



DLNNY

DEBATE SOBRE PLANIFICACIÓN Y BAREMOS DE MÉRITOS

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En febrero de 2007 tienen entrada en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, dos cuestiones prejudiciales procedentes del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Nos proponemos en este artículo analizar las conclusiones del abogado general al respecto, que se hicieron públicas el pasado 30 de septiembre de 2009.

EMILIO A. FLORES

Doctor en Farmacia. Licenciado en Derecho.

Contra la Resolución de 14 de junio de 2000, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias, que convocaba concurso para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, recurren dos farmacéuticos, que tras agotar la vía administrativa, inician la vía contenciosa. El juez correspon-

diente, al amparo del art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), formula ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), las correspondientes cuestiones prejudiciales. Éstas plantean las dudas del juez nacional sobre dos aspectos concretos: la planificación farmacéutica basada en

criterios geográficos y demográficos, y la superior valoración de la experiencia profesional adquirida en el ámbito del Principado.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Tras una primera parte introductoria, el abogado general¹ se plantea lo que es el

núcleo de la cuestión: ¿existe una restricción de la libertad de establecimiento contraria al art. 43 TCE? Si la respuesta es afirmativa, ¿tal restricción está justificada por razones de salud pública?

Respecto a la primera pregunta, el abogado general no tiene duda alguna: la restricción contraria al art. 43 TCE existe, al afirmar que «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». Es decir, que la autorización a la que está sujeta la apertura de una oficina de farmacia, por sí sola, supone la mejor prueba de que la restricción a la libertad de establecimiento ciertamente existe, dado que a su vez tal autorización está sujeta al cumplimiento de requisitos poblacionales y geográficos.

El abogado general aborda a continuación la segunda fase de su análisis. Para ello, recurre a los cuatro requisitos necesarios para justificar tal restricción², avalados por abundante jurisprudencia:

APLICACIÓN NO DISCRIMINATORIA

El abogado general entiende que, en principio, las normas analizadas no son discriminatorias, ya que se aplican por igual a todos los farmacéuticos, de cualquier nacionalidad. Sin embargo, sí que entiende discriminatorio el hecho de que se dé «prioridad adicional» a los farmacéuticos que hayan ejercido como tales en el territorio asturiano.

OBJETIVO DE INTERÉS PÚBLICO

Este objetivo no es otro que la protección de la salud pública, y el propio abogado



reconoce que se trata de una «razón imperiosa de interés general». Y como parte de esa protección de la salud pública hay que entender un reparto equilibrado de las oficinas de farmacia. Expone a continuación que ambas partes en litigio mantienen que con sus posiciones se alcanza mejor el objetivo de la protección sanitaria, al conseguir una prestación más amplia desde el punto de vista territorial, que ofrezca, además, servicios farmacéuticos de calidad. Recuerda, a continuación, que «el TJCE ha declarado que la fijación de precios y la limitación de la competencia son técnicas posibles para alcanzar los objetivos de salud pública».

ADECUACIÓN Y PROPORCIONALIDAD PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS

Agrupar el abogado en un solo apartado ambos requisitos, y a su vez rela-

ciona ambos con los conceptos de «coherencia y consistencia», que han de presidir el espíritu y la letra de la norma nacional. La existencia o no de éstos en la norma analizada indicará al TJCE si verdaderamente se persigue un objetivo público legítimo. A continuación, el abogado analiza los dos principales argumentos que el Estado miembro (España) ha utilizado para defender que aquellos criterios, coherencia y consistencia, están presentes en su legislación farmacéutica. Dichos argumentos son los siguientes:

Calidad de los servicios farmacéuticos

España entiende que «restringir el acceso al mercado garantiza la calidad de los servicios farmacéuticos». El abogado general, sin embargo, no opina lo mismo, pues mantiene que tal razonamiento español es incoherente, y no considera por tanto demostrados por el Estado los correspondientes requisitos de adecuación y proporcionalidad respecto a la calidad de los servicios.

Distribución geográfica amplia y equilibrada de las oficinas de farmacia

Para conseguir tal distribución, el Estado miembro mantiene, como es sabido, dos criterios de planificación: el geográfico y el demográfico. El aboga-

CONCLUSIONES

El abogado general propone al TJCE responder a las cuestiones prejudiciales de la siguiente forma:

- Efectivamente, el art. 43 CE se opone a la legislación nacional analizada, tanto respecto a la autorización previa al establecimiento como a la prioridad para los ejercientes en el Principado.
- El art. 43 CE se opone igualmente a los criterios demográficos de planificación, que serían justificables sólo como instrumento para fomentar el establecimiento de oficinas de farmacia en zonas

poco pobladas. Sin embargo, el derecho de propiedad de la autorización, o sea, su transmisibilidad, menoscaba la eficacia de este sistema de incentivos.

- Por último, respecto a los criterios geográficos de planificación, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar si está o no justificada la distancia específica que recoge la norma, entendiendo que bien podría alcanzarse la cobertura universal que se persigue a través de medios menos restrictivos.

do general los analiza por separado de la siguiente forma:

• **Requisitos de población.** Para el abogado, establecer estos criterios de carácter demográfico, sobre todo en zonas muy pobladas, no tiene sentido para obtener una distribución geográfica adecuada. En su opinión, el sistema sólo adquiere sentido «cuando la política de restringir aperturas en las zonas más pobladas está asociada a la política de favorecer a quienes ya habían abierto oficinas de farmacia en zonas menos pobladas». O sea, para el abogado general «sería necesario que el sistema beneficiara a quienes abren oficina de farmacia en zonas poco po-

urbanas, lo que las hace más atractivas para los farmacéuticos rurales.

Cuestión aparte es, para el abogado general, la cuestión de si la cifra concreta de los 250 metros es la más adecuada para la consecución de los objetivos propuestos. El abogado confiesa al respecto que el TJCE no dispone de suficientes elementos de juicio para aclarar la cuestión, correspondiendo por tanto al Derecho nacional apreciar esta cuestión, adecuándola al caso concreto de Asturias.

COMENTARIO

En primer lugar, parece evidente que la especial valoración que se otorga en la

mas, mediante un sistema de atención farmacéutica universal.

Tampoco comprende el abogado general cómo puede disminuir la calidad del servicio farmacéutico con el aumento de la competencia. Sin embargo, parece evidente que ello repercutiría necesariamente en una sustancial bajada de la rentabilidad, que necesariamente habría de repercutir en el empleo, en el número de servicios ofrecidos y en la magnitud del *stock* disponible, todo ello relacionado claramente con la calidad del servicio que se presta.

Por último, de recogerse los argumentos del abogado general, a veces confusos, a veces contradictorios, en la sentencia que el TJCE necesariamente habrá de dictar, la legislación farmacéutica asturiana puede verse seriamente afectada, y con ella toda la legislación española en la materia, pues recordemos que el Dictamen Motivado de la Comisión de 2006 aún no se ha archivado ni se ha enviado al TJCE, tal vez a la espera de que dicho Tribunal se manifieste sobre la materia vía incidente prejudicial. **Of**

PARECE EVIDENTE QUE LA ESPECIAL VALORACIÓN QUE SE OTORGA EN LA NORMA IMPUGNADA A LA EXPERIENCIA PROFESIONAL OBTENIDA EN EL ÁMBITO DEL PRINCIPADO ES CLARAMENTE DISCRIMINATORIA

bladas, frente a quienes simplemente esperan abrirlas en una zona rentable», por una lado, y además, «que las autorizaciones para las zonas pobladas se pongan a disposición de quienes ejercieron en zonas menos pobladas, cuando los titulares de las autorizaciones más lucrativas para zonas pobladas deseen cesar en la explotación de sus oficinas de farmacia», por otro. La posibilidad de transmitir libremente la autorización evita que sea así. Ello, a su vez, a juicio del abogado, supone el enriquecimiento de determinados farmacéuticos, establecidos en zonas muy pobladas, afirmando que «las restricciones al derecho de establecimiento deben justificarse por exigencias de interés general, y no deben ser un instrumento para el enriquecimiento privado.

• **Requisitos geográficos.** A la hora de analizar si esta medida es adecuada para alcanzar el objetivo de la distribución homogénea de las oficinas de farmacia, el abogado general entiende que, en principio, la medida es razonable, habida cuenta de que añade un beneficio extra a las oficinas de farmacia

norma impugnada a la experiencia profesional obtenida en el ámbito del Principado es claramente discriminatoria, tanto con los nacionales de otros Estados miembros, como con la mayoría de los propios españoles. Conviene en este punto señalar que ya alguna comunidad autónoma³ ha modificado su legislación al respecto.

Por otro lado, esa relación directa entre farmacia en zona muy poblada (urbana), muy rentable, y farmacia en zona poco poblada (rural), poco rentable, existe sólo en casos muy concretos, fruto precisamente de la planificación demográfica, pues a pesar de los muchos habitantes de las zonas urbanas, el gran número de oficinas de farmacia existentes en ellas hace que su rentabilidad sea proporcionada respecto al medio rural, dicho sea con carácter general.

A lo largo de todo el texto, el abogado general no parece tener en cuenta que en España la oficina de farmacia es un establecimiento sanitario privado de interés público⁴, inserto en el Sistema Nacional de Salud, y cuyo principal cliente es el propio Estado a través de las comunidades autóno-

NOTAS

1. Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 30 de septiembre de 2009. Asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07. José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Lengua original: inglés.
2. Tales requisitos son ya recogidos en el Dictamen Motivado, emitido en virtud del art. 226 TCE. Infracción 2001/5261, de 28 de junio de 2006, de la Comisión de las Comunidades Europeas.
3. Es el caso de La Rioja, que en su Decreto 15/2007, de 30 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia (BOR de 31 de marzo de 2007, n.º 42/2007), modifica la norma anterior haciendo mención al propio Dictamen Motivado: «...en virtud del Dictamen Motivado de la Comisión de las Comunidades Europeas... se ha eliminado del presente baremo la puntuación adicional que se otorgaba a los solicitantes que acreditasen su integración socio-profesional en la Comunidad Autónoma de La Rioja».
4. Art. 84.6, Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. BOE n.º 178, de 27 de julio.