

LAS LIMITACIONES A LA APERTURA DE NUEVAS FARMACIAS

[Comentario a la STJUE, dictada en Gran Sala, de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, José Manuel Blanco Pérez, María del Pilar Chao Gómez y otros] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

«**LA** salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Derecho de la Unión Europea», y además constituyen el presupuesto de todo lo demás. Por ello, cualquier regulación jurídica que les afecte, directa o indirectamente, ha de hacerse de modo que se base y fundamente en proposiciones «irrefutables». Cualquier veleidad al respecto tiene siempre un efecto desfavorable, afectando a la existencia misma de las personas.

Palabras clave: farmacias, farmacéuticos, derecho a la vida, derecho a la salud, libertad de establecimiento y proposición irrefutable.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 332, noviembre 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

RESTRICTIONS FOR OPENING NEW PHARMACIES

[Comments on the ECJ ruling of the Grand Chamber of 1st June 2010, joined cases C-570/07 and C-571/07; José Manuel Blanco Pérez, María del Pilar Chao Gómez and others] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

«**H**E health and life of humans rank foremost among the assets and interests protected by the Treaty» and, furthermore, they constitute the presupposition of everything else. That is the reason why any legal regulation that directly or indirectly involves them must be based on irrefutable propositions. Any inconstancy in that respect always has a negative effect, affecting the human existence itself

Keywords: pharmacies, pharmacists, right to life, right to health, freedom of establishment and irrefutable proposition.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 332, noviembre 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Referencia a los hechos de los litigios principales, a la legislación comunitaria y nacional (estatal y autonómica) aplicable, y a las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- III. Competencias de la Unión Europea y de los Estados miembros en materia de ordenación farmacéutica.
- IV. ¿Es contraria a la libertad de establecimiento la normativa española relativa a la creación de oficinas de farmacia?
 - 4.1. Sobre la libertad de establecimiento.
 - 4.2. ¿Constituye la normativa española una restricción injustificada a la libertad de establecimiento?
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de 10 de junio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, tiene singular importancia tanto porque afecta al aspecto esencial de la sanidad pública, cual es el relativo a la apertura de nuevas oficinas de farmacia, como porque la normativa nacional española limitativa de la apertura de tales nuevas oficinas de farmacia no parece, en principio, que se compadezca bien con la libertad de establecimiento ni con la libre competencia. Aspectos todos ellos especialmente relevantes en una época de grave crisis económica como la que nos ha tocado vivir, por ser contrarios al estímulo y desarrollo económico. Por ello, «una legislación que concede ventajas económicas especiales a algunos operadores económicos frente a otros debe ser sometida a un examen pormenorizado»¹.

Se establece en la sentencia objeto de comentario una doctrina que no puede considerarse aisladamente, sino que ha de contemplarse en íntima relación con la sentada en las sentencias del mismo Alto Tribunal comunitario de 19 de mayo de 2009² y de 22 de abril de 2010³. La primera de ellas trató sobre la exclusividad que la ley otorga a los farmacéuticos sobre la actividad de dispensar públicamente («al público en general») productos farmacéuticos. La segunda discurrió sobre la prohibición establecida en la normativa comunitaria de ofrecer, directa o indirectamente, cualesquiera tipos de incentivos, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quienes tuviesen intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos.

Debe resaltarse la especial vinculación que mantiene la doctrina sentada en la sentencia objeto de comentario con la establecida por el mismo Alto Tribunal comunitario en la sentencia de 19 de mayo de 2009, ya referida, y a la que es preciso efectuar una sintética alusión. Esta última sentencia, conjuntamente con la que es objeto de comentario, conforma un cuerpo de doctrina, íntimamente entrelazado, sobre la libre prestación de servicios farmacéuticos y la libertad de establecimiento de oficinas de farmacia, libertades fundamentales (económicas y de circulación) establecidas por la legislación comunitaria, naturalmente complementarias.

¹ Precisa el Abogado General Sr. M. Poiras Maduro, en la conclusión 2 de las presentadas el 30 de septiembre de 2009, en el asunto de referencia, que añade que se deben «remediar situaciones en las que se han utilizado procesos políticos locales para proporcionar lucrativos beneficios a operadores locales ya establecidos a costa, entre otros, de nacionales de otros Estados miembros».

² Dictada en Gran Sala, en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV, y sobre la que ya he discurrido en mi comentario «Por qué únicamente los farmacéuticos pueden ser titulares y llevar a cabo la explotación de una farmacia», publicado en esta misma Revista, núm. 320, noviembre 2009, págs. 101-124.

³ Asunto C-62/09, The Queen, a instancia de: Association of the British Pharmaceutical Industry, y Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency, en el que participa: The NHS Confederation (Employers) Company Ltd.

En esta última sentencia de 19 de mayo de 2009, conviene precisar, el Tribunal de Justicia justificó el derecho exclusivo de los farmacéuticos a ser titulares y a explotar una oficina de farmacia con fundamento en que la autoridad nacional sanitaria puede considerar:

- a) «En el marco de su margen de apreciación (...), que, a diferencia de las farmacias explotadas por farmacéuticos, la explotación de una farmacia por una persona que carezca de dicha condición puede suponer un riesgo para la salud pública, concretamente para la seguridad y la calidad de la distribución de medicamentos al por menor, dado que el ánimo de lucro en este tipo de explotaciones no dispone de elementos mitigadores (...), que caracterizan la actividad del farmacéutico»⁴.
- b) «Que (una normativa liberalizadora genera) el riesgo de que en la práctica se infrinja la normativa legal dirigida a garantizar la independencia profesional de los farmacéuticos, puesto que el ánimo de lucro de una persona que no sea farmacéutico no está mitigado de un modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos»⁵.

No puede olvidarse que con ocasión de aquella sentencia de 19 de mayo de 2009, el Alto Tribunal comunitario, rechazó de plano la afirmación, efectuada por algunas de las partes personadas en el proceso, según la cual el objetivo de «asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad y, por lo tanto, la protección de la salud pública», podía alcanzarse a través de medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento que la consistente en limitar a los farmacéuticos la posibilidad de ostentar la titularidad y explotar una farmacia con exclusión de quienes no posean esa condición de licenciado o doctor en farmacia (o título superior europeo equivalente).

Consideraba al respecto el Tribunal de Justicia comunitario, en la meritada resolución jurisdiccional de 19 de mayo de 2009, que la autoridad sanitaria nacional podía considerar que existía el riesgo de que en la práctica se infringiese la normativa legal dirigida a garantizar la independencia profesional de los farmacéuticos, puesto que el ánimo de lucro de una persona que no fuera farmacéutico no estaría mitigado de un modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos y la subordinación del farmacéutico, como trabajador por cuenta ajena, al titular de la farmacia podría dificultar que aquél se opusiera, en caso necesario y en cuanto fuera procedente, a las instrucciones de dicho titular⁶.

⁴ Precizando que, «así pues, los Estados miembros están facultados, en particular, para evaluar, en el marco del citado margen de apreciación, si existe tal riesgo en relación con los fabricantes y los mayoristas de productos farmacéuticos por el hecho de que éstos podrían vulnerar la independencia de los farmacéuticos contratados induciéndoles a promocionar los medicamentos que dichos fabricantes o mayoristas producen o comercializan», y que un Estado miembro «puede evaluar si los titulares de farmacias que no tengan la condición de farmacéutico podrían vulnerar la independencia de los farmacéuticos contratados induciéndoles a vender cuanto antes aquellos medicamentos cuyo almacenamiento ya no sea rentable, o si podrían llegar a efectuar reducciones en los gastos de funcionamiento que afectasen a las modalidades de distribución al por menor de los medicamentos».

⁵ Dicha alegación se rechaza, «aparte de (por) consideraciones de carácter general, (porque) la Comisión no ha presentado ningún elemento que pueda demostrar cuál es en concreto el sistema que podría garantizar –con la misma eficacia que el principio de exclusión de no farmacéuticos– que dichas normas legales (en el caso las correspondientes del sistema alemán, que garantizan la protección de la salud pública) no se infrinjan en la práctica».

⁶ Añadiendo que «los riesgos para la independencia de la profesión de farmacéutico no pueden evitarse, con la misma eficacia, a través de la medida consistente en la imposición de la obligación de contratar un seguro, como por ejemplo un seguro de responsabilidad civil por hecho ajeno», y que «si bien dicha medida permitiría al paciente obtener una indemnización económica en concepto de reparación de los daños y perjuicios eventualmente sufridos, sólo intervendría a posteriori y sería

Tanto los aspectos sanitarios, en sentido estricto, como los económicos, referentes a la asistencia sanitaria, constituyen el leitmotiv de la sentencia objeto de comentario, como igualmente lo constituyeron de las sentencias del mismo Alto Tribunal comunitario, antes indicadas de 19 de mayo de 2009 y 22 de abril de 2010, bien que en todos los casos haya tenido prevalencia las consideraciones de orden estrictamente sanitario ⁷ frente a las de carácter meramente económico ⁸. Efectivamente, haciendo buena la precitada observación, indica la sentencia objeto de comentario:

«La salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el (derecho comunitario)» ⁹.

menos eficaz que el citado principio, en el sentido de que no impediría en absoluto que el titular de la farmacia ejerciera su influencia sobre los farmacéuticos contratados». Concluyendo, A) En primer lugar: a), «Que la regla que prohíbe la tenencia y explotación de una farmacia por quienes no son farmacéuticos constituye una medida destinada a prevenir la aparición de (...) excesos (...), en particular los riesgos de conflictos de intereses que podrían acompañar a una integración vertical del sector farmacéutico y que podrían tener una incidencia negativa en la calidad del acto de dispensación de los medicamentos. Esa dimensión preventiva tiene una especial importancia cuando está en juego el imperativo de protección de la salud pública»; b) Que «el establecimiento de un régimen de responsabilidad tanto del explotador que no sea farmacéutico como de los farmacéuticos por cuenta ajena, y de un régimen de sanciones contra ellos, no (...) parece suficiente para garantizar un nivel de protección de la salud pública igualmente elevado, ya que se trata principalmente de medidas destinadas a corregir a posteriori los excesos cuando éstos se hayan producido efectivamente»; B) En segundo lugar: a) Que «la mera obligación de presencia de un farmacéutico por cuenta ajena para ejecutar las tareas que implican una relación con terceros pueda garantizar, con la misma exigencia de calidad y de imparcialidad del acto de dispensación de medicamentos, el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población»; b) Que «es cierto que un farmacéutico por cuenta ajena está obligado a respetar las reglas profesionales y deontológicas a las que está sometido. Sin embargo, en la medida en que no tiene el control de la política comercial de la farmacia y está obligado en la práctica a ejecutar las instrucciones de su empleador, no puede excluirse que un farmacéutico por cuenta ajena en una farmacia explotada por una persona que no es farmacéutico sea inducido a anteponer el interés económico de la farmacia a las exigencias inherentes al ejercicio de una actividad farmacéutica»; c) Que «No se puede por tanto excluir que un explotador que no sea farmacéutico, quien no dispone de la competencia profesional suficiente para evaluar lo que exige el acto de dispensación de medicamentos, caiga en la tentación de reducir la actividad de asesoramiento de los pacientes, o bien de suprimir actividades poco rentables, como la elaboración de preparados farmacéuticos. De ello resultaría una pérdida de calidad del acto de dispensación de los medicamentos, contra la que el farmacéutico por cuenta ajena, obligado a aplicar las instrucciones recibidas de su empleador, difícilmente podría luchar».

⁷ «La protección de la salud se configura en los Estados modernos como uno de los pilares básicos que lo sustentan y se reconoce como un derecho fundamental que pueden reclamar los ciudadanos»; así se recoge en la Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948), en la Carta Social Europea del Consejo de Europa (12961) y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966). En nuestro ordenamiento, el artículo 43 de la Constitución, dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, establece que: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud»; «éste es el precepto básico y sobre el que se sustenta la estructura constitucional relativa a la sanidad y protección social», señala GUERRERO ZAPLANA, J. «Las reclamaciones por la defectuosa Asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y formularios», *Lex Nova*, Valladolid, 2001, pág. 29.

⁸ Indica CASADO, R., «Las farmacias como blanco fácil. El sector protesta por el recorte de precios de las medicinas», *Exposición* del Martes 22 de junio de 2010, pág. 14, que «las empresas farmacéuticas criticaron ayer a los gobiernos europeos por lanzarse a recortar precios de los medicamentos, como fórmula para aliviar los déficit públicos que ha generado la crisis (...) WITTY calificó de "acción dramática" la bajada de los precios de las medicinas autorizada por el Gobierno español».

⁹ «En la Constitución Española de 1978, el derecho a la protección de la salud aparece recogido como uno de los derechos fundamentales que poseen los ciudadanos de nuestro país. Pero al margen del carácter constitucional de tal derecho, la sanidad pública está actualmente considerada como uno de los pilares básicos del Estado de Bienestar. Dicho modelo sanitario ha ido construyéndose y consolidándose en España no sólo a lo largo de los últimos treinta años sino también desde décadas anteriores con la creación del Instituto Nacional de Previsión», indica CANTARERO PRIETO, D., «La Sanidad en España», en «Comentarios a la Constitución española (CASAS BAAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., dir.), Fundación Wolterkluwer/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/ Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid 2007, pág. 697; Como indica RIVERO LAMAS, J., «Protección de la salud y Estado Social de Derecho», Real Academia de Medicina, Zaragoza 2000, pág. 44, «La Constitución Española garantiza el derecho fundamental de todos a la

Efectivamente, «se ha podido decir (M. SENDRAIL, 1983, pág. 20) que "la vida es, por esencial, un desafío provisional a la muerte" y que la enfermedad constituye algo "tan natural que el plan de nuestra economía interna la prevé y la prepara". Sin embargo la historia cultural de la enfermedad pone de manifiesto que la relación del individuo con la sociedad civil y con el Estado no ha sido la misma en cada etapa histórica, ya que no ha sido la misma la forma en que las personas, las colectividades y las distintas formas de estado han asumido la protección de la enfermedad»¹⁰.

La prestación farmacéutica constituye actualmente un elemento fundamental en la protección de la vida y la salud¹¹ de los ciudadanos comunitarios¹² (que por esa ciudadanía tienen derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, a reserva de las limitaciones establecidas en el art. 20 del TFUE y observando las leyes nacionales correspondientes).

Momento en el que es preciso recordar el «peculiar carácter de los medicamentos, cuyos efectos terapéuticos los distinguen sustancialmente de otras mercancías»¹³, porque:

- «Como consecuencia de (sus) efectos terapéuticos, si los medicamentos se consumen innecesaria o incorrectamente pueden perjudicar gravemente la salud, sin que el paciente pueda advertirlo durante su administración»¹⁴.

"vida y la integridad física y mora" (art. 15 CE). Pero reconoce también, con carácter de principio rector de la política social y económica, el derecho a la "protección de la salud" (art. 43.1 CE)».

¹⁰ RIVERO LAMAS, J., *op. cit.* (Protección de la salud y Estado Social de Derecho), pág. 19, que añade: «Desde el inicio del siglo XIX en España y hasta la creación del Seguro de Enfermedad por la Ley de 14 de diciembre de 1942, el objetivo fundamental de la actividad pública en materia sanitaria ha sido el de proteger la colectividad frente a posibles amenazas de enfermedades y epidemias. La función asistencial del ciudadano concreto a través de prestaciones médico asistenciales llegó a integrarse en la Sanidad pública a través de actuaciones de beneficencia a cargo de los poderes públicos y fundamentalmente de los entes locales, que complementaba la beneficencia privada, atendida por la Iglesia y por instituciones privadas dedicadas a la atención a los pobres y enfermos. En definitiva la protección de la salud se ha considerado durante un largo periodo de tiempo una cuestión privada que debía de asumir como carga cada individuo y su familia».

¹¹ En *El Economista* del miércoles 30 de junio de 2010, pág. 47, bajo el título «Las farmacéuticas perderán 2.000 millones por el ajuste del Gobierno», indica J. M. B., «Cerca de 2.100 millones de euros van a perder los laboratorios farmacéuticos por las últimas medidas sobre gasto en medicamentos adoptadas por el Gobierno, según manifestó Jesús ACEBILLO, presidente de Farmaindustria, durante la Asamblea General celebrada ayer y a cuya clausura asistió la ministra de Sanidad (...). Jesús ACEBILLO afirmó que la merma de ingresos de las compañías farmacéuticas consecuencia de las citadas medidas equivalen a una reducción del mercado del 15 por ciento. Este recorte obligará a revisar a la baja las inversiones, tanto productivas como en I+D, y ajustar los costes de las compañías, incluidos los de personal. "La industria farmacéutica entrará en pérdidas por Real Decreto Ley", sentenció».

¹² En relación con España, destaca GUERRERO ZAPLANA, J. *op. cit.* (Las reclamaciones por la defectuosa Asistencia sanitaria. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y formularios), pág. 31, que «la aparición de las primeras formas de seguro de accidentes trataban de superar los efectos indeseables de la beneficencia (que era la forma más primitiva de protección social); el siguiente hito se marcó por la aparición de las mutualidades que no fueron sino una forma de aseguramiento con autogestión y administración de los afectados. Esto sirve de transición al sistema de seguridad social con universalización de coberturas caracterizado por la uniformidad y la intensidad en la protección y en el que la incorporación al sistema no procede (como al inicio) de la cobertura del accidente de trabajo y se configura, no como un seguro de accidentes, sino como seguro de enfermedad».

¹³ STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

¹⁴ Véase nota anterior.

- «El consumo excesivo y la utilización incorrecta de medicamentos suponen un derroche de recursos financieros, que resulta tanto más perjudicial cuanto que el sector farmacéutico genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los recursos financieros que pueden destinarse a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación (existiendo) una relación directa entre dichos recursos financieros y los beneficios de los operadores económicos activos en el sector farmacéutico»¹⁵.

Debiéndose añadir la siguiente afirmación de la misma jurisprudencia comunitaria:

«A la vista de tales riesgos para la salud pública y para el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social, los Estados miembros pueden someter a las personas encargadas de la distribución de medicamentos al por menor a requisitos estrictos en lo que atañe, en particular, a las modalidades de comercialización de los medicamentos y a la obtención de beneficios. Concretamente, pueden reservar la venta de medicamentos al por menor, en principio, exclusivamente a los farmacéuticos, debido a las garantías que éstos deben presentar y a la información que deben ser capaces de proporcionar al consumidor»¹⁶.

Consideración que condiciona cualquier análisis sobre la prestación farmacéutica, y su facilitación mediante oficinas de farmacia. Conforme a la misma, las autoridades sanitarias nacionales pueden:

- «Exigir que los medicamentos sean distribuidos por farmacéuticos que tengan una independencia profesional real».
- «Adoptar medidas que permitan eliminar o reducir el riesgo de que se vulnere dicha independencia, dado que tal vulneración podría afectar al nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población».

Criterio de independencia, esencial para el mantenimiento de la sanidad pública, que podría verse erosionado y cuestionado, en la medida en que se minorase o desapareciera la suficiencia económica del farmacéutico¹⁷.

¹⁵ STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

¹⁶ Véase nota anterior.

¹⁷ En este sentido indica el Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, en la conclusión 1, de las presentadas el 30 de septiembre de 2009, en los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, lo siguiente: «La inquietud de que los farmacéuticos con necesidades de dinero puedan transigir con sus obligaciones profesionales no es nueva. Ha constituido una preocupación al menos desde que el Romeo de Shakespeare convenció a un "infeliz miserable" de boticario para que le vendiera veneno con estos versos: "(...) Llevas el hambre retratada en tus mejillas/la indigencia y la opresión se asoman hambrientas a tus ojos./la pobreza y el desprecio pesan sobre tus espaldas./El mundo no es amigo tuyo, ni las leyes del mundo./El mundo no estatuye ninguna ley para que te enriquezcas./luego no seas pobre, sino quebranta la ley y toma esto"; Sobre la independencia económica de los farmacéuticos GISBERT, R., ROVIRA, J. e ILLA, R., «Análisis de los modelos alternativos de retribución de las oficinas de farmacia», en «La regulación de los servicios sanitarios en España», *Civitas*, Madrid 1997.

Por ello es oportuno traer a colación la siguiente observación, «desde el año 2000 hasta ahora las oficinas de farmacia han sufrido 15 medidas, con distintos rangos normativos, de recorte de precios o márgenes o de imposición de descuentos obligatorios según su facturación. La consecuencia de todo ello, antes del último Real Decreto, era que las farmacias venían perdiendo un 0,6% de su rentabilidad cada año y que para 2014 casi la mitad de las mismas llegarían a rentabilidades cero o decrecientes, lo cual es incompatible con el tipo de empresa (pyme) que son las farmacias (...). Las víctimas no son únicamente los afectados directos (empleados y titulares de farmacias), lo es el SNS que perderá niveles de calidad del servicio farmacéutico allá donde se recorte personal y accesibilidad al medicamento para áreas como barrios periféricos y núcleos rurales aislados»¹⁸.

II. REFERENCIA A LOS HECHOS DE LOS LITIGIOS PRINCIPALES, A LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL (ESTATAL Y AUTONÓMICA) APLICABLE, Y A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La materia relativa a la planificación territorial farmacéutica y la apertura de oficinas de farmacia, se encuentra en el ordenamiento jurídico español regulada por la Ley 16/1997. Según esa norma, la fijación de los criterios básicos para la ordenación farmacéutica, que deberán abordar las Comunidades Autónomas, ha de tomar como referencia las unidades básicas de atención primaria. Asimismo, y sin perjuicio de las regulaciones autonómicas, los límites en materia de apertura de nuevas oficinas de farmacia, han de establecerse atendiendo a «módulos de población mínimos, que se prevén en 2.800 habitantes por oficina» (no obstante, la posibilidad de ampliación hasta 4.000 habitantes).

La regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia, constituye otro de los aspectos nucleares de aquella regulación, y desde luego atinente a los asuntos considerados por la sentencia objeto de comentario, ratificándose en aquella norma el «criterio tradicional de nuestra legislación» de que únicamente pueda realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos.

La exigencia de la presencia constante de un farmacéutico en la actividad de dispensación, así como el establecimiento de los criterios en virtud de los cuales han de regularse la obligatoriedad de farmacéuticos adjuntos, constituyen otros de los aspectos fundamentales de aquella normativa, que flexibiliza también el régimen de jornada y horario de apertura de estos establecimientos, otorgando el carácter de mínimos a los horarios oficiales que, en garantía de los usuarios, puedan fijarse por los entes autonómicos.

Según aquella ley nacional las «oficinas de farmacia» son «establecimientos sanitarios privados de interés público», sujetos a planificación, en los que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar como servicios básicos a la población la adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios, la vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas, la garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población en los que no existan oficinas de farmacia, la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos, la información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes, la

¹⁸ GARCÍA ROMERO, A., «Las farmacias, al límite», *ABC* del jueves 24 de junio de 2010, pág. 53.

colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia.

Además, deberán colaborar en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria, en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en la actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud, en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.

Según se indica en la misma legislación, las autoridades sanitarias a las que corresponda garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia, debiéndose efectuar la planificación farmacéutica de acuerdo con la planificación sanitaria. A tal fin, las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria.

La planificación de oficinas de farmacia, ordena aquella ley nacional, se llevará a efecto teniendo en cuenta precisos criterios, si bien las normas de ordenación territorial deberán, «en todo caso», garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población. Aquellos criterios de ordenación territorial legalmente establecidos son los siguientes:

- La densidad demográfica ¹⁹.
- Las características geográficas.
- La dispersión de la población.

Todo ello con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio. La ordenación territorial de las oficinas de farmacia habrá de efectuarse:

- Por módulos de población ²⁰.
- Por distancias entre oficinas de farmacia ²¹.

¹⁹ El cómputo de habitantes se efectuará en base al Padrón Municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores, en razón de las diferentes circunstancias demográficas.

²⁰ Siendo el módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia, que establece la indicada norma nacional, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. No obstante, en función de la concentración de la población, podrán establecerse módulos de población superiores, con un límite de 4.000 habitantes por oficina de farmacia. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes. Asimismo, podrán establecerse módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquellas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales.

²¹ Siendo la distancia mínima entre oficinas de farmacia, teniendo en cuenta criterios geográficos y de dispersión de la población, con carácter general, de 250 metros. En función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas; y limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios.

El cómputo de habitantes en las zonas farmacéuticas, así como los criterios de medición de distancias entre estos establecimientos se establecerá en cada zona según los criterios de la autoridad sanitaria competente.

En junio de 2002 la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Asturias adoptó una resolución por la que se convocaba un concurso para la autorización de oficinas de farmacia en aquella Comunidad Autónoma. Estableciéndose en las normas del concurso la apertura de nuevas farmacias (veinticuatro) en función de los criterios antes expuestos (la densidad demográfica, la dispersión de la población, la distancia entre las farmacias, y grupos mínimos de población). En esa Comunidad Autónoma la concesión de autorizaciones de instalación de nuevas farmacias se regulaba, en desarrollo de la norma nacional precitada, por los artículos 6 a 17 del Decreto 72/2001.

Según la norma autonómica, el territorio de esa Comunidad Autónoma (arts. 2 a 5) se ordenaba en «zonas farmacéuticas», las cuales debían coincidir «con carácter general, con las zonas básicas de salud establecidas en la planificación sanitaria» correspondiente, y en cada una de aquellas zonas «el número de oficinas de farmacia (habría de corresponder) al módulo de 2.800 habitantes por oficina de farmacia», bien que «una vez superada esta proporción (podría) establecerse una nueva oficina de farmacia por la fracción superior a 2.000 habitantes», bien que «en todas las zonas básicas de salud y en todos los concejos (podía) existir al menos una oficina de farmacia».

Se establecía en el artículo 4 de la indicada norma autonómica (Decreto 72/2001) que la distancia mínima entre los locales de oficinas de farmacia debía ser, con carácter general, de 250 metros, independientemente de la zona farmacéutica. Distancia mínima de 250 metros que debía además ser guardada igualmente en relación con los centros sanitarios de cualquier zona farmacéutica, ya fueran éstos públicos o privados concertados de asistencia extrahospitalaria u hospitalaria, con consultas externas o dotados de servicios de urgencia, estuviesen los mismos en funcionamiento o en fase de construcción.

Semejante requisito de distancia respecto de los centros sanitarios, según la norma autonómica, no se aplicaba en las zonas farmacéuticas con una única oficina de farmacia ni en las localidades que, contando con una única oficina de farmacia, no fuera previsible, dadas sus características, la apertura de nuevas oficinas de farmacia.

A tenor del procedimiento para la concesión de autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia, según los artículos 6 a 17 del precitado Decreto 72/2001, la autoridad sanitaria autonómica tenía la obligación de organizar, de oficio, como mínimo una vez al año, el procedimiento para la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias tomando en consideración la evolución de la densidad demográfica. Debiendo constar en la convocatoria del concurso la zona farmacéutica y, en su caso, el concejo y la localidad, donde procedía efectuarse la instalación.

Tras la publicación de la convocatoria, los interesados debían presentar, junto con la solicitud de participación en el concurso, los documentos que certificasen sus méritos, que habrán de ser evaluados por una comisión compuesta por miembros de la Administración autonómica, del colegio oficial y de las asociaciones profesionales. Una vez concedida la autorización, el farmacéutico adjudicatario debía designar el local en el que pretendía ejercer su actividad, verificado entonces la autoridad competente que se respetasen los criterios de planificación territorial.

En la misma norma autonómica se establecía un baremo de méritos, que contenía los criterios para evaluar a los candidatos que hubiesen presentado su solicitud para obtener la titularidad de una nueva farmacia. Baremo de méritos que evaluaba a los candidatos, en particular, en función: a) de su formación; b) de su experiencia profesional; c) de su experiencia académica.

En particular y según la norma autonómica, no se valoraba la experiencia profesional como ejercicio de farmacéutico titular o cotitular en una oficina de farmacia ni cualquier otra clase de méritos cuando una u otros hubieran servido con anterioridad para obtener una autorización de instalación. Los méritos profesionales referidos al ejercicio profesional obtenidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma debían computarse con un incremento del 20%, y, en caso de empate al aplicar el baremo, las autorizaciones se otorgarían de acuerdo con el siguiente orden de prioridad: a) Farmacéuticos que no hubiesen sido titulares de oficinas de farmacia; b) Farmacéuticos que hubiesen sido titulares de oficinas de farmacia en zonas farmacéuticas o municipios de población inferior a 2.800 habitantes; c) Farmacéuticos que hubiesen desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito de la indicada Comunidad Autónoma.

Los demandantes en los asuntos principales, ambos con el título de farmacéuticos, pretendían abrir una nueva farmacia en la precitada Comunidad Autónoma sin que se les aplicase el régimen de planificación territorial antes referido, por lo que interpusieron dos recursos, que originaron los dos asuntos principales, objeto de consideración en la sentencia que se comenta.

En el primero de aquellos recursos impugnaban la resolución autonómica de 2002 ante aludida, así como la resolución del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias confirmatoria de la anterior en el trámite de recurso gubernativo. En el segundo de los recursos aludidos impugnan una resolución presunta, relativa a la reclamación presentada contra el Decreto 72/2001 y, en particular, sus artículos 2, 4, 6 y 10, así como su anexo relativo al baremo de méritos.

En ambos recursos los demandantes cuestionaban la conformidad a derecho de las referidas resoluciones y del Decreto 72/2001 alegando, en particular, que éstos impedían el acceso de los farmacéuticos a nuevas farmacias en la Comunidad Autónoma aludida, estableciendo, además, criterios inadmisibles para la selección de los titulares de nuevas farmacias.

En este contexto, el órgano jurisdiccional competente (el Tribunal Superior de Justicia de Asturias) se cuestionó si el régimen establecido en el Decreto 72/2001 acaso constituía una restricción de la libertad de establecimiento incompatible con el artículo 49 del TFUE, por lo que decidió suspender los procedimientos y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «¿El artículo (49 TFUE) es opuesto a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 del (Decreto 72/2001), así como en los apartados 4, 6 y 7 del Anexo del mencionado Decreto? (asunto C-570/07)».
- «¿El artículo (49 TFUE) es contrario a la regulación que se contiene en la legislación de la Comunidad Autónoma (...) en relación con la autorización de instalación de Oficinas de Farmacia? (asunto C-571/07)».

III. COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

La sentencia objeto de comentario efectúa una precisa referencia a las competencias de la Unión Europea y a las de los Estados miembros en materia de ordenación territorial farmacéutica, indicando al respecto lo siguiente:

- «Con arreglo al artículo 168 del TFUE, apartado 7, y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36/CE, el Derecho de la Unión no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar servicios sanitarios, tales como las oficinas de farmacia. No obstante, al ejercitar su competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que estas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria»²².
- «A la hora de apreciar el respeto de dicha obligación, hay que tener presente que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación»²³.
- «Ni la Directiva 2005/36/CE ni ningún otro acto de aplicación de las libertades fundamentales establecen normas de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico destinadas a establecer las condiciones en las que se pueden crear nuevas farmacias en el territorio de los Estados miembros».

Ciertamente, continúa precisando la sentencia que se comenta, «el artículo 45, apartado 5, de la Directiva 2005/36 dispone que, cuando en un Estado miembro exista desde la fecha de 16 de septiembre de 1985 una oposición para seleccionar a los farmacéuticos que se designarán como titulares de las nuevas farmacias, cuya creación se haya decidido en virtud de un sistema nacional de distribución geográfica, dicho Estado miembro podrá mantener el desarrollo de dicha oposición y someter a ella a los nacionales de otros Estados miembros».

²² STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV. Como precisa el Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, en la conclusión 8 de las presentadas el 30 de septiembre de 2009, en el asunto de referencia, «el Derecho comunitario no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas sanitarios y de seguridad social. Aunque las oficinas de farmacia son empresas comerciales, también constituyen parte del sistema sanitario. Por lo tanto, dentro de su competencia para ordenar tales sistemas, los Estados miembros pueden dictar disposiciones encaminadas a organizar las oficinas de farmacia, al igual que hacen respecto de otros servicios sanitarios».

²³ STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

Concluyendo «a este respecto» lo siguiente, «consta que, en esa fecha, existía en España tal oposición y que el procedimiento controvertido en los litigios principales corresponde a dicha oposición. Por consiguiente, el Estado miembro de que se trata puede mantener tal procedimiento y aplicarlo a todos los farmacéuticos, siempre que las normas que lo regulan sean conformes con el Derecho de la Unión». Pero que «no obstante, de ello no se desprende que las normas que rigen el procedimiento controvertido no estén sujetas a lo dispuesto por el Tratado en lo que respecta a las exigencias relativas a la ordenación territorial de las farmacias, puesto que este elemento queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36/CE». En efecto, precisa la sentencia objeto de comentario:

- «Con arreglo al artículo 1 de la Directiva de que se trata, ésta tiene por objeto el establecimiento de normas en materia de reconocimiento de calificaciones profesionales para permitir a los titulares de las mismas ejercer una profesión regulada por cuenta propia o ajena. En cambio, no contiene normas relativas al establecimiento de las oficinas de farmacia ni sobre los requisitos de explotación de las mismas, ni, más concretamente, sobre su ordenación territorial».
- Según «el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36/CE, (...) ésta no coordina todas las condiciones de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico, de manera que, en particular, la distribución de las farmacias en el territorio sigue siendo competencia de los Estados miembros».
- «En estas circunstancias, las normas de Derecho interno (...), relativas a la ordenación territorial, deben examinarse a la luz de lo dispuesto por el Tratado, y, en particular, por su artículo 49»²⁴.

IV. ¿ES CONTRARIA A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO LA NORMATIVA ESPAÑOLA RELATIVA A LA CREACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA?

4.1. Sobre la libertad de establecimiento

Se plantea la sentencia objeto de comentario la adecuación de la normativa española, nacional y autonómica correspondiente, a la libertad de establecimiento. Punto en el que cabe recordar que el dere-

²⁴ Según la sentencia objeto de comentario, la competencia del Tribunal de Justicia comunitario resulta de que aunque «los demandantes en los asuntos principales son de nacionalidad española y que todos los elementos de ambos litigios principales se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, la respuesta del Tribunal de Justicia puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente incluso en tales circunstancias, en particular en el supuesto de que el Derecho nacional le obligue a conceder a un español los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de un Estado miembro distinto del Reino de España que se halle en la misma. Además, si bien una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal –que es indistintamente aplicable a los nacionales españoles y a los nacionales de los demás Estados miembros– sólo puede, por lo general, estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales establecidas en el Tratado en la medida en que se aplica a supuestos que guardan relación con los intercambios intracomunitarios, no se puede excluir de ningún modo que nacionales establecidos en Estados miembros distintos del Reino de España estén o hayan estado interesados en explotar farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias».

cho comunitario «prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro», comprendiendo aquella libertad comunitaria «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas»²⁵.

Establece el ordenamiento jurídico comunitario la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, que se extiende «igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro», oponiéndose a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento²⁶.

La libertad de establecimiento, es, pues, consustancial con el proyecto político de la unidad europea, conseguida mediante la disolución de las barreras que afectan a los mercados y a los medios de producción. No en vano, se afirma, «establecerse es integrarse en una economía nacional» estando siempre ligado al ejercicio de una actividad a título lucrativo. Aquella libertad fundamental, reconocida a las personas físicas y jurídicas de cualquier Estado miembro, comprende, sin perjuicio de las excepciones y de los requisitos previstos, el acceso, en el territorio del resto de la Comunidad, a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio. Abarcando también la constitución y la gestión de empresas, así como la apertura de agencias, sucursales y filiales²⁷.

Se trata de una noción extraordinariamente amplia, que conlleva la posibilidad de participar, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto del de origen, favoreciendo la interpenetración económica y social dentro de la Comunidad, en el ámbito de las actividades por cuenta propia²⁸.

Es necesario insistir en que la libertad de establecimiento implica para los ciudadanos comunitarios el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad Europea, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate a través de una filial, de una sucursal o de una agencia²⁹.

²⁵ Se indica en la conclusión 5, de las presentadas el 16 de diciembre de 2008, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

²⁶ SSTJCE de 31 de marzo de 1993, Kraus, asunto C-19/92, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

²⁷ Conclusiones 25 y 26 de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

²⁸ Conclusión 27, de las presentadas el 7 de diciembre de 2004, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C-140/03.

²⁹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97.

Así pues, la libertad de establecimiento comprende «la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades», en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De tal manera que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el derecho comunitario prohíbe toda regla nacional que pueda colocar a los nacionales de los demás Estados miembros en una situación, de hecho o de derecho, desventajosa en relación con la situación en que se encuentra, en las mismas circunstancias, un nacional del Estado miembro de establecimiento, y exige también la supresión de cualesquiera restricciones a la libertad de establecimiento, a saber, todas las medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de dicha libertad.

No obstante, una restricción de aquella libertad fundamental comunitaria «puede considerarse conforme con el Derecho comunitario si cumple los cuatro requisitos siguientes:

- En primer lugar debe aplicarse de manera no discriminatoria.
- En segundo lugar debe estar justificada por un motivo legítimo o una razón imperiosa de interés general.
- Por último, tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo»³⁰.

En virtud de la normativa comunitaria aquella libertad de establecimiento se reconoce incluso a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, no oponiéndose a la misma las restricciones justificadas por razones de salud pública³¹.

El domicilio de las sociedades (mercantiles, en particular), sirve para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro. Admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de eficacia a la libertad de establecimiento³², que pretende, así, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, al prohibir cualquier discriminación basada en el lugar del domicilio de las sociedades³³.

³⁰ Indica en la conclusión 40, de las presentadas el 16 de diciembre de 2008, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV ; También SSTJCE de 5 de junio de 2007, asunto C-170/04, Rosengren y otros, y de 17 de julio de 2008, asunto C-500/06, Corporación Dermoestética.

³¹ Indica en las conclusiones 6 y 7, de las presentadas el 16 de diciembre de 2008, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

³² SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83; de 13 de julio de 1993, Commerzbank, asunto C-330/91, de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98 y de 18 de julio de 2007, Oy AA, asunto C-231/05.

³³ SSTJCE de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, asunto 270/83.

De la amplitud de aquella libertad de establecimiento, y de su carácter fundamental en la ordenación del derecho comunitario, da una idea precisa el que se reconozca no sólo a los nacionales comunitarios sino también, como ya se indicó, a las sociedades³⁴ constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad³⁵, así como el que aquellas disposiciones que se oponen a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su normativa³⁶.

La libertad de establecimiento reconocida en el ordenamiento jurídico comunitario confiere a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro el derecho de acceso a las actividades por cuenta propia en otro Estado miembro y su ejercicio con carácter permanente en las mismas condiciones que las sociedades domiciliadas en ese Estado miembro. Esa libertad fundamental se extiende a la constitución y gestión de empresas así como a la apertura de agencias, sucursales o filiales³⁷.

Si bien la progresiva supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, quedaba subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros, no obstante, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, reconocieron que el efecto directo de los preceptos aplicables a partir del 1 de enero de 1970 (fecha de finalización del periodo de transición) abarcaba también las profesiones sanitarias³⁸. Esto es, el artículo 49 del TFUE es plenamente aplicable, en toda su extensión e intensidad, al ejercicio de la actividad farmacéutica mediante la apertura de una farmacia.

4.2. ¿Constituye la normativa española una restricción injustificada a la libertad de establecimiento?

Indica el Tribunal de Justicia comunitario en la sentencia objeto de comentario, que, en la primera parte de sus cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, lo siguiente:

³⁴ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, asunto C-307/97, de 23 de febrero de 2006, Keller Holding, asunto C-471/04, y de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz eG, sucesora universal de ITS Reisen GmbH, y Finanzamt Köln-Mitte, asunto C-347/04.

³⁵ SSTJCE de 27 de septiembre de 1988, Daily Mail and General Trust, asunto 81/87, de 9 de marzo de 1999, Centros, asunto C-212/97, de 5 de noviembre de 2002, Überseering, asunto C-208/00, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Reino de los Países Bajos, asunto C-299/02.

³⁶ STJCE de 16 de julio de 1998, ICI, asunto C-264/96.

³⁷ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 35, de las presentadas el 16 de diciembre de 2008, en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

³⁸ Señala en la conclusión 8, de las presentadas el 16 de diciembre de 2008, el Abogado General Sr. Yves Bot., en los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

«Si el artículo 49 del TFUE se opone a una normativa nacional, como la nacional española antes indicada, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que: a) En principio, en cada zona farmacéutica, sólo podrá crearse una farmacia por módulo de 2.800 habitantes; b) Tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes; c) Cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias preexistentes, que es, por regla general, de 250 metros».

Ha de recordarse, con carácter previo y preliminar, que «la custodia, conservación y dispensación de medicamentos únicamente corresponde a las oficinas de farmacia legalmente establecidas, las cuales están obligadas a proporcionar los requeridos por el paciente. La denominada "dispensación externa" convierte a aquéllas no sólo en colaboradoras de la gestión de la asistencia sanitaria, sino en auténticos "establecimientos sanitarios de interés público", aun cuando el "acto más característico del ejercicio no constituye sino una venta"»³⁹.

4.2.1. De cómo la normativa española (estatal y autonómica) constituye una clara restricción a la libertad de establecimiento

En torno a la cuestión de si acaso la exigencia de tal autorización pudiera suponer una restricción de la libertad de establecimiento, recuerda el Alto Tribunal comunitario que, según una reiterada jurisprudencia, «constituye una restricción en el sentido del artículo 49 del TFUE cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado»⁴⁰.

Perteneciendo a esta categoría, en particular, según el Tribunal de Justicia comunitario, «una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente. En efecto, dicha empresa podría verse obligada, por una parte, a soportar las cargas administrativas y financieras adicionales que implica cada expedición de tal autorización. Por otra, el sistema de autorización previa excluye del ejercicio de una actividad por cuenta propia a los operadores económicos que no respondan a exigencias predeterminadas cuya observancia condiciona la expedición de esa autorización»⁴¹.

Además, insiste aquel Alto Tribunal en la sentencia que se comenta, «una normativa nacional constituye una restricción cuando sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales que esa actividad debe satisfacer, dado que tiende a limitar el número de prestadores de servicios»⁴².

³⁹ QUIRÓS HIDALGO, J. G., «La prestación farmacéutica de la Seguridad Social», *Lex Nova*, Valladolid 2006, pág. 274.

⁴⁰ SSTJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-299/02, Comisión/Países Bajos, y de 21 de abril de 2005, asunto C-140/03, Comisión/Grecia.

⁴¹ STJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, Hartlauer.

⁴² Véase nota anterior.

La normativa nacional española, indica la sentencia objeto de comentario:

- En primer lugar «subordina la creación de una nueva farmacia a la concesión de una autorización administrativa previa, la cual, además, tan sólo se concede a aquellos que hayan aprobado un concurso».
- En segundo lugar, «permite, en cada zona farmacéutica, la creación de una única farmacia por módulo de población de 2.800 habitantes. Tan sólo cuando se sobrepase dicha proporción podrá crearse una farmacia adicional, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes».
- En tercer lugar, «se opone a que los farmacéuticos puedan ejercer una actividad económica independiente en los locales de su libre elección, puesto que deben respetar, por regla general, una distancia mínima de 250 metros respecto de las farmacias existentes anteriormente».

Consecuentemente, concluye el Alto Tribunal comunitario que aquella normativa española:

«Obstaculiza o hace menos atractivo el ejercicio, por parte de los farmacéuticos de otros Estados miembros, de sus actividades en el territorio español a través de un establecimiento permanente, (constituyendo) una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 del TFUE»⁴³.

4.2.2. *La cuestionable justificación de la restricción a la libertad de establecimiento comunitaria que supone la normativa española*

Afirmada la existencia de una restricción al ejercicio de aquella libertad fundamental comunitaria de establecimiento, se detiene el Alto Tribunal comunitario en la resolución que es objeto de

⁴³ Señala el Abogado General Sr. M. Poiras Maduro, en las conclusiones 10 y 11, de las presentadas el 30 de septiembre de 2009, en el asunto de referencia, que «las injerencias en las libertades fundamentales se manifiestan, frecuentemente, como un freno al acceso al mercado nacional que se deriva de las medidas que protegen las cuotas de mercado de operadores ya establecidos en aquél. La exigencia de una autorización previa que reserve el ejercicio de una actividad a determinados operadores económicos que respondan a requisitos predeterminados constituye una restricción. Más concretamente, "cuando una normativa nacional sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales de esa actividad, constituye una restricción dado que limita el número de prestadores de servicios". Sobre esta base, se consideró que constituía una restricción a la libertad de establecimiento una legislación nacional que únicamente permitía nuevas policlínicas dentales si las autoridades locales consideraban que era necesario abrir policlínicas adicionales. Tales limitaciones son análogas a las que fueron consideradas un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías por proteger las posiciones de operadores económicos ya establecidos, obstaculizando, de este modo, el acceso al mercado nacional a los productos originarios de otros Estados miembros. Si se aplican estos criterios a las normas de que se trata en el presente caso, que permiten abrir nuevas oficinas de farmacia únicamente si se cumplen unos requisitos de localización y de población, es evidente que dichas normas constituyen una restricción a la libertad de circulación. Tales requisitos sólo permiten el establecimiento de nuevas oficinas de farmacia si existe una autorización previa y ésta se concede únicamente si se cumplen los requisitos de localización y de población. De hecho, son análogos al requisito de que se trataba en el asunto Hartlauer, consistente en que se demostrara una necesidad antes de poder abrir una policlínica. Si la población no es suficiente para que las autoridades nacionales declaren la necesidad de una nueva oficina de farmacia, no se puede abrir una. Al congelar el acceso al mercado, las medidas de que se trata tienen el efecto de que impiden establecer una oficina de farmacia en el territorio asturiano a quienes deseen hacerlo y, por lo tanto, impedirán el establecimiento de oficinas de farmacia a quienes no sean de ese Estado miembro».

comentario, en tratar sobre si acaso existe una posible justificación suficientemente fundada para semejante restricción de la fundamental libertad de establecimiento.

En este extremo, el discurso de la sentencia objeto de comentario dista de ser convincente, estando plagado de presunciones impropias que pretenden elevarse a la categoría de deducciones lógicas.

Comienza el Tribunal de Justicia su discurso, al respecto, recordando que según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo ⁴⁴.

Añadiendo, que las normas controvertidas en los litigios principales se aplican sin discriminación por razón de nacionalidad y que del artículo 52 del TFUE, apartado 1, resulta que la protección de la salud pública puede justificar restricciones a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, entre las que figura la libertad de establecimiento ⁴⁵. Más concretamente, precisa la sentencia objeto de comentario:

«Las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad».

Aparentemente se trataría de elegir, a los efectos de «conseguir la prestación más amplia desde el punto de vista territorial de servicios farmacéuticos de calidad» entre dos sistemas «uno que facilite la apertura de oficinas de farmacia y promueva al mismo tiempo la competencia entre ellas o uno que limite la apertura de oficinas de farmacia en las zonas más pobladas a fin de restringir la competencia y favorecer su apertura en las zonas menos pobladas» ⁴⁶, lo cual ciertamente no merece tacha alguna.

Pero, de seguido, empieza el Alto Tribunal comunitario a efectuar consideraciones más que discutibles. Así, tras señalar que «los artículos 168 del TFUE, apartado 1, y 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a cuyo tenor, en particular, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión Europea se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana, confirman la importancia de dicho objetivo», afirma que «de ello se desprende que el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad puede justificar una normativa nacional como la controvertida». Lo cual no deja de ser sorprendente porque en absoluto se establece un vínculo de derivación lógica entre ambas afirmaciones. Esto es, el «de ello», no constituye una consecuencia lógica, sino que es una mera afirmación absolutamente voluntarista falta de cualquier justificación de «conector» racional.

⁴⁴ SSTJUE de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, Hartlauer, y de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

⁴⁵ Véase nota anterior.

⁴⁶ Como destaca el Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, en la conclusión 17 de las presentadas el 30 de septiembre de 2009, en el asunto de referencia.

Tras ese «salto en el vacío» del discurso, el Tribunal de Justicia se detiene en «examinar si tal normativa es adecuada para garantizar dicho objetivo». Análisis de por sí ya viciado radicalmente de la anterior falta de racionalidad discursiva, pero que no impide al Alto Tribunal comunitario efectuar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, que, habida cuenta del margen de apreciación de que gozan los Estados miembros, el hecho de que uno de ellos «imponga normas más rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro en materia de protección de la salud pública, no implica que estas normas sean incompatibles con las disposiciones de Tratado relativas a las libertades fundamentales⁴⁷. Por consiguiente, no es determinante (...) el hecho de que los Estados miembros establezcan normas divergentes en este ámbito, y, más concretamente, que algunos de ellos no limiten el número de farmacias que pueden crearse en el territorio nacional, mientras que otros limitan su número y las someten a normas de planificación geográfica».
- En segundo lugar, «los establecimientos e infraestructuras sanitarios pueden ser objeto de una planificación. Ésta puede comprender una autorización previa para el establecimiento de nuevos prestadores de asistencia, cuando resulta indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias y para evitar una duplicidad de estructuras, de forma que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y que tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa»⁴⁸, conclusión que «puede aplicarse plenamente a los prestadores de servicios sanitarios en el ámbito farmacéutico».
- En tercer lugar, «existen aglomeraciones que pueden ser percibidas por numerosos farmacéuticos como muy rentables y, en consecuencia, más atractivas, como las situadas en las zonas urbanas. En cambio, otras partes del territorio nacional pueden considerarse menos atractivas, como las zonas rurales, geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa. En estas circunstancias, no puede excluirse que, a falta de toda regulación, los farmacéuticos se concentrasen en las localidades consideradas atractivas, de manera que algunas otras localidades menos atractivas no dispondrían de un número suficiente de farmacéuticos para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad».
- En cuarto lugar, «cuando subsisten dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud pública, el Estado miembro puede adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos»⁴⁹.

Por todo ello, concluye el Alto Tribunal comunitario lo siguiente:

⁴⁷ STJUE de 10 de febrero de 2009, asunto C-110/05, Comisión/Italia.

⁴⁸ SSTJUE de 12 de julio de 2001, asunto C-157/99, Smits y Peerbooms, de 16 de mayo de 2006, asunto C-372/04, Watts, y 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, Hartlauer.

⁴⁹ STJUE de 19 de mayo de 2009, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband eV (C-171/07), Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) y Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, en los que participa: DocMorris NV.

«En estas circunstancias, un Estado miembro puede considerar que existe un riesgo de escasez de farmacias en determinadas partes de su territorio y, por consiguiente, de falta de abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos. En consecuencia, habida cuenta de este riesgo, un Estado miembro puede adoptar una normativa que establezca que sólo se pueda crear una farmacia en relación con un determinado número de habitantes».

En efecto, apostilla el Tribunal de Justicia comunitario, «tal requisito puede canalizar la implantación de farmacias hacia las partes del territorio nacional en las que el acceso a la atención farmacéutica presente lagunas, puesto que, al impedir a los farmacéuticos establecerse en zonas en las que ya existe un número suficiente de farmacias, les invita, así, a instalarse en zonas en las que exista escasez de farmacias. De ello se desprende que el referido requisito es adecuado para distribuir las farmacias de manera equilibrada en el territorio nacional, garantizar así a toda la población un acceso apropiado a la atención farmacéutica y, en consecuencia, aumentar la seguridad y la calidad del abastecimiento de medicamentos a la población».

Añadiendo lo siguiente, «si sólo se estableciera el requisito relativo a los módulos de población, podría ocurrir que no se evitara la concentración de farmacias en el interior de una zona geográfica determinada con arreglo a dicho requisito en determinadas localidades atractivas de dicha zona. Pues bien, tal concentración de farmacias podría dar lugar a una duplicidad de estructuras, mientras que otras partes de la misma zona podrían sufrir una falta de farmacias. En estas circunstancias, un Estado miembro puede establecer requisitos adicionales destinados a impedir tal concentración, adoptando, por ejemplo, un requisito, como el de los asuntos principales, que impone distancias mínimas entre las farmacias».

Semejante requisito, considera el Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario, «permite, por su propia naturaleza, evitar tal concentración y, así, distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada. Asimismo, en consecuencia, el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada».

Conjunto de afirmaciones, que no obstante no poder ser tachadas de irracionales y no estar convenientemente coordinadas, sin embargo, sí pueden ser consideradas meramente voluntaristas, pues lo mismo que se efectúan aquéllas puedan sostenerse las contrarias. Sin que el Alto Tribunal comunitario se base en datos o pruebas que justifiquen mínimamente la bondad de sus aserciones. Esto es, las afirmaciones antes referidas del Tribunal de Justicia «no son irrefutables».

Refutabilidad que se pone de manifiesto cuando el mismo Alto Tribunal comunitario, a modo de pretendida derivación lógica, afirma lo siguiente:

«Podría considerarse que tales requisitos son tanto más necesarios cuanto que, por un lado, la administración de medicamentos puede ser urgente, y, por otro, la clientela de las farmacias incluye a personas de movilidad reducida, como las personas de avanzada edad o gravemente enfermas. Así, el requisito relativo a la distancia mínima es complementario del referido a los módulos de población y, en consecuencia, puede contribuir a la realización del objetivo que consiste en distribuir las far-

macias de manera equilibrada en el territorio nacional, garantizar así a toda la población un acceso apropiado a la atención farmacéutica y, por consiguiente, aumentar la seguridad y la calidad del abastecimiento de medicamentos a la población».

Afirmación que lleva a cabo el Alto Tribunal comunitario sin apoyarse en estudios empíricos, estadísticos, de experiencia, etc., alguno que valide los parámetros antes aludidos, establecidos en la normativa española, estatal y autonómica, como necesarios, o más adecuados, que cualesquiera otros igualmente imaginables, para lograr aquellas finalidades. Se trata de un ejercicio de imaginación, sin duda valioso y no irracional, pero no de argumentaciones irrefutables o al menos basadas en proposiciones igualmente irrefutables.

No dudando en resolver, no obstante la marcada refutabilidad de su discurso y la falta de racionalidad estricta del mismo, que la normativa a la que nos venimos refiriendo «es adecuada, en principio, para alcanzar el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad». Matizando, no obstante, mediante una sorprendente apelación a una supuesta «congruencia normativa», afirmando que la manera en que dicha normativa persiga el referido objetivo no puede ser «incongruente (pues) las distintas normas, así como la legislación nacional en su conjunto, sólo son adecuadas para garantizar la consecución del objetivo alegado si responden verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática».

En fin, que el Alto Tribunal comunitario no duda en concluir, tras su más que criticable discurso, en base al mismo, en el que se puede otear, no obstante, una implícita contradicción, la pertinencia de la normativa española, tanto estatal como autonómica, en su lugar y momento aludidas. Indicando que:

- «El artículo 49 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, (...), que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que: a) en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes; b) tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes, y, c) cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias preexistentes, que es, por regla general, de 250 metros».
- «Sin embargo, el artículo 49 del TFUE se opone a tal normativa en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares».

V. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario debe ser objeto de una severa crítica en la medida en que llega, con pretensiones de veracidad, a un conjunto de conclusiones no irrefutables.

En primer lugar, la sentencia, tras afirmar que las limitaciones analizadas constituyen una restricción a la libertad (fundamental) de establecimiento, efectúa un giro copernicano y considera admisibles determinadas restricciones a la apertura de nuevas farmacias, sin aducir elemento alguno (aportado por el conocimiento científico, la experiencia, estudios económicos, estadísticos o de cualquier otra naturaleza) que las respalde, en un alarde de voluntarismo, dando pábulo a vulgarismos, que no efectuando razonamientos ajustados a un discurso racional.

En segundo lugar, ¿por qué la sentencia admite como justificada: a) la apertura de una oficina de farmacia por cada 2.800, habitantes, o fracción superior a 2.000 habitantes; b) una distancia mínima entre farmacias de 250 metros, cuando no se apoya en un solo elemento o dato que los justifique? Parece que la respuesta sólo puede estar en que el Tribunal de Justicia asume como indiscutible un «argumento de autoridad», consistente en que así lo afirma un determinado Estado miembro.

Ha de repararse que al no aportarse por la sentencia fundamento racional alguno, ni elemento acreditativo de la pertinencia indiscutible de aquellas magnitudes (dado que el «argumento de autoridad» aludido es claramente irracional), para restringir la apertura de nuevas farmacias, resultará que con cualquier otro número de habitantes o la distancia entre farmacias (salvo cifras absolutamente desmesuradas), puede mantenerse un discurso idéntico al mantenido en la sentencia.

Es decir, tomando en consideración unos módulos de número de habitantes y de distancia totalmente diferentes, incluso contrarios, de los referidos (2.800 habitantes y 250 metros) respecto de un mismo conjunto poblacional, debería el Alto Tribunal comunitario mantener el mismo discurso de la sentencia. Lo cual da idea del voluntarismo en que incurre, y de la refutabilidad de la sentencia. En fin que, tomando prestada doctrina constitucional, puede afirmarse que se trata de una «sentencia carente de motivación».