

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: EL TJUE DECLARA ILEGALES ALGUNOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ASTURIANA PARA LA AUTORIZACIÓN DE FARMACIAS (SENTENCIA

FREEDOM OF ESTABLISHMENT: THE EC RULED THAT SOME CRITERIA FOR THE IMPLEMENTATION OF THE ASTURIAN REGULATION ON THE AUTHORIZATION OF PHARMACIES ARE ILLEGAL (JUDGMENT “BLANCO PÉREZ AND CHAO GÓMEZ”)

Luis González Vaqué*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA “BLANCO PÉREZ Y CHAO GÓMEZ”. III. CONCLUSIÓN

RESUMEN: El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declaró que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales (sobre los que tiene que pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Asturias), que impone determinados límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias (por ejemplo, límites basados en un criterio de densidad demográfica o distancia mínima entre las oficinas de farmacia). Sin embargo, el artículo 49 TFUE se opone a tal normativa nacional en la medida en que las reglas 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, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. La respuesta a la segunda parte de las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias fue la de que el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432/CE y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios discriminatorios como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001 (Asturias), en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias.

ABSTRACT: The Court (Grand Chamber) ruled that Article 49 TFEU must be interpreted as not precluding, in principle, national legislation, such as that at issue in the cases before the referring court (Tribunal Superior de Justicia de Asturias), which imposes some restrictions on the issue of licences for the opening of new pharmacies (i.e. establishment of limits based on population density or minimum distance between pharmacies). Nevertheless, Article 49 TFEU precludes such national legislation in so far as the basic ‘2 800 inhabitants’ and ‘250 metres’ rules prevent, in any geographical area which has special demographic

Fecha de recepción del artículo: 7 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de septiembre de 2010

* British Institute of International and Comparative Law (BIICL). Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad del autor.

features, the establishment of a sufficient number of pharmacies to ensure adequate pharmaceutical services, that being a matter for the national court to ascertain. The answer to the second part of the questions referred by the Tribunal Superior de Justicia de Asturias was that Article 49 TFEU, read in conjunction with Article 1(1) and (2) of Directive 85/432/EC and Article 45(2)(e) and (g) of Directive 2005/36/EC, must be interpreted as precluding discriminatory criteria, such as those set out in points 6 and 7(c) of the Annex to Decree 72/2001 (Asturias), under which licensees for new pharmacies are to be selected.

PALABRAS CLAVE: Artículo 49 TFUE, Directiva 2005/36/CE, Libertad de establecimiento, Farmacias

KEY WORDS: Article 49 TFEU, Directive 2005/36/EC, Freedom of establishment, Pharmacies

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas por lo que se refiere a la aplicación del principio de la libertad de establecimiento en la Unión Europea (UE) es el referente a la ordenación territorial de las farmacias.

En España, el sistema de ordenación de las oficinas de farmacia¹ ha sido también muy polémico, incluso en el ámbito interno, planteándose su constitucionalidad, y ha generado un apasionado debate, con posturas encontradas entre sus defensores y quienes postulan la liberalización del sector².

En el presente estudio nos ocuparemos de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez” de 1 de junio de 2010³ dictada por el Tribunal de Justicia⁴ (TJ) para dar respuesta a las cuestiones remitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias referentes a una normativa asturiana relativa a la citada ordenación territorial. En virtud de dicho fallo, el TJ declaró que lo previsto en el Tratado en materia de libertad de establecimiento no se oponía, en principio, a las disposiciones objeto de controversia en tanto en cuanto preveía ciertos límites a la concesión de autorizaciones de nuevas farmacias. No obstante, *impuso* algunas condiciones por lo que se refiere a la creación de un número suficiente de establecimientos capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en determinadas zonas geográficas. Por el contrario, estimó que dos de los criterios recogidos en el anexo de la citada normativa eran discriminatorios y, por lo tanto, contrarios al artículo 49 TFUE.

¹ Que configura dichas oficinas como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades autónomas [véase: RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La ordenación territorial de las oficinas de farmacia en España y el Derecho de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2010, C-570/07 y C-571/07, Blanco Pérez y Chao Gómez)”, *Revista Unión Europea*, nº 7, 2010, p. 7].

² Véase la obra de RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. citada en la nota anterior, pp. 7-8.

³ Véase al final del presente estudio la lista de las sentencias que se citan en el mismo.

⁴ El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 por los 27 Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Dicho Tratado introduce modificaciones en cuanto a la organización y las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), compuesto ahora por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública.

En el mencionado fallo, el TJ tuvo que pronunciarse sobre dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el marco de los litigios entre el Sr. Blanco Pérez y la Sra. Chao Gómez, por un lado, y la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (asunto C-570/07) y el Principado de Asturias (asunto C-571/07), por otro lado, relativos a un concurso para la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias.

Como subrayó el Abogado General **POIARES MADURO** en el punto 2 de sus Conclusiones presentadas en el marco de los asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07⁵ (en los que recayó precisamente la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”), las autoridades competentes de los Estados miembros se enfrentan a un reto: garantizar la calidad de las prestaciones farmacéuticas y, a la vez, permitir que los farmacéuticos obtengan remuneraciones suficientes y proporcionadas. En este sentido, algunos Estados miembros han adoptado normativas que limitan la apertura de nuevas oficinas de farmacia, no sólo a fin de asegurar su rentabilidad sino también para disponer de las prestaciones farmacéuticas lo más amplias y mejores posible: «desde su punto de vista, esto exige, por un lado, proteger las oficinas de farmacia existentes de los *riesgos* de la competencia y, por otro lado, atraer oficinas de farmacia a las zonas menos rentables restringiendo el acceso a las zonas más rentables»⁶.

Las normativas nacionales relativas a la ordenación territorial de las oficinas de farmacia deben tener también en cuenta las tensiones que resultan del hecho de que un gran número de licenciados desean acceder a la titularidad de una farmacia, mientras que los farmacéuticos establecidos tratan de defender y preservar sus legítimos intereses.

Como ya hemos dicho, se trata de una materia polémica y compleja, si se tiene en cuenta, además, que, como estimó el Abogado General **BOT** en sus Conclusiones presentadas en el marco del asunto C-531/06⁷ (en el que recayó la sentencia “Comisión/Italia” de 19 de mayo de 2009), reservar la propiedad y la explotación de las farmacias privadas exclusivamente a los farmacéuticos permite garantizar su independencia, haciendo la estructura económica de las farmacias *impenetrable*⁸ para las influencias externas, procedentes por ejemplo de los fabricantes de medicamentos o de los mayoristas. Según **BOT**, se puede de este modo combatir el fenómeno del consumo

⁵ Conclusiones presentadas en audiencia pública el 30 de septiembre de 2009, cuyo texto se encuentra en la siguiente página de Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0570:ES:HTML> [consultada el 24 de junio de 2010].

⁶ Véase también el punto 2 de las Conclusiones citadas en la nota anterior, en el que **POIARES MADURO** señala que, en su opinión «es legítimo que los Estados basen sus normativas en tales inquietudes cuando son el medio para conseguir un objetivo público cual es la protección de la salud pública».

⁷ Conclusiones presentadas en audiencia pública el 16 de diciembre de 2008, cuyo texto se encuentra en la siguiente página de Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0531:ES:HTML> [consultada el 26 de junio de 2010].

⁸ *Sic* en el punto 92 de las Conclusiones citadas en la nota anterior.

excesivo de medicamentos y garantizar la existencia en las farmacias de una variedad suficiente de medicamentos.

Aunque no compartimos el *optimismo* del Abogado General BOT, hemos de reconocer que el TJ, en el fundamento jurídico nº 61 de la sentencia “Comisión/Italia” de 19 de mayo de 2009, llegó a la siguiente conclusión:

«En relación con los titulares de una farmacia que tienen la condición de farmacéutico, es innegable que, al igual que otras personas, su objetivo es la obtención de beneficios. No obstante, dada su condición de farmacéutico de profesión, se supone que no explotan la farmacia con un mero ánimo de lucro, sino que también atienden a un criterio profesional. Por lo tanto, su interés privado en la obtención de beneficios está mitigado por su formación, su experiencia profesional y la responsabilidad que les corresponde, ya que una eventual infracción de las normas legales o deontológicas no sólo pondría en peligro el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional.»

II. LA SENTENCIA “BLANCO PÉREZ Y CHAO GÓMEZ”

1. Litigios principales y cuestiones prejudiciales

En el 2002, la Comunidad Autónoma de Asturias decidió iniciar un procedimiento para la concesión de autorizaciones de instalación de nuevas farmacias, con arreglo a los artículos 6 a 17 del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias⁹. En este contexto, el 14 de junio de 2002 la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios adoptó una resolución por la que se convocaba un concurso para la autorización de oficinas de farmacia en el Principado de Asturias¹⁰ (en lo sucesivo, “Resolución de 14 de junio de 2002”). El objetivo del citado concurso era la apertura de 24 nuevas farmacias en función, en particular, de la densidad demográfica, la dispersión de la población, la distancia entre las farmacias y los grupos mínimos de población.

Los demandantes en los asuntos principales, el Sr. Blanco Pérez y la Sra. Chao Gómez, ambos con el título de farmacéuticos, deseaban abrir una nueva farmacia en Asturias sin que se les aplicase el régimen de planificación territorial establecido en el Decreto 72/2001.

Los demandantes cuestionaron la conformidad a Derecho de la *Resolución de 14 de junio de 2002* y del Decreto 72/2001 por considerar, en particular, que impedían el acceso de los farmacéuticos a nuevas farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias. Alegaron, además, que el citado Decreto establecía criterios inadmisibles para la selección de los titulares de nuevas farmacias.

⁹ BOPA nº 175 de 28 de julio de 2001, p. 10135 (véanse, sobre este Decreto, los fundamentos jurídicos del 9 al 21 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”).

¹⁰ BOPA nº 145 de 24 de junio de 2002, p. 8145.

En consecuencia, en el primer asunto principal (C-570/07), interpusieron un recurso contra la *Resolución de 14 de junio de 2002*, así como contra la Resolución del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de 10 de octubre de 2002, que la confirmaba.

En el segundo asunto principal (C-571/07), los mismos demandantes interpusieron un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias mediante el que impugnaron la 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 este marco, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimó oportuno verificar si el régimen establecido en el Decreto 72/2001 constituía una restricción de la libertad de establecimiento incompatible con lo dispuesto en el artículo 49 TFUE, por lo que decidió suspender el procedimiento y en el asunto C-570/07 plantear al TJ la siguiente cuestión prejudicial:

«¿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?»

En el asunto C-571/07, dicho Tribunal suspendió también el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«¿El artículo [49 TFUE] es contrario a la regulación que se contiene en la legislación de la Comunidad Autónoma [...] de Asturias en relación con la autorización de instalación de Oficinas de Farmacia?»

2. Las Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO

El Abogado General **POIARES MADURO** subrayó *inter alia* que los criterios que atribuían una prioridad adicional a los solicitantes que hubieran ejercido como farmacéuticos en el territorio asturiano previstos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001 constituían una discriminación prohibida por razón de nacionalidad porque otorgaba a la experiencia adquirida en Asturias más valor que a una experiencia equivalente adquirida en otros Estados miembros: «tal criterio no puede justificarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, porque la atribución del mismo valor a méritos obtenidos en otros Estados miembros es crucial para la libertad de circulación»¹¹.

Por lo que se refiere a la adecuación y proporcionalidad del citado Decreto para alcanzar los objetivos previstos, **POIARES MADURO** insistió en la importancia que se atribuye en la jurisprudencia del TJ al requisito de coherencia y consistencia cuando se examina el modo en que la legislación nacional persigue sus objetivos declarados. En efecto, el citado requisito *establece* que «una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma coherente y sistemática»¹². Se trata de una exigencia que «... permite al

¹¹ Véase el punto 14 de las Conclusiones citadas en la nota 5.

¹² Véase el fundamento jurídico nº 42 de la sentencia “Apothekerkammer des Saarlandes y otros”, al que se hace referencia en el punto 21 de las Conclusiones citadas en la nota 5.

Tribunal de Justicia diferenciar entre la legislación que verdaderamente persigue un objetivo público legítimo y la que quizá pudo haberse dirigido en un principio a la consecución de tal objetivo, pero que fue captada por determinados intereses especiales»¹³.

Teniendo en cuenta, entre otras, estas reflexiones, **POIARES MADURO** propuso al TJ que respondiera como sigue a las cuestiones prejudiciales remitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias:

«– El artículo [49 TFUE] se opone a una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual se requiere autorización para establecer una nueva oficina de farmacia y *se da prioridad a quienes hayan ejercido en una parte del territorio del Estado miembro*¹⁴.

– El artículo [49 TFUE] se opone a una legislación como la controvertida en el litigio principal, según la cual la autorización para establecer una nueva oficina de farmacia se supedita a un requisito de población que tiene por objeto fomentar el establecimiento de oficinas de farmacia en zonas poco pobladas *si tal objetivo no se persigue de una forma coherente y consistente*, en particular, si dicha legislación no beneficia claramente a quienes abren oficinas de farmacia en zonas poco pobladas frente a quienes simplemente esperan a abrirlas en una zona rentable y concede un derecho de propiedad en la referida autorización de tal modo que menoscaba la eficacia del sistema de incentivos.

– Por lo que respecta al requisito que impone una distancia mínima entre oficinas de farmacia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si está justificada la distancia específica que se impone, teniendo en cuenta el grado de injerencia en el derecho de establecimiento, la naturaleza del interés público invocado y la medida en que, habida cuenta del número y la distribución de las oficinas de farmacia en la región y de la distribución y densidad de la población, podría alcanzarse la cobertura universal a través de medios menos restrictivos.»

3. Fallo

El TJ (Gran Sala) declaró:

«1) El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que:

– en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes;

¹³ Véase también el punto 21 de las Conclusiones citadas en la nota 5.

¹⁴ La cursiva es nuestra.

– 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

– 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 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, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

2) El artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹⁵, debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias.»

4. Comentarios

A) Sobre la admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial

Tras recordar que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean, el TJ subrayó que el órgano jurisdiccional remitente había motivado sus peticiones al indicar que la conformidad a Derecho de la normativa controvertida en los asuntos principales depende de la interpretación que el TJ realizara del artículo 49 TFUE. En este contexto, añadió.

«40. 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

¹⁵ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO n° L 255 de 30 de septiembre de 2005, p. 22).

hayán estado interesados en explotar farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias¹⁶».

En estas circunstancias, el TJ concluyó que las peticiones de decisión prejudicial eran admisibles.

B) Sobre la competencia de los Estados miembros para dictar disposiciones para organizar servicios sanitarios, tales como las oficinas de farmacia

El TJ recordó que, con arreglo al artículo 168.7 TFUE (*precisado* por la jurisprudencia comunitaria y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales), el Derecho de la UE 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 las oficinas de farmacia. No obstante, al ejercitar su competencia en esta materia los Estados miembros deben respetar el Derecho de la UE y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que dichas 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 sanitaria¹⁷. De todos modos, el TJ precisó que, a la hora de verificar si se respetaba 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, así como 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. En este sentido, el TJ confirmó que, teniendo en cuenta que dicho nivel puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer además a los Estados miembros un cierto margen de apreciación¹⁸.

El TJ señaló igualmente que ni la Directiva 2005/36/CE ni ningún otro acto de aplicación de las libertades fundamentales establecen reglas relativas al 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, salvo por lo que se refiere al artículo 45.5 de la citada Directiva que «... 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»¹⁹. Puesto que dicha disposición era aplicable a España en el caso que nos interesa, se podía mantener

¹⁶ Véanse, en este sentido, los fundamentos jurídicos nºs 23 y 24 de la sentencia “Attanasio Group”.

¹⁷ Véanse, en este sentido, los siguientes fundamentos jurídicos: nº 29 de la sentencia “Hartlauer”; nº 35 de la sentencia “Comisión/Italia” de 19 de mayo de 2009; y nº 18 de la sentencia “Apothekerkammer des Saarlandes y otros”.

¹⁸ Véanse los siguientes fundamentos jurídicos: nº 51 de la sentencia “Comisión/Alemania” de 11 de septiembre de 2008; y nº 19 de la sentencia “Apothekerkammer des Saarlandes y otros”.

¹⁹ Véase el fundamento jurídico nº 46 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

el procedimiento controvertido «... y aplicarlo a todos los farmacéuticos, siempre que las normas que lo regulan sean conformes con el Derecho de la Unión»²⁰.

Por supuesto, las reglas previstas en el procedimiento controvertido en lo que respecta a las exigencias relativas a la ordenación territorial de las farmacias están sujetas a lo dispuesto por el Tratado²¹.

C) Sobre la *calificación* de la normativa nacional como restricción de la libertad de establecimiento

El TJ, estimó que debía *examinar* las disposiciones de la normativa nacional relativas a la ordenación territorial a la luz de lo previsto en el artículo 49 TFUE y se refirió a su propia jurisprudencia sobre lo que constituye una restricción en el sentido del citado artículo²².

En este marco, el TJ hizo referencia a las medidas que pueden considerarse incluidas en dicha categoría de restricciones: una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa y/o cuando sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con determinadas necesidades económicas o sociales.

El TJ analizó los efectos de la normativa nacional controvertida y concluyó que sus disposiciones obstaculizaban o hacían 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. Por consiguiente concluyó que «... una normativa nacional como la controvertida en los asuntos principales constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE»²³.

D) Sobre la justificación de la restricción de la libertad de establecimiento

El TJ confirmó que 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 calidad²⁴.

²⁰ *Ibidem*, fundamento jurídico nº 47.

²¹ Véanse los fundamentos jurídicos nºs 48 y 49 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez” (cabe destacar que, en el fundamento jurídico nº 50 se recuerda que en el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36/CE se declara que «... 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...»).

²² Véanse los siguientes fundamentos jurídicos: nº 15 de la sentencia “Comisión/Países Bajos” de 14 de octubre de 2004; y nº 27 de la sentencia “Comisión/Grecia” de 21 de abril de 2005.

²³ Véase el fundamento jurídico nº 60 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

²⁴ Véanse los siguientes fundamentos jurídicos: nº 52 de la sentencia “Comisión/Italia” de 19 de mayo de 2009; y nº 28 de la sentencia “Apothekerkammer des Saarlandes y otros”.

Por lo que se refiere a los asuntos principales, el TJ subrayó que las disposiciones controvertidas se aplicaban sin discriminación por razón de nacionalidad y, refiriéndose a su propia jurisprudencia, insistió en que 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 [incluyendo a los prestadores de servicios sanitarios en el ámbito farmacéutico²⁵], 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^{26, 27}».

Teniendo en cuenta que existen aglomeraciones que pueden ser percibidas por numerosos farmacéuticos como muy rentables y, en consecuencia, más atractivas, como son las situadas en las zonas urbanas así como que, 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, el TJ se refirió a que:

«73. 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».

Según el TJ, resulta legítimo que un Estado miembro adopte una normativa que establezca que sólo se pueda crear una farmacia en relación con un determinado número de habitantes, a fin de *canalizar*²⁸ 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. Además, un Estado miembro puede establecer requisitos adicionales destinados a impedir la concentración de farmacias en el interior de una zona geográfica determinada, adoptando, por ejemplo, un requisito que imponga distancias mínimas entre las farmacias. Un requisito de este tipo permite, por su propia naturaleza, evitar tal concentración y, así, distribuir las farmacias de una manera más equilibrada. Además, el TJ agregó que el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes por lo que se refiere a que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada.

²⁵ Véase el fundamento jurídico nº 71 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

²⁶ Véanse los siguientes fundamentos jurídicos: nºs del 76 al 80 de la sentencia “Smits y Peerbooms”; nºs del 108 al 110 de la sentencia “Watts”; y nºs 51 y 52 de la sentencia “Hartlauer”.

²⁷ Véase el fundamento jurídico nº 70 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

²⁸ *Sic* en el fundamento jurídico nº 78 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

E) Sobre el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos seguro y de calidad

El TJ aceptó la tesis de que una normativa como la controvertida en los asuntos principales era adecuada, en principio, para alcanzar el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad, pero precisó que resultaba necesario verificar que la manera en que dicha normativa perseguía dicho objetivo no fuera *incongruente*²⁹.

Tras formular tal afirmación, el TJ estimó que:

«95. En consecuencia, procede examinar si el Decreto 72/2001 persigue de forma congruente y sistemática el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad al fijar el número mínimo de habitantes por farmacia, en principio, en 2.800 o 2.000, y la distancia mínima entre las farmacias, por regla general, en 250 metros. A este respecto, es preciso tener en cuenta igualmente la Ley 16/1997³⁰, puesto que el Decreto 72/2001 desarrolla dicha Ley.

96. Sobre este punto, procede señalar que se supone que los dos requisitos establecidos por dicho Decreto –aplicables en todo el territorio de que se trata– garantizan un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad sobre la base de indicaciones de carácter global que tienen en cuenta necesariamente elementos demográficos ordinarios, considerados como una media. De ello se desprende que la aplicación uniforme de los requisitos así concebidos podría no garantizar el acceso adecuado a la atención farmacéutica en zonas que presenten ciertas particularidades demográficas.

97. Tal puede ser el caso, en primer lugar, de determinadas zonas rurales cuya población está normalmente dispersa y es menos numerosa. Esta particularidad puede llevar a que, si el requisito del número mínimo de 2.800 habitantes se aplicase de manera estricta, algunos habitantes interesados se encontrarían fuera del alcance local razonable de una farmacia y se verían así privados de un acceso adecuado a la atención farmacéutica.

98. A este respecto, procede señalar que la normativa nacional establece ciertas medidas de ajuste que permiten atenuar las consecuencias de la aplicación de la norma de base de 2.800 habitantes. En efecto, según el artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, de la Ley 16/1997, las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores a los 2.800 habitantes por farmacia para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales, de modo que las farmacias situadas en tales zonas particulares sean más accesibles para el segmento de la población que la rodea.

²⁹ *Sic* en el fundamento jurídico nº 94 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

³⁰ Ley de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia (BOE nº 100 de 26 de abril de 1997, p. 13450).

99. En segundo lugar, resulta que una aplicación estricta del otro requisito del Decreto 72/2001, relativo a la distancia mínima entre las farmacias, podría dar lugar a que no se garantizase un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica. En efecto, en tales zonas, la densidad de la población alrededor de una farmacia puede sobrepasar claramente el número de habitantes determinado de modo global. En estas circunstancias específicas, la aplicación del requisito de la distancia mínima de 250 metros entre las farmacias podría dar lugar a una situación en la que el perímetro previsto para una única farmacia incluyera a más de 2.800 habitantes –o incluso a más de 4.000 habitantes en el supuesto contemplado en el artículo 2, apartado 3, de la Ley 16/1997. En consecuencia, no cabe excluir que los habitantes de las zonas de tales características puedan encontrar, debido a la aplicación estricta de la norma relativa a la distancia mínima, dificultades para acceder a una farmacia en condiciones tales que permitan garantizar una atención farmacéutica apropiada.

100. No obstante, incluso en ese caso, estas consecuencias pueden atenuarse mediante la medida de flexibilización establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Ley 16/1997, a cuyo tenor la distancia mínima entre oficinas de farmacia será, *con carácter general*, de 250 metros, si bien las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas y aumentar, de esta manera, el número de farmacias disponibles en las zonas de una gran concentración de población.»

Finalmente, el TJ, aunque llegó a la conclusión de que «... la normativa controvertida en los litigios principales resulta adecuada para lograr el objetivo perseguido»³¹, declaró que correspondía al órgano jurisdiccional remitente verificar si las autoridades competentes ejercitan la facultad que les atribuyen las disposiciones pertinentes en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada.

F) Sobre si la restricción de la libertad de establecimiento no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo invocado

El TJ rechazó el argumento relativo a la posible implantación del sistema *de mínimos* (consistente en que no se autorizaría ninguna nueva implantación de farmacias en zonas que ya cuentan con un número suficiente de farmacias hasta que cada zona geográfica determinada disponga del número mínimo requerido de farmacias, pero la apertura de nuevas farmacias sería libre a partir del momento en que cada una de estas zonas dispusiese del número mínimo de farmacias) y declaró rotundamente que «... no puede considerarse que la normativa controvertida en los litigios principales vaya más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido»³².

³¹ Véase el fundamento jurídico nº 103 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

³² *Ibidem*, fundamento jurídico nº 112.

Por lo tanto, el TJ no aceptó las alegaciones de los demandantes en los litigios principales, la Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias y la Comisión, señalando que, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de protección de la salud pública, un Estado miembro puede considerar que el citado sistema *de mínimos* no permite lograr –con la misma eficacia que el sistema que se aplica– el objetivo de garantizar el abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos en las zonas poco atractivas.

En este sentido, el TJ declaró que España podía organizar el sistema de distribución territorial a escala regional, es decir, conferir a las diferentes regiones la responsabilidad de organizar la distribución de las farmacias entre las zonas geográficas de sus respectivos territorios, teniendo en cuenta que la situación en las diferentes Comunidades autónomas podía ser considerablemente diferente en lo que respecta al establecimiento de los farmacéuticos (es posible que en algunas existan una o varias zonas geográficas en las que todavía no se haya alcanzado el número mínimo necesario de farmacias mientras que en otras puede darse que todas sus zonas geográficas ya hayan alcanzado el número mínimo necesario).

G) Sobre si el artículo 49 TFUE se opone a criterios como los recogidos en el anexo del Decreto 72/2001 a fin de *seleccionar* a los titulares de nuevas farmacias

El TJ estimó que los criterios establecidos en los puntos 4 y 7, letras a) y b), del anexo del Decreto 72/2001 contribuyen, de conformidad con el artículo 49 TFUE, a la realización del objetivo de interés general invocado.

Acto seguido, pasó a examinar los siguientes puntos del citado anexo:

- punto 6 que disponía que los méritos profesionales referidos al ejercicio profesional obtenidos en el ámbito del Principado de Asturias se computaban con un incremento del 20 %; y

- punto 7, letra c) que preveía que, en caso de empate al aplicar el baremo, las autorizaciones se otorgaran de acuerdo con un orden de prelación que daba prioridad, tras las categorías de farmacéuticos que figuraban en el referido punto 7, letras a) y b), a los farmacéuticos que hubieran desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito del Principado de Asturias.

El TJ estimó que ambos criterios *privilegiaban* en el proceso de selección a los farmacéuticos que hubieran ejercido su actividad en una parte del territorio nacional y eran, por lo tanto, *discriminatorios*: resultaban «... naturalmente más [fáciles] de cumplir por los farmacéuticos nacionales, quienes ejercen con mayor frecuencia su actividad económica en el territorio nacional, que por los farmacéuticos de otros Estados

miembros, quienes ejercen dicha actividad con mayor frecuencia en otro Estado miembro^{33, 34}».

Para terminar, recordaremos que el TJ rechazó el argumento de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y el Principado de Asturias relativo a que la necesidad de mantener el nivel de calidad de la atención farmacéutica podía justificar una diferencia de trato, habida cuenta de que dicho nivel se vería reducido si los farmacéuticos que se establecieran no pudiesen prestar inmediatamente la atención farmacéutica (lo que no sería posible si desconocen los programas de salud previstos por la administración regional y/o el funcionamiento de las farmacias en esa región). En este sentido, el TJ declaró:

«124. No puede acogerse tal alegación, puesto que el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432 y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36 exigen que los titulares de un título profesional de formación universitaria de farmacia sean habilitados para el acceso a las actividades de preparación, control, almacenamiento y distribución de los medicamentos en las farmacias abiertas al público, así como a las actividades de difusión de información y asesoramiento sobre medicamentos. En estas circunstancias, no pueden invocarse los requisitos mencionados [...] para justificar una desigualdad de trato como la controvertida en los asuntos principales.»

III. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, mediante la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”, el TJ dio cumplida respuesta a las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado.

Aunque declaró que correspondía al órgano jurisdiccional remitente verificar si las autoridades competentes ejercitaban las facultades que les atribuye la normativa nacional teniendo en cuenta las características demográficas particulares de determinadas zonas geográficas, nos parece que se trata de un fallo basado no sólo en argumentos impecables sino que éstos se exponen también de forma clara e inequívoca por lo que se deja poco o ningún margen a interpretaciones divergentes o contradictorias.

Consideramos oportuno igualmente subrayar que, en el fallo que nos interesa, el TJ ha dejado pocos cabos sueltos, como, por el contrario, ocurrió en la sentencia “Comisión/Italia” de 19 de mayo de 2009, en la que evitó pronunciarse (¿por falta de pruebas?) sobre temas tan polémicos como la exclusión de la posibilidad de que personas que no sean farmacéuticos exploten una farmacia, la *legalidad* de dejar en herencia una farmacia, etc.

En este sentido, sin entrar en la polémica relativa a si el TJ de ha declarado favorable a uno u otro tipo de *modelo* de ordenación territorial, pues en realidad se trata de discutir

³³ Véase, por analogía, el fundamento jurídico nº 103 de la sentencia “Hartmann”.

³⁴ Véase el fundamento jurídico nº 103 de la sentencia “Blanco Pérez y Chao Gómez”.

si el vaso está medio lleno o medio vacío, insistiremos en que se trata de un fallo objetivo y basado en argumentos jurídicos difícilmente discutibles. Una vez más, el TJ ha confirmado el amplio margen del que disponen los Estados miembros para legislar en la materia³⁵ ... por supuesto, respetando lo dispuesto en los Tratados y, en especial, el principio de discriminación. En efecto, el TJ ha declarado, en nuestra opinión acertadamente, que el baremo para la concesión de autorizaciones para nuevas farmacias debe respetar dicho principio, siendo incompatibles los criterios o méritos que primaban el ejercicio profesional en el ámbito territorial de Asturias [puntos 6 y 7(c) del anexo de la normativa en cuestión].

³⁵ En este sentido, coincidimos con RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. que concluyó que el TJ ha sabido «... ofrecer una solución equilibrada y respetuosa con la discrecionalidad reguladora de los Estados miembros, a los que corresponde determinar su propio modelo de ordenación farmacéutica [...] también en cuanto a la planificación territorial» (véase la obra de dicho autor citada en la nota 2, p. 13).

SENTENCIAS DEL TJUE

- 1 de junio de 2010 “Blanco Pérez y Chao Gómez”, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, pendiente de publicación.
- 11 de marzo de 2010 “Attanasio Group”, asunto C-384/08, pendiente de publicación.
- 19 de mayo de 2009 “Apothekerkammer des Saarlandes y otros”, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, pendiente de publicación.
- 19 de mayo de 2009 “Comisión/Italia”, asunto C-531/06, pendiente de publicación.
- 10 de marzo de 2009 “Hartlauer”, asunto C-169/07, RJTJ p. I-1721.
- 11 de septiembre de 2008 “Comisión/Alemania”, asunto C-141/07, RJTJ p. I-6935.
- 18 de julio de 2007 “Hartmann”, asunto C-212/05, RJTJ p. I-6303.
- 16 de mayo de 2006 “Watts”, asunto C-372/04, RJTJ p. I-4325.
- 21 de abril de 2005 “Comisión/Grecia”, asunto C-140/03 RJTJ p. I-3177.
- 14 de octubre de 2004 “Comisión/Países Bajos”, asunto C-299/02, RJTJ p. I-9761.
- 12 de julio de 2001 “Smits y Peerbooms”, asunto C-157/99, RJTJ p. I-5473.

BIBLIOGRAFÍA³⁶:

- MARINA CASTELLANETA, “A breve potrebbero finire a Lussemburgo le regole italiane sulla gestione di più strutture”. *Guida al diritto*, n° 24 (2009) 99-101.
- MARINA CASTELLANETA, “L'interesse generale ad avere medicine di qualità giustifica il limite all'apertura di nuove farmacie”, *Guida al diritto*, n° 24 (2010) 103-105.
- MARIE-CATHERINE CHEMTOB CONCÉ, “La confirmation de la CJCE des règles de détention et d'exploitation d'une pharmacie”. *Gazette du Palais*, n° 296-297 (2009) 16-19.
- JULIA DE PINGON, “Monopole pharmaceutique et liberté d'établissement”. *Gazette du Palais*, n° 326-328 (2009) 33-35.

³⁶ Véase también la obra de RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. citada en la nota 2.

- FLAMINIA GIOVAGNOLI, “Titolarità e gestione delle farmacie nella normativa comunitaria ed italiana”, *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, n° 3 (2009) 74-89.
- DANIEL GRASKE, “Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot beim EuGH vom 16.12.2008, C-171/07 und C-172/07 : Apothekerkammer des Saarlandes u.a. (DocMorris II), und C-531/06, Kommission/Italien”. *European Community Private Law*, n° 2 (2009) 87-89.
- IDOT, “Régime d'immatriculation des navires. Un Etat membre ne peut pas introduire unilatéralement un critère fondé sur le contrôle pour accorder son pavillon”. *Europe*, n° 409 (2004) 21-22.
- FABIENNE KAUFF-GAZIN, “Etablissements hospitaliers”. *Europe*, n° 187 (2009) 16-17.
- VALÉRIE MICHEL, “L'épouvantail du *tout marché* écarté et la santé publique valorisée”. *Europe*, n° 271 (2009) 11-13.
- ANNE RIGAUX, “Une nouvelle application apaisée de la jurisprudence *Keck et Mithouard*”. *Europe*, n° 371 (2008) 34-35.
- MARINA RUSSO, “Discrezionalità dello Stato e tutela della salute pubblica: la riserva della proprietà ai farmacisti”. *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, n° 2 (2009) 140-141.