conservar la estabilidad financiera de sus servicios de salud, para poder seguir garantizando a los afiliados servicios sanitarios de alta calidad.⁵⁷

94. En cualquier caso, una restricción de las libertades fundamentales sólo puede justificarse si existe una causa legítima de justificación. En su jurisprudencia sobre los servicios sanitarios transfronterizos, el Tribunal de Justicia reconoce una serie de causas de justificación escritas o desarrolladas en la propia jurisprudencia. Sin embargo, hasta la fecha no ha habido pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia sobre si realmente cabe justificación en una situación como la presente, en la que la restricción de la libre prestación de servicios es consecuencia de la aplicación de un régimen nacional que es discriminatorio (pues establece una exigencia

de autorización exclusivamente para los tratamientos médicos en el extranjero). A este respecto se ha de recordar que, conforme a la jurisprudencia tradicional, no se puede recurrir a razones imperiosas de interés general para justificar restricciones de las libertades fundamentales aplicadas de forma discriminatoria.⁵⁸ Por lo tanto, es dudoso si el Tribunal de Justicia puede realmente examinar las causas de justificación que invoca el Gobierno portugués para restringir la libre prestación de servicios. Por otra parte, en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encuentran claros indicios de que en determinados ámbitos las razones imperiosas de interés general también pueden invocarse para justificar restricciones discriminatorias de las libertades fundamentales, si bien obviamente se ha de respetar siempre el principio de proporcionalidad.⁵⁹ En el presente procedimiento, sin embargo, no es preciso responder de forma definitiva a la cuestión de si la controvertida restricción discriminatoria de la libre prestación de servicios se puede justificar en principio apelando a razones imperiosas de interés general, pues, en efecto, tal justificación presupone siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

57 — Véase Schiano, R., *op. cit.* (nota 31), en cuya opinión el Tribunal de Justicia está llamado en todos los asuntos a establecer un equilibrio razonable entre los intereses enfrentados. De modo similar también Van Raepenbusch, S., *op. cit.* (nota 23), p. 8, según el cual al Tribunal de Justicia le incumbe la difícil tarea de compatibilizar, por una parte, las exigencias de la libre circulación de personas y, por otra, la necesidad de conservar el equilibrio financiero de los servicios nacionales de salud en aras de una asistencia sanitaria general.

58 — Véase, sobre todo, la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37. En cuanto a restricciones discriminatorias de la libre prestación de servicios, véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, Comisión/España (C-153/08, Rec. p. I-9735), apartado 36; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartados 36 y 37, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia (C-388/01, Rec. p. I-721), apartado 19. Respecto del principio de que las restricciones de la libertad de establecimiento basadas en la nacionalidad no pueden justificarse apelando a razones imperiosas de interés general, véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2010, Comisión/Francia (C-89/09, Rec. p. I-12941), apartados 50 y 51; de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-4629), apartados 61 y 62; de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171), apartados 25 y 26, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartados 44 y 45.

59 — Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con las medidas nacionales de protección del medio ambiente con carácter discriminatorio. Véanse al respecto mis conclusiones presentadas el 16 de diciembre de 2010 en el asunto aún pendiente Comisión/Austria (C-28/09), puntos 82 y ss.

Como demostraré en el marco de mi análisis, este requisito no se cumple en este caso.

en el Derecho constitucional portugués, necesariamente pone límites al acceso de los pacientes a asistencia médica en el extranjero, así como al reembolso de gastos médicos.

a) Salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social

i) Causa legítima de justificación

95. Para justificar la restricción de la libertad fundamental en cuestión, el Gobierno portugués alega principalmente la necesidad de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social. Aduce que el artículo 64, apartado 2, letra c), de la Constitución portuguesa obliga al Estado a crear un sistema nacional de asistencia sanitaria que brinde a la población servicios, en la medida de lo posible, gratuitos. Sostiene que la gratuidad del sistema hace necesario financiarlo con ingresos fiscales e ingresos procedentes del presupuesto estatal, y que la financiación del sistema nacional de asistencia sanitaria es la función más importante y al mismo tiempo más costosa del Estado. A juicio del Gobierno portugués,⁶⁰ la financiación del sistema nacional de asistencia sanitaria con recursos públicos prohíbe asumir los gastos médicos causados por tratamientos en el extranjero. Afirma, asimismo, que el sistema se distingue por su carácter autónomo y su amplia cobertura, y la estructura de dicho sistema, prevista

96. A las alegaciones del Gobierno portugués debe responderse que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las razones meramente económicas no pueden justificar una restricción del principio fundamental de la libre prestación de servicios. En cambio, este argumento no se puede desestimar sin más con el fundamento expuesto, máxime cuando el Tribunal de Justicia no ha excluido que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que en circunstancias pueda justificar tal restricción.⁶¹ Así, el Tribunal de Justicia recordó recientemente en su sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, su anterior jurisprudencia, con arreglo a la cual las necesidades de la planificación pueden justificar el requisito de someter a autorización previa la cobertura financiera por la institución competente de la asistencia prevista en otro Estado miembro.⁶²

61 — Véanse las sentencias Kohll, citada en la nota 15, apartado 41; Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartado 72; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 73, y Stamatelaki, citada en la nota 20, apartado 30.

62 — Sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 33, con remisión a las sentencias Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartados 76 a 81; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 76 a 81, y Watts, citada en la nota 2, apartados 108 a 110.

60 — Véase el punto 20 de la contestación al recurso.

97. No obstante, esas consideraciones, enunciadas acerca de prestaciones médicas dispensadas en el medio hospitalario, no pueden trasladarse a las situaciones en torno a las cuales gira el presente litigio, pues el análisis de la jurisprudencia revela que el Tribunal de Justicia ha admitido que se invoque dicha razón imperiosa exclusivamente en casos en los que se trataba de servicios sanitarios en el ámbito hospitalario, pero no en el ámbito no hospitalario.⁶³ A continuación examinaré detalladamente este aspecto.

98. De hecho, el Tribunal de Justicia, a la hora de examinar este motivo de justificación, siempre distingue entre las prestaciones médicas hospitalarias y las no hospitalarias, reconociendo las necesidades de planificación de los Estados miembros únicamente para las primeras. A juicio del Tribunal de Justicia, dicha planificación responde por lo general

a diversas preocupaciones. Por una parte, esta planificación persigue el objetivo de garantizar en el territorio del Estado de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad. Por otra parte, se debe a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos.⁶⁴ Esa planificación por parte de los Estados miembros se refiere a aspectos diversos, como, por ejemplo, el número de centros hospitalarios, su reparto geográfico, su organización, el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos que pueden ofrecer. El Tribunal de Justicia entiende que, desde este doble punto de vista, el requisito de someter a autorización previa la cobertura por parte del sistema nacional de los gastos derivados de la asistencia hospitalaria prevista en otro Estado miembro resulta una medida a la vez necesaria y razonable.⁶⁵

99. Sin embargo, es evidente que estas consideraciones no se pueden trasladar a los tratamientos no hospitalarios, pues ese tipo de

63 — Véase la sentencia Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 72 a 92, en la que el Tribunal de Justicia somete a exámenes diferentes a las prestaciones hospitalarias y a las prestaciones no hospitalarias. Véase la sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 34, en la que el Tribunal de Justicia aclara que las necesidades de la planificación relacionadas con la voluntad de evitar todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos, pueden constituir motivos de justificación, siempre que se trate de prestaciones médicas dispensadas en el medio hospitalario. Véase el punto 94 de las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 25 de febrero de 2010 en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15.

64 — Sentencias Elchinov, citada en la nota 20, apartado 43, y Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 80. Becker, U., y Walser, C.: «Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, p. 450, concluyen que el acceso a prestaciones no hospitalarias en principio ya no se puede someter a la exigencia de autorización previa. Bieback, K.-J.: «Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 7/2006, p. 242, entiende la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que una autorización previa del acceso transfronterizo a prestaciones representa un obstáculo a la libre prestación de servicios del artículo 49 CE, inadmisibles en caso de acceso a prestaciones no hospitalarias, pero admisibles en caso de acceso a prestaciones hospitalarias, pues en éstas debe protegerse la planificación y la seguridad de la asistencia.

65 — Véase la sentencia Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartados 62 y 64.

servicios sanitarios puede prestarlos un facultativo en su propia consulta, de modo que por regla general no se suscita la cuestión de la planificación estatal.

100. Deben aceptarse, en principio, las reservas del Gobierno portugués relativas a la dificultad de una delimitación nítida entre prestaciones hospitalarias y prestaciones no hospitalarias,⁶⁶ pues el propio Tribunal de Justicia ha advertido de dicha dificultad en su jurisprudencia.⁶⁷ De hecho no puede excluirse que ciertas prestaciones médicas dispensadas en un hospital pueden ser dispensadas igualmente en una clínica, un centro de salud o en la consulta de un médico generalista, con la correspondiente dificultad de delimitarlas en casos concretos.⁶⁸ En cualquier caso, a los efectos del presente procedimiento por incumplimiento la cuestión de la delimitación es completamente irrelevante, pues, en primer lugar, al contrario de lo que sucedía en otros asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia, no hay que establecer una delimitación para un caso concreto y, en segundo lugar, según las indicaciones del Gobierno portugués, el Decreto-lei nº 177/92 se aplica indistintamente a ambos tipos de asistencia.

101. En consecuencia, a diferencia del asunto Comisión/Francia, en que se trataba de necesidades de planificación resultantes del uso de equipos materiales particularmente onerosos,⁶⁹ el Tribunal de Justicia no tiene que entrar aquí a examinar si determinadas prestaciones no hospitalarias, debido a su onerosidad, podrían ser asimiladas a las prestaciones médicas dispensadas en el ámbito hospitalario. A los efectos del presente procedimiento basta con recordar que en aquella sentencia el Tribunal de Justicia, debido a las circunstancias particulares que acompañan el uso de equipos materiales particularmente onerosos, renunció finalmente a delimitar ambos tipos de tratamientos médicos. Así, el Tribunal de Justicia siguió a la opinión del Gobierno francés, que había invocado el elevado coste de dichos equipos y, por tanto, las necesidades de planificación. Como acertadamente reconoció el Tribunal de Justicia, con independencia del medio, hospitalario o no, en el que se proyecte instalarlos y utilizarlos, es necesario que los equipos materiales particularmente onerosos, limitativamente enumerados, puedan ser objeto de una política de planificación. A tal efecto, el Tribunal de Justicia opinó que dicha política de planificación, en lo que se refiere en especial a su número y reparto geográfico, es necesaria a fin de contribuir a garantizar en la totalidad del territorio nacional una oferta de asistencia de vanguardia, pero también para evitar en la medida de lo posible todo derroche de medios. Por muy acertadas que fueran esas consideraciones en el asunto mencionado, en el presente asunto no hay indicios de que estemos ante una situación comparable. Si bien esto no significa que algunos de los tratamientos no hospitalarios comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto-lei, en ciertas circunstancias, pudieran cumplir los requisitos para una equiparación en el sentido mencionado, los hechos, tal y como han sido

66 — Véase el punto 34 de la contestación al recurso.

67 — Véase la sentencia Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartados 76 a 80.

68 — Véase la sentencia Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 75, así como el punto 67 de las conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas el 15 de julio de 2010 en el asunto en que recayó la sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26.

69 — Véase la sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartados 34 a 37.

expuestos al Tribunal de Justicia, no admiten una conclusión en ese sentido.

102. Considerando el hecho de que son objeto del recurso por incumplimiento única y exclusivamente aquellos tratamientos no hospitalarios que son dispensados en el extranjero, la República Portuguesa no puede invocar con éxito eventuales necesidades de planificación, o incluso un riesgo para el equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitaria, para restringir la libre prestación de servicios sometiendo el reembolso de gastos médicos a la obtención de una autorización previa.

103. De todos modos, como acertadamente critica la Comisión,⁷⁰ el Gobierno portugués no ha demostrado hasta la fecha que exista efectivamente dicho riesgo. Como ya se ha mencionado,⁷¹ en el marco del presente procedimiento por incumplimiento el Gobierno portugués soporta la carga de la alegación y de la prueba respecto de la existencia de una justificación, y no ha cumplido con dichas cargas. El número de afiliados, indicado por el Gobierno portugués, que en un pasado reciente han recibido el reembolso de sus

gastos médicos⁷² no parece, objetivamente, que sea demasiado elevado. Ni ha afirmado el Gobierno portugués, por ejemplo, que el número de afiliados que se desplazan al extranjero y solicitan un reembolso sea tan alto que pueda llegar a perturbar el equilibrio financiero del sistema portugués de asistencia sanitaria, poniendo en peligro el nivel general de la protección de la salud pública.

104. A mi juicio, el Gobierno portugués, en sus alegaciones referentes a un supuesto riesgo para la capacidad de financiación de su sistema nacional de asistencia sanitaria, tampoco presta atención a algunos puntos de vista relacionados con la movilidad de los pacientes, a los que el Tribunal de Justicia acertadamente ha hecho referencia en la sentencia Müller-Fauré y van Riet⁷³ y que deben considerarse relevantes, pues también influyen en la decisión de los pacientes de recibir tratamiento en el extranjero, aparte de la eventual posibilidad de reembolso de los gastos médicos. Dichos puntos de vista son contrarios al temor implícitamente expresado de que los pacientes prefieran recurrir a los servicios sanitarios en el extranjero. Por una parte, hacen referencia al propio tipo de asistencia: por lo general, la asistencia no hospitalaria se produce en la proximidad del lugar de residencia del paciente, en un entorno cultural que conoce y que le permite establecer una relación de confianza con el facultativo que le atiende. Esto tiene como consecuencia necesariamente que (emergencias aparte) los pacientes que acudan al extranjero lo hagan sobre todo en áreas fronterizas o para tratarse

70 — Véase el punto 21 del escrito de réplica.

71 — Véase el punto 54 de las presentes conclusiones.

72 — En el apartado 16 de su dúplica, el Gobierno portugués cifra en 1.275 el número de afiliados que en los años 2006 a 2008 han recibido tratamiento médico en otro país europeo y el reembolso de sus gastos médicos, tratamientos que se han dispensado principalmente en España, Alemania, Francia, el Reino Unido y Suiza.

73 — Citada en la nota 16, apartados 95 y 96.

de enfermedades específicas. Por otra parte, no deben obviarse aquellos aspectos que generalmente obstaculizan la movilidad de los pacientes como, por ejemplo, las inevitables barreras lingüísticas, la distancia geográfica, el coste de la estancia en el extranjero y la falta de información sobre el tipo de asistencia dispensada en el extranjero. El Gobierno portugués debería haber considerado también estos aspectos en el marco de un análisis de riesgo, pero, en vez de eso, parece basarse en suposiciones sin suficiente fundamento.

105. Por las razones expuestas considero que el temor expresado por el Gobierno portugués referente a la salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social no constituye una causa legítima de justificación.

ii) Exigencias de un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión

— Consideraciones generales

106. Si el Tribunal de Justicia, contraviniendo su jurisprudencia hasta la fecha, y a pesar de las que considero insuficientes pruebas de un riesgo grave para el equilibrio financiero del sistema portugués de seguridad social,

alegado por el Gobierno portugués, llegase a la conclusión de que existe una causa legítima de justificación, el régimen nacional controvertido, adicionalmente, debería satisfacer tanto las exigencias establecidas por el Tribunal de Justicia para un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión como el requisito de proporcionalidad, señalado ya en el punto 90 de las presentes conclusiones.

107. La Comisión duda de que el procedimiento de autorización previsto en el Decreto-lei n° 177/92 satisfaga las exigencias mencionadas. Además, considera que las condiciones que establece dicha ley para la concesión de una autorización son excesivamente estrictas y desproporcionadas para el fin perseguido.⁷⁴

— Exigencias específicas de la jurisprudencia

108. El Tribunal de Justicia ha desarrollado criterios específicos para valorar si los requisitos que establece el Derecho nacional para conceder la autorización de un tratamiento en el extranjero, de la que a fin de cuentas depende el reembolso de los gastos médicos, son conformes con el Derecho de la Unión. En cuanto al método de examen, de la jurisprudencia se desprende que, si bien las exigencias de un procedimiento de autorización

⁷⁴ — Véase el punto 13 del escrito de réplica.

conforme al Derecho de la Unión guardan una estrecha relación con el examen de la proporcionalidad de una medida nacional, constituyen un aspecto autónomo en el examen de la justificación de una restricción de una libertad fundamental.⁷⁵ Por tanto, el examen del cumplimiento de dichas exigencias no sustituye al examen de la proporcionalidad, sino que lo complementa. Por esa razón, a continuación trataré por separado ambos aspectos.

109. Según jurisprudencia reiterada, para que un régimen de autorización previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a la libre prestación de servicios, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Un régimen de autorización de este tipo debe basarse, además, en un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización.⁷⁶

110. El Decreto-lei n° 177/92 concede a las instancias competentes la facultad de decidir sobre la «necesidad clínica» de la asistencia médica en el extranjero. La ley persigue una decisión rápida de las autoridades competentes, lo que se aprecia en que el artículo 4, apartado 3, establece que debe informarse sin demora a los interesados sobre la decisión y sobre las medidas dispuestas. Con arreglo al artículo 4, apartado 4, por regla general el plazo de información es de quince días, que se reducen a cinco días en casos urgentes con arreglo al artículo 5, apartado 1. Por lo tanto, no existen reservas respecto de la adecuación de los plazos para la tramitación de una solicitud de remisión al extranjero. La posibilidad de una revisión de la decisión administrativa por parte del Ministerio de sanidad portugués se prevé en el artículo 4, apartado 5, lo que en principio no plantea dudas, siempre que el interesado tenga la posibilidad de impugnar judicialmente dicha decisión.

111. En cambio, existen dudas acerca de la compatibilidad de las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92 en la medida en que de ellas no se desprende inequívocamente en qué criterios pueden basar las instancias competentes su decisión sobre la solicitud del paciente de remisión al extranjero. Al parecer, no existen criterios para conceder o denegar la autorización previa. Por lo tanto, faltan criterios objetivos que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que no pueda utilizarse de manera arbitraria el poder de decisión. A falta de criterios claros debería serle imposible al paciente prever la decisión de las instancias nacionales con poder de decisión. Por otra parte, esta falta de límites jurídicos también dificultará el control

75 — Véanse las sentencias Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 85; Watts, citada en la nota 2, apartado 116; de 15 de junio de 2010, Comisión/España, citada en la nota 15, apartado 43, y Elchinov, citada en la nota 20, apartado 44.

76 — Sentencias de 20 de febrero de 2001, Analir (C-205/99, Rec. p. I-1271), apartado 38; Smits y Peerbooms, citada en la nota 19, apartado 90; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 85; Watts, citada en la nota 2, apartado 116, y de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 43. Véase la sentencia Rinsal y Slinning del Tribunal de la AELC, citada en la nota 29, apartado 48.

judicial de las decisiones de denegación de la autorización.⁷⁷

las respectivas disposiciones legales, sin explicar al detalle el proceso de toma de dichas decisiones.

112. Así, por ejemplo, es cuestionable que la imposibilidad de prestar una asistencia médica altamente especializada en territorio nacional por falta de medios técnicos o personales pueda en realidad considerarse un requisito legal para una remisión al extranjero, cuando es precisamente esa circunstancia la que, como ya se ha expuesto, desde el punto de vista de la técnica normativa da lugar a la aplicación de dicha ley. Si efectivamente se tratase de un requisito, quedaría por resolver qué margen de apreciación tiene la instancia correspondiente y si para tomar su decisión está vinculada eventualmente a determinadas exigencias (por ejemplo, economía de costes, calidad del tratamiento, etc.), pero la ley nada dice al respecto.

113. Por lo demás, el Gobierno portugués no ha expuesto nada que pudiera despejar las dudas aquí expresadas sobre la transparencia de los procesos de decisión previstos en el Decreto-lei nº 177/92 y sobre la posibilidad de revisión judicial de los dictámenes resultantes. En su exposición, el Gobierno portugués se limita a reproducir el contenido de

114. A mi juicio, las controvertidas disposiciones del Decreto-lei nº 177/92 no satisfacen las exigencias mencionadas, establecidas por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia para un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión.

— Proporcionalidad

115. Suponiendo que sea legítima la mencionada causa de justificación, deberá examinarse también si el requisito de autorización previa para una remisión al extranjero para recibir tratamiento médico es *idóneo* y *necesario* para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema portugués de asistencia sanitaria. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida es idónea para alcanzar el objetivo perseguido si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática.⁷⁸ Una medida es además necesaria cuando, entre varias medidas idóneas para la consecución del fin perseguido, es la que resulta menos gravosa para los

⁷⁷ — Véanse las similitudes con la sentencia *Watts*, citada en la nota 2, apartado 118, en que el Tribunal de Justicia criticó que la normativa controvertida no precisaba los criterios de concesión o de denegación de la autorización previa necesaria para la cobertura del tratamiento hospitalario en otro Estado miembro.

⁷⁸ — Véanse las sentencias de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, Rec. p. I-2055), apartado 51, y de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri* (C-169/08, Rec. p. I-10821), apartado 42.

intereses o el bien jurídico afectados.⁷⁹ Finalmente, una medida así debería ser *adecuada*, es decir, debe guardar relación con el objetivo perseguido. En consecuencia, estamos ante una restricción inadecuada de la libre prestación de servicios cuando la medida nacional de que se trate, a pesar de contribuir a la consecución del fin de interés general, da lugar a una injerencia excesiva en la libre prestación de servicios.

116. Al contrario de lo que defiende el Gobierno español,⁸⁰ no le incumbe a la Comisión sino al Estado miembro demandado exponer y demostrar que la medida recurrida es conforme con el principio de proporcionalidad.⁸¹

117. Debe constatarse a este respecto que el Gobierno portugués, hasta ahora, no ha motivado en qué medida un examen estatal de las solicitudes individuales, para comprobar si el tratamiento médico altamente especializado puede efectuarse en territorio nacional, es idóneo para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema portugués de asistencia sanitaria. No está claro, en particular, el posible origen de dicho riesgo para el sistema. El Gobierno portugués no ha detallado si el riesgo radica en los mayores costes del tratamiento o en un eventual peligro de uso abusivo por parte de centros asistenciales no reconocidos. Y mucho menos se ha expresado el Gobierno

portugués acerca de las medidas alternativas para prevenir dichos riesgos.

118. Pero aun si la exigencia de autorización previa fuera idónea y necesaria para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema portugués de asistencia sanitaria, continuaría siendo dudoso que en su configuración legal concreta pudiera considerarse adecuada, máxime cuando el procedimiento administrativo previsto en el Decreto-lei n° 177/92 establece la obtención de la autorización de tres instancias distintas. Esto multiplica la incertidumbre del interesado en cuanto al desenlace del procedimiento, incertidumbre que ya tiene su origen en que el Decreto-lei n° 177/92 no establezca los criterios de decisión para la concesión o denegación de las distintas autorizaciones. No está claro, en particular, en qué medida las instancias implicadas están vinculadas por el dictamen favorable del facultativo a cargo del tratamiento y en qué circunstancias pueden apartarse de él. A mi juicio, el procedimiento de autorización previsto excede lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

119. En consecuencia, el régimen controvertido no es conforme con el principio de proporcionalidad.

79 — Sentencia de 11 de julio de 1989, Schröder (265/87, Rec. p. 2237), apartado 21.

80 — Véase el apartado 34 del escrito del Gobierno español.

81 — Véase la sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 44.

b) Control de la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero

de aplicación del principio fundamental de libre circulación.⁸²

120. El Gobierno portugués también alega que la exigencia de autorización previa es necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones efectuadas por el sistema nacional de asistencia sanitaria o en nombre de éste. Esta alegación debe entenderse en Derecho en el sentido de que el Gobierno portugués invoca a tal efecto la protección de la salud pública en el sentido del artículo 55 CE en relación con el artículo 46 CE, apartado 1.

121. La Comisión considera que la denegación del reembolso de gastos médicos con la justificación de que los servicios sanitarios prestados en otro Estado miembro no presentan la misma calidad que los prestados en Portugal se fundamenta en un criterio subjetivo, manifestamente inadecuado y discriminatorio.

122. Al argumento del Gobierno portugués debe responderse, en primer lugar, que los Estados miembros están facultados para establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de protección de la salud pública. No obstante, dicha facultad no les permite dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, fuera del ámbito

123. Asimismo, deseo señalar que dicho argumento ya se alegó en el asunto Kohll, y fue entonces desestimado acertadamente por el Tribunal de Justicia, en alusión a los requisitos de cualificación para los médicos en otros Estados miembros, que a causa de los esfuerzos armonizadores deben estimarse como comparables en cuanto a su nivel de exigencia en el seno de la Unión Europea. Así, el Gobierno luxemburgués había alegado en aquel asunto que la exigencia de autorización previa para el reembolso de gastos médicos era necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones médicas, que sólo podía verificarse, en el caso de los que se desplazan a otro Estado miembro, en el momento de la solicitud de autorización.⁸³ Sin embargo, el Tribunal de Justicia no aceptó dicho argumento, pues, como subrayó, los requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades de médico y de dentista han sido objeto de varias Directivas de coordinación o de armonización, de lo que resulta que deben reconocerse a los médicos y dentistas establecidos en otros Estados miembros todas las garantías equivalentes a las concedidas a los médicos y dentistas establecidos en el territorio nacional a efectos de la libre prestación de servicios. En consecuencia, el Tribunal de Justicia resolvió de forma acertada que una normativa como la aplicable en Luxemburgo, que establecía la exigencia de autorización previa para el

82 — Véanse las sentencias de 7 de mayo de 1986, Gül (131/85, Rec. p. 1573), apartado 17, y Kohll, citada en la nota 15, apartado 46.

83 — Sentencia Kohll, citada en la nota 15, apartado 43.

reembolso de gastos médicos, no puede estar justificada por razones de salud pública con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros.⁸⁴

124. Las mismas consideraciones deberían ser válidas para el presente asunto. Como acto jurídico más importante en materia de reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales de médicos habría que citar la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales,⁸⁵ que sustituyó a la anterior Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos.⁸⁶ Dicha Directiva persigue, con arreglo a su decimonoveno considerando, facilitar la libre circulación y el reconocimiento mutuo de los títulos de formación para una serie de grupos profesionales (entre otros, grupos profesionales sanitarios como los de médicos, enfermeros responsables de cuidados generales, odontólogos, veterinarios, matronas, farmacéuticos), introduciendo un mecanismo de reconocimiento automático de los títulos de formación sobre la base de la coordinación de las condiciones mínimas de formación. A la vista de unas condiciones de formación equiparables para los integrantes de grupos profesionales sanitarios, las reservas que el Gobierno portugués expresa en relación con eventuales diferencias de calidad

de los servicios médicos en los distintos Estados miembros deben desestimarse por infundadas.

125. Por tanto, la exigencia de autorización previa para el reembolso de gastos médicos no puede estar justificada por razones de salud pública con el fin de controlar la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero.

c) Conclusión parcial

126. En vista de las consideraciones anteriores, llego a la conclusión de que en el presente caso existe una restricción de la libre prestación de servicios que no puede justificarse objetivamente en relación con los tratamientos médicos «altamente especializados». El Gobierno portugués ni ha alegado causas legítimas de justificación ni ha demostrado que exista un riesgo concreto para el equilibrio financiero de su sistema nacional de seguridad social. Por tanto, en principio es innecesario examinar la compatibilidad de la medida controvertida con el principio de proporcionalidad. Pero, aunque el Tribunal de Justicia aprecie la existencia de una causa legítima de justificación, las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92 no satisfacen las exigencias establecidas por el Tribunal de Justicia para un procedimiento de autorización conforme al Derecho de la Unión.

⁸⁴ — Sentencia Kohll, citada en la nota 15, apartados 47 a 49.

⁸⁵ — DO L 255, p. 22.

⁸⁶ — DO L 165, p. 1.

127. No obstante, en aras de la integridad, a continuación examinaré brevemente el paralelismo establecido por el Gobierno portugués respecto de las disposiciones del Reglamento n° 1408/71. A mi juicio no puede invocar con éxito el hecho de que en el artículo 22, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 1408/71 se prevea una exigencia de autorización, para establecer una exigencia de autorización también para los servicios sanitarios, incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 49 CE. Como se ha puesto de manifiesto en el marco del juicio oral, en sus consideraciones pasa por alto que el artículo 22 del Reglamento n° 1408/71 tiene un objeto normativo distinto. Dicho artículo confiere al asegurado un derecho a las prestaciones en especie efectuadas, a cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la normativa del Estado miembro en que se realicen las prestaciones, como si el asegurado estuviera afiliado a la misma.⁸⁷ A tal efecto, es aplicable el régimen de cobertura en vigor en el Estado miembro en que se realicen las prestaciones.⁸⁸ Las posibles diferencias de costes entre los distintos Estados miembros, así como las consecuencias financieras que resultan de aquéllas para la institución pagadora, justifican en principio la exigencia de autorización previa. Sin embargo, ése precisamente no es el caso del artículo 49 CE, pues esta disposición concede un derecho de reembolso de gastos únicamente con arreglo a la normativa del Estado miembro en que el

paciente tenga su residencia.⁸⁹ Por tanto, si el asegurado ha soportado costes superiores en el Estado miembro en que se realicen las prestaciones, con arreglo a dicha disposición sólo podrá exigir su reembolso con arreglo a las tarifas de la institución pagadora competente en el Estado en que esté asegurado.⁹⁰ En cualquier caso, debe recordarse que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Müller-Fauré y van Riet⁹¹ y, recientemente, en la sentencia Comisión/Luxemburgo⁹² que, en el propio marco de la aplicación del Reglamento n° 1408/71, los Estados miembros que han establecido un régimen de prestaciones en especie, o incluso un sistema nacional de salud, han de prever mecanismos de reembolso *a posteriori* de la asistencia dispensada en un Estado miembro distinto del competente. En consecuencia, se ha de desestimar la alegación contraria del Gobierno portugués.

128. En resumen procede declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al someter en el Decreto-lei n° 177/92 la posibilidad de reembolso de gastos médicos por los denominados tratamientos «altamente especializados» no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa.

87 — Sentencias Watts, citada en la nota 2, apartado 48, e Inizan, citada en la nota 19, apartado 19.

88 — Sentencia de 5 de octubre de 2010, Comisión/Francia, citada en la nota 26, apartado 27.

89 — Véase la sentencia Watts, citada en la nota 2, apartado 48. En este sentido, Schneider, U., citado en la nota 31, p. 349.

90 — En este sentido, Bieback, K.J., *op. cit.*, nota 64, p. 245.

91 — Sentencia Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 105.

92 — Sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 46.

2. Justificación en el caso de los «otros» tratamientos médicos

129. El Gobierno portugués no se posiciona explícitamente respecto de la restricción resultante de la falta de posibilidad de reembolso de gastos médicos causados por «otros» tratamientos médicos. Sus argumentos se refieren esencialmente al objeto normativo del Decreto-lei n° 177/92, así como a algunas características esenciales del sistema portugués de asistencia sanitaria. No obstante, de las declaraciones del Gobierno portugués se deduce que la República Portuguesa no está dispuesta a cubrir en general los costes de tratamientos en el extranjero.⁹³ Fundamenta su postura en los mismos argumentos que subyacen a las disposiciones del Decreto-lei n° 177/92. Partiendo de todo esto hay que concluir que también en relación con los «otros» tratamientos médicos se alegan las causas de justificación arriba mencionadas.

financiero del sistema de seguridad social puede constituir como tal una causa legítima de justificación, en relación con los servicios sanitarios transfronterizos no hospitalarios,⁹⁴ son aplicables aquí por analogía. De hecho, tampoco en lo relativo a los «otros» tratamientos no hospitalarios se aprecian necesidades de planificación de los Estados miembros para, como afirma el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, «evitar todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos.» Además, hasta la fecha el Gobierno portugués no ha demostrado que efectivamente exista un riesgo para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. También en este contexto considero que el temor expresado por el Gobierno portugués referente a la salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social no puede considerarse una causa legítima de justificación.

ii) Proporcionalidad

a) Salvaguarda del equilibrio financiero del sistema de seguridad social

i) Causa legítima de justificación

130. Mis argumentos sobre la cuestión de si el temor expresado por el Gobierno portugués referente a la salvaguarda del equilibrio

131. Subsidiariamente, en caso de que el Tribunal de Justicia, contraviniendo su jurisprudencia hasta la fecha y a pesar de las pruebas, apreciase que existe una causa legítima de justificación, también la categórica imposibilidad de reembolso de gastos médicos causados en el marco de «otros» tratamientos no hospitalarios debería examinarse a la luz del principio de proporcionalidad, cuyos requisitos he señalado en el punto 114 de las presentes conclusiones.

93 — Véase el punto 87 de las presentes conclusiones.

94 — Véanse los puntos 95 a 105 de las presentes conclusiones.

132. Nada ha alegado el Gobierno portugués para apoyar su teoría de que la imposibilidad de reembolso de los gastos médicos en cuestión es idónea para contribuir a la salvaguarda del equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social. La mera referencia a la autonomía y a la financiación fiscal de dicho sistema, así como al riesgo de tener que hacer frente también a los gastos causados en el marco de tratamientos en centros privados, no puede sustituir a una argumentación objetiva sobre la idoneidad de dicho régimen.

133. Pero, aun suponiendo que la denegación de cualquier reembolso de gastos médicos pueda contribuir a la reducción de costes y sea así en principio idónea para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social, sería dudoso que una medida así pudiera satisfacer las exigencias de necesidad y de adecuación. De una jurisprudencia reiterada resulta que «un régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario, en particular, a las relativas a una libertad fundamental». ⁹⁵ Sin embargo, al contrario de lo que sucede para los tratamientos «altamente especializados», para los gastos

médicos ocasionados en el marco de «otros» tratamientos no hospitalarios, ni siquiera existe la perspectiva de reembolso. En realidad, la República Portuguesa recurre a una de las medidas más coercitivas que existen, que restringe la libre prestación de servicios más aún que la exigencia legal de autorización previa. Esta medida priva de su eficacia a la libertad fundamental en la medida en que los afiliados del sistema portugués de salud previsiblemente apenas recurrirán a servicios sanitarios de otros Estados miembros, pues serán conscientes de que deberán sufragar ellos mismos la totalidad de los costes. Dependiendo de la cuantía de dichos costes y de la capacidad financiera de los afiliados, en circunstancias así, el ejercicio de la libre prestación de servicios se convertirá en algo prácticamente ilusorio. ⁹⁶ Teniendo en cuenta que existen medidas menos coercitivas pero idóneas para alcanzar el objetivo perseguido de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social, la denegación categórica del reembolso de gastos debe considerarse innecesaria. Tampoco es adecuada, pues prácticamente socava la libre prestación de servicios para proteger el sistema nacional de seguridad social de un peligro no acreditado detalladamente.

134. Por tanto, el régimen controvertido no es conforme con el principio de proporcionalidad.

⁹⁵ — Véanse las sentencias Smits y Peerbooms, citada en la nota 16, apartado 90; Müller-Fauré y van Riet, citada en la nota 16, apartado 84, y Watts, citada en la nota 2, apartado 132.

⁹⁶ — Véase la sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, citada en la nota 16, apartado 41, en la que el Tribunal de Justicia apreció acertadamente que la perspectiva de falta de reembolso de costes «desincentiva» que las personas afiliadas ejerzan la libre prestación de servicios o incluso «impide» el ejercicio de dicha libertad fundamental.

b) Control de la calidad de los servicios sanitarios prestados en el extranjero

del artículo 49 CE al no prever en su ordenamiento jurídico la posibilidad de reembolso de gastos médicos por «otros» tratamientos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.

135. Respecto de la causa de justificación referente a la necesidad de garantizar la calidad de las prestaciones efectuadas por el sistema nacional de asistencia sanitaria o en nombre de éste, me remito a los argumentos que anteceden,⁹⁷ que al respecto son aplicables por analogía. A la vista de la clara jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que a tal efecto presume condiciones de formación equiparables para los integrantes de grupos profesionales sanitarios y, en consecuencia, de estándares de calidad equiparables en los tratamientos a pacientes, no puede apreciarse en el expresado temor por la calidad de los tratamientos de pacientes establecidos en Portugal una causa legítima que justifique una restricción de la libre prestación de servicios.

D. Conclusión final

c) Conclusión parcial

136. Por lo tanto, también en relación con los «otros» tratamientos médicos no incluidos en el ámbito de aplicación del Decreto-lei n° 177/92 llego a la conclusión de que existe una restricción de la libre prestación de servicios que no puede justificarse objetivamente. En consecuencia, procede declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud

137. A la vista de las anteriores consideraciones, opino que el recurso de la Comisión es fundado. La República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al someter en las disposiciones de su ordenamiento jurídico el reembolso de gastos médicos por los tratamientos «altamente especializados» no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa,⁹⁸ y al no prever ni siquiera la posibilidad de tal reembolso de gastos para «otros» tratamientos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.⁹⁹

97 — Véanse los puntos 120 a 125 de las presentes conclusiones.

98 — Véase el punto 128 de las presentes conclusiones.

99 — Véase el punto 136 de las presentes conclusiones.

VII. Sobre las costas

138. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, en el

procedimiento por incumplimiento la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haberlo solicitado la Comisión, y al haber sido desestimados los motivos formulados por la República Portuguesa, procede condenar en costas a ésta.

VIII. Conclusión

139. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie en los siguientes términos:

- 1) La República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al someter en las disposiciones de su ordenamiento jurídico el reembolso de gastos médicos por los tratamientos «altamente especializados» no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro a la concesión de una autorización previa, y al no prever ni siquiera la posibilidad de tal reembolso de gastos para «otros» tratamientos no hospitalarios efectuados en otro Estado miembro.
- 2) Condenar en costas a la República Portuguesa.