



COMISIÓN EUROPEA

SERVICIO JURIDICO

Bruselas, 21 de mayo de 2008  
JURM(08) 63

**AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**  
**OBSERVACIONES ESCRITAS**

presentadas de conformidad con el Artículo 23, párrafo segundo, del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la

**COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

representada por Enrico TRAVERSA, Consejero Jurídico de la Comisión, y Gustavo LUENGO, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de agentes, habiendo elegido domicilio el de Antonio ARESU miembro también de su Servicio Jurídico, Centro Wagner, Luxemburgo.

**en los asuntos acumulados C- 570/07 y 571/07**

que tienen por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al Artículo 234 del Tratado CE, por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Reino de España), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

**PILAR CHAO GÓMEZ y JOSE MANUEL BLANCO PÉREZ**

y

**LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**

una decisión prejudicial sobre la interpretación de los Artículos 2, 3 y 4 del Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, así como del Anexo del mismo, en concreto sus apartados (4), (6) y (7).

La Comisión tiene el honor de formular las siguientes observaciones:

Commission européenne, B-1049 Bruxelles / Europese Commissie, B-1049 Brussel - Bélgica. Teléfono: (32-2) 299 11 11. Despacho: BERL 2/130. Teléfono: directo (32-2) 295.59.21. Fax: (32-2) 296.53.29.

## **I. HECHOS Y PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL NACIONAL**

1. La Sra. Pilar Chao Gómez y el Sr. José Manuel Blanco Pérez son ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, sin que en la cuestión remitida se precise la nacionalidad de ninguno de ellos. Poseen título oficial de licenciados farmacéuticos y ambos han desarrollado su actividad profesional durante largos años en una farmacia veterinaria, sin ostentar la titularidad de una oficina de farmacia. Actualmente los recurrentes en el procedimiento nacional muestran su interés por ser adjudicatarios de una licencia para la apertura de un nuevo establecimiento farmacéutico en la Comunidad Autónoma de Asturias.
2. Los interesados interpusieron recurso contra la Resolución de 14 de junio de 2002, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Gobierno del Principado de Asturias, así como contra la Resolución de 10 de octubre de 2002, del Consejo de Gobierno del mismo Principado, confirmatoria de la anterior y dictadas ambas en aplicación del Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, al denegárseles la solicitud de autorización para el establecimiento de una nueva oficina de farmacia (asunto C-570/07).
3. Posteriormente, los mismos interesados impugnaron el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, el cual tiene por objeto la regulación de los requisitos que han de concurrir para convertirse en adjudicatario de una autorización para el establecimiento de una oficina de farmacia en el territorio de la Comunidad Autónoma de Asturias. Argumentan en su defensa que la citada regulación vulnera su derecho al libre establecimiento y que la misma también es discriminatoria en relación con los farmacéuticos que han ejercido su profesión fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Asturias (asunto C-571/07).
4. Suscitadas dudas en lo referente a la legalidad del Decreto 72/01, de 19 de julio, por si este pudiera ser contrario al Artículo 43 del Tratado CE, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia sendas cuestiones prejudiciales relativas a la legalidad del mencionado Decreto 72/01, de conformidad con el Artículo 234 del Tratado.

5. A la vista del contenido de ambos recursos y de la identidad de los litigantes, el Tribunal de Justicia procedió a la acumulación de ambos procedimientos mediante Auto de 28 de febrero de 2008.

## II. LA CUESTION PLANTEADA

6. Las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias son formuladas de manera similar y se refieren esencialmente a si varios apartados del Decreto 72/01 son contrarios al Artículo 43 del Tratado CE. En concreto, las preguntas formuladas son las siguientes:

**Si el Artículo 43 del Tratado CE es opuesto a lo establecido en los Artículos 2, 3 y 4 del Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, así como los apartados (4), (6) y (7) del Anexo del mencionado Decreto.**

**Si es el Artículo 43 del Tratado CE contrario a la regulación que se contiene en la legislación en la legislación de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en relación a la autorización de instalación de oficinas de farmacia.**

## III. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE CUESTIÓN PREJUDICIAL EN ORDEN A LAS NACIONALIDADES DE LOS DEMANDANTES

7. La cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias habla de dos personas a las que se refiere como "*ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea*" con título oficial de farmacéuticos y no titulares de oficina de farmacia, sin detallar si el litigio concierne a dos personas de nacionalidad española, o, por el contrario, a dos nacionales de distinto Estado miembro de la Unión Europea. En caso de que se constatará que los litigantes son ambos de nacionalidad española, la Comisión observa que –como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de mencionar en varias sentencias en materia de libertades fundamentales del Tratado– el hecho de que el litigio en cuestión se haya planteado por un nacional del mismo Estado miembro no es elemento suficiente para que el Tribunal de Justicia deje de pronunciarse sobre la cuestión prejudicial.

8. Según la jurisprudencia clásica del Tribunal de Justicia sobre "situaciones puramente internas",<sup>1</sup> el Artículo 43 del Tratado no se aplica a situaciones donde el conjunto de elementos pertinentes se den en el interior de un solo Estado miembro y que, en consecuencia, no presentan ningún vínculo con las situaciones consideradas como relevantes en Derecho Comunitario en el contexto de la libertad de establecimiento. En todo caso, la Comisión considera que el Tribunal de Justicia en ciertas sentencias recientes relativas a la admisibilidad de cuestiones prejudiciales en casos de situaciones puramente internas relativas a un solo Estado miembro ha desarrollado considerablemente esta jurisprudencia en un sentido más *amplio*.
9. En este sentido, la Comisión desea hacer referencia en primer lugar al asunto *Guimont*,<sup>2</sup> cuyo párrafo 23 fue citado y confirmado por el Tribunal en el párrafo 26 del asunto *Reisch*<sup>3</sup> al igual que en los párrafos 33 y 34 del asunto *Salzmann*,<sup>4</sup> en última instancia también confirmados por el asunto *Anomar*<sup>5</sup> y más recientemente por el asunto *Cipolla*,<sup>6</sup> párrafo 30. A pesar de que estas sentencias hayan sido dictadas en distintos ámbitos de las libertades fundamentales del Tratado, la Comisión considera que el principio de interpretación que contienen referente a la admisibilidad de cuestiones prejudiciales puede transponerse al conjunto de libertades fundamentales, incluyendo la libertad de establecimiento. Así lo ha reconocido también el Tribunal en el asunto *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*,<sup>7</sup> en su párrafo 29.
10. En todos estos asuntos, el Tribunal de Justicia ha observado repetidamente que:<sup>8</sup>

*En principio, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia. Éste sólo puede rechazar una petición formulada*

<sup>1</sup> Véase en este sentido la sentencia de 31 de marzo de 1993, asunto *Kraus* (C-92/92), Rec. p.I-1663, párrafo 15, y la sentencia de 2 de julio de 1998, asunto *Kapasakalis* (C-225/95), Rec. p.I-4239, párrafo 22.

<sup>2</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2000, asunto *Guimont* (C-448/98), Rec. 2000, p.I-10663.

<sup>3</sup> Sentencia de 5 de marzo de 2002, asunto *Reisch* (C-515/99), Rec. 2002, p.I-2157.

<sup>4</sup> Sentencia de 15 de mayo de 2003, asunto *Salzmann* (C-300/99), Rec. p.I-4899.

<sup>5</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto *Anomar* (C-6/01), Rec. 2003, p.I-8621.

<sup>6</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2006, asunto *Cipolla* (C-94/04), Rec.2006, p.I-11421.

<sup>7</sup> Sentencia de 30 de marzo de 2006, asunto *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03), Rec.2006, p.I-2941.

<sup>8</sup> Véase, *inter alia*, sentencia de 5 de diciembre de 2000, asunto *Guimont* (C-448/98), Rec. 2000, p.I-10663, párrafos 22 – 24; sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto *Anomar* (C-6/01), Rec. 2003, p.I-8621, párrafos 40 – 42; y sentencia de 5 de marzo de 2002, asunto *Reisch* (C-515/99), Rec. 2002, p.I-2157, párrafos 25 – 27.

*por un órgano jurisdiccional nacional si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (véase la sentencia de 6 de junio de 2000, Angonese, C-281/98, apartado 18).*

*En el caso de autos, no resulta manifiesto que el Juez nacional no necesite la interpretación del Derecho comunitario solicitada. En efecto, tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que, en un procedimiento como el de autos, su Derecho nacional concediera a un productor nacional los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un productor de otro Estado miembro en la misma situación.*

11. Sobre esta base, el Tribunal ha concluido que, incluso en presencia de una situación de hecho y de derecho clásica donde todos los elementos del asunto en concreto sujetos a examen por el juez nacional se encuentren dentro del territorio de un Estado miembro, *"procede examinar si las disposiciones del Tratado, cuya interpretación se solicita, se oponen a la aplicación de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que sea aplicable a personas que residen en otros Estados miembros"*.<sup>9</sup>
12. A este respecto, la Comisión considera que el principio fundamental de igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios y ciudadanos nacionales se aplica igualmente dentro del ordenamiento jurídico español, de igual manera que las observaciones hechas por el Tribunal a propósito de los ordenamientos jurídicos francés (asunto *Guimont*), italiano (asuntos *Cipolla* y *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*) austriaco (asuntos *Reisch* y *Salzmann*) y portugués (asunto *Anomar*). En efecto, el principio de igualdad de trato tiene un valor constitucional dentro del ordenamiento jurídico español, así reconocido en el Artículo 14 de la Constitución española. El propio Tribunal Constitucional español parece reconocer que este principio constitucional ampara a los ciudadanos españoles en los casos en los que el ordenamiento nacional español conceda derechos a los ciudadanos comunitarios de manera discriminatoria en situaciones idénticas.<sup>10</sup> Éste sería el caso en el que el Artículo 43 del Tratado CE dotase a un ciudadano comunitario de un derecho a

<sup>9</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto *Anomar* (C-6/01), Rec. 2003, p.I-8621, párrafo 42; sentencia de 30 de marzo de 2006, asunto *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03), Rec.2006, p.I-2941, párrafo 30; y sentencia de 5 de diciembre de 2006, asunto *Cipolla* (C-94/04), Rec.2006, p.I-11421, párrafo 31.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2002 (STC 26/2002).

establecerse en el territorio español cuando ese mismo derecho le sea negado a un ciudadano español.

13. De esta manera, por una parte la Comisión considera que, en este caso, la petición formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias guarda relación con el objeto del litigio principal (esto es, la posibilidad de abrir una oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Asturias); por otra parte, la Comisión observa que procede examinar la cuestión referida en tanto en cuanto resultaría útil para el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en aplicación del Artículo 14 de la Constitución española, saber si las medidas asturianas son contrarias al Artículo 43 del Tratado CE. En consecuencia, la Comisión considera que procede el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la cuestión prejudicial planteada.

#### IV. LA NORMATIVA COMUNITARIA

14. El Artículo 43 del Tratado CE establece que:

*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá 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.*

*La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.*

#### V. LA NORMATIVA NACIONAL

##### 1. La Constitución española

15. El Artículo 43 de la Constitución Española establece el derecho a la protección de la salud, señalando que:

*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

*2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

*3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

## **2. La Ley 14/1986, General de Sanidad**

16. La Ley 14/1986, objeto de numerosas modificaciones, entre ellas la última de 5 de julio de 2007, se dicta en desarrollo del Artículo 43 de la Constitución Española, teniendo como objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

17. En relación con las oficinas de farmacia, el Artículo 103.3 dispone que:

*3. Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.*

## **3. Ley 25/1990 del Medicamento**

18. La Ley 25/1990 surge con el objeto de dar una regulación a la ordenación de los medicamentos de conformidad con la intensa actividad por parte de la Comisión, a través de distintas Directivas y Recomendaciones en la materia.

19. En relación con la normativa anteriormente expuesta, el Artículo 88.1(a) establece sobre las oficinas de farmacia que:

*1. Las Administraciones Sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:*

*a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.*

4. **Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios**

20. La Ley 29/2006 deroga y sustituye a la extinta Ley 25/1990. Esta norma en atención al tema que nos ocupa, y al igual que la anterior, incorpora un único elemento en relación con las oficinas de farmacia, el Artículo 84.2(a), de redacción similar disponiendo que:

*2. Las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:*

*a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.*

5. **Ley 16/1997 sobre servicios de Oficinas de Farmacia**

21. Dictada en aplicación de la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (hoy sustituida por la Ley 29/2006), tiene por objeto la ordenación de las oficinas de farmacia en el territorio nacional español, atribuyendo el ejercicio de la función de su ordenación, esencialmente, a las Comunidades Autónomas y dejándolo a su regulación.
22. El Artículo 2 de la Ley 16/1997 establece los criterios que habrán de tenerse en cuenta para la concesión de autorizaciones para la instalación de nuevas oficinas de farmacia:

*Artículo 2. Ordenación territorial.*

*1. En desarrollo de lo que establece el artículo 103.3 de la vigente Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia.*

*La planificación farmacéutica se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas.*

*2. La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, 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 estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población.*

*3. El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán establecer 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.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas podrán establecer 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.*

*4. La distancia mínima entre oficinas de farmacia, teniendo en cuenta criterios geográficos y de dispersión de la población será, con carácter general, de 250 metros. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas; asimismo, las Comunidades Autónomas podrán establecer limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios.*

*5. El cómputo de habitantes en las zonas farmacéuticas, así como los criterios de medición de distancias entre estos establecimientos, se regularán por las Comunidades Autónomas.*

*El cómputo de habitantes se efectuará en base al Padrón Municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores que, en razón de las diferentes circunstancias demográficas, se introduzcan por las Comunidades Autónomas.*

23. Señala el Artículo 3 de la norma a propósito de las autorizaciones para las instalaciones de oficinas de farmacia que será de la competencia de las Comunidades Autónomas, estableciendo que:

*Artículo 3 Autorizaciones administrativas.*

*1. Corresponde a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia. Los expedientes se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en las normas autonómicas de procedimiento.*

*2. La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas, en el que se podrán prever la exigencia de fianzas o garantías, que -sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos- aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones.*

*3. Las Comunidades Autónomas regularán los requisitos de las autorizaciones por traslados de oficinas de farmacia, según las causas que los motiven, así como el procedimiento para ello.*

**6. El Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias**

24. En aplicación del transcrito Artículo 2 de la Ley 16/1997 sobre Servicios de Oficinas de Farmacia, la Comunidad Autónoma de Asturias, en el ejercicio de sus facultades, ha dictado el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, y que es objeto de la presente cuestión prejudicial al establecer en su articulado importantes restricciones a la concesión de autorizaciones para la instalación de oficinas de farmacia y detallando los criterios que posibilitarán la adjudicación de autorizaciones para la instalación de nuevas oficinas de farmacia.
25. En particular, los siguientes preceptos relativos a los límites para la autorización de nuevas oficinas de farmacia son objeto de discusión.
26. El Artículo 2 establece límites cuantitativos en virtud de criterios de población a la hora de proceder a la concesión de autorizaciones para la instalación de oficinas de farmacia, disponiendo que:

*Artículo 2. Módulos de Población.*

*1. En cada zona farmacéutica el número de oficinas de farmacia corresponderá al módulo de 2.800 habitantes por oficina de farmacia. Una vez superada esta proporción podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por la fracción superior a 2.000 habitantes.*

*2. En todas las zonas básicas de salud y en todos los concejos podrá existir al menos una oficina de farmacia.*

27. El Artículo 3, en inmediata relación con el anterior, determina la forma en que se llevará a cabo la forma de cómputo de la población, estableciendo que:

*Artículo 3. Cómputo de Población.*

*A los efectos de este Decreto, el cómputo de la población se hará sobre la base de los datos derivados de la última revisión del padrón municipal.*

28. El Artículo 4 establece limitaciones para la concesión de autorizaciones en virtud de criterios de distancia entre oficinas de farmacias, disponiendo que:

*Artículo 4. Distancias Mínimas.*

*1. La distancia mínima entre los locales de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 250 metros, independientemente de la zona farmacéutica a la que pertenezcan.*

*2. Esta distancia mínima de 250 metros deberá ser guardada igualmente en relación con los centros sanitarios de cualquier zona farmacéutica, ya sean éstos públicos o privados concertados de asistencia extrahospitalaria u hospitalaria, con consultas externas o dotados de servicios de urgencia, estén los mismos en funcionamiento o en fase de construcción.*

*Este requisito de distancia a los centros sanitarios no será de aplicación en las zonas farmacéuticas con una única oficina de farmacia ni en las localidades que, contando actualmente con una única oficina de farmacia, no sea previsible, dadas sus características, la apertura de nuevas oficinas de farmacia.*

*En ambos supuestos, es necesario que consten las razones en que se base la no aplicabilidad del requisito de la distancia a centro sanitario.*

29. Por su parte, el Anexo fija el baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia, señalando los criterios para la obtención de puntos en orden a posibilitar la concesión de una autorización para la instalación de una oficina de farmacia, siendo objeto de la presente cuestión prejudicial más concretamente el apartado (4), que establece:

*Criterios de valoración de méritos*

*4) No será valorada 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.*

30. El apartado (6) del mismo Baremo, que establece que:

*6) Los méritos profesionales referidos al ejercicio profesional obtenidos en el ámbito del Principado de Asturias se computarán con un incremento del 20%.*

31. Y el apartado (7) del Anexo al señalar que:

*7) En caso de empate al aplicar el baremo, las autorizaciones se otorgarán de acuerdo con el siguiente orden de prioridad:*

- a) Farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficinas de farmacia.*
- b) Farmacéuticos que hayan sido titulares de oficinas de farmacia en zonas farmacéuticas o municipios de población inferior a 2.800 habitantes.*
- c) Farmacéuticos que hayan desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito del Principado de Asturias.*
- d) Farmacéuticos que tengan más méritos académicos.*

*1. Experiencia profesional:*

- a) Ejercicio como farmacéutico titular, regente, sustituto o adjunto en una oficina de farmacia de una localidad de menos de 2.800 habitantes en los últimos quince años: 1,50 puntos por año, en los últimos cinco años, y 0,85 puntos por año entre los cinco y los quince años anteriores.*
- b) Ejercicio como farmacéutico titular, regente, sustituto o adjunto en una oficina de farmacia en los últimos diez años: 1.2 puntos por año, en los últimos cinco años, y 0,7 puntos por año entre los cinco y los diez años anteriores.*

c) *Ejercicio como farmacéutico en los servicios de farmacia de hospital y centros de Atención Primaria en los últimos diez años: 0,75 puntos por año, en los últimos cinco años, y 0,25 puntos por año entre los cinco y los diez años anteriores.*

d) *Ejercicio como farmacéutico en la Administración sanitaria, en la corporación farmacéutica o en los centros de fabricación o distribución de medicamentos, en los últimos diez años: 0,5 puntos por año.*

e) *Ejercicio como farmacéutico en otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos y productos sanitarios, en los últimos diez años: 0,4 puntos por año.*

## *2. Experiencia docente:*

a) *Por la dirección de prácticas tuteladas: 0,2 puntos por alumno y convocatoria anual, hasta un máximo de 3 puntos. En el caso de que en el centro autorizado para la realización de prácticas tuteladas haya más de un farmacéutico, la puntuación resultante se adjudicará al que figure como tutor de acuerdo con los conciertos establecidos y previa autorización, en su caso, del titular.*

b) *Ejercicio como farmacéutico docente en la Universidad, en materias relacionadas con los medicamentos o productos sanitarios en los últimos 10 años: 0,2 puntos por curso, hasta un máximo de 3 puntos.*

c) *Por los servicios prestados como profesor en materias relacionadas con la atención farmacéutica en cursos organizados por la Administración sanitaria, por la Universidad o por la Corporación farmacéutica en los últimos diez años; 0,2 por cada 10 horas lectivas, hasta un máximo de 3 puntos.*

*La puntuación máxima por «Experiencia docente» no podrá superar los 5 puntos.*

## *3. Formación:*

### *3.1. Expediente académico:*

a) *Expediente académico en la licenciatura de farmacia: Se obtendrá la puntuación tras la división de la suma de los puntos que resulte de asignar 6 puntos a cada matrícula de honor, 5 puntos a cada sobresaliente, 4 puntos a cada notable y 2 puntos a cada aprobado obtenido, entre el número total de asignaturas de la licenciatura.*

b) *Título de doctor «cum laude» en farmacia: 2.5 puntos.*

c) *Título de doctor en farmacia: 2 puntos.*

d) *Por licenciatura con grado y tesina: 1 punto.*

### 3.2. Especialidades:

- a) *Por el título de especialista en farmacia hospitalaria: 1 punto.*
- b) *Por el título de farmacéutico especialista en otros ámbitos: 0,5 puntos.*

### 3.3. Cursos:

*Por asistencia a cursos de formación y perfeccionamiento debidamente acreditados en materias relacionadas con la atención farmacéutica, organizados por las Administraciones sanitarias o por Colegios o asociaciones profesionales, durante los últimos diez años y cuya duración mínima sea de 20 horas, hasta un máximo de 2 puntos:*

- Entre 20 y 40 horas: 0,1 punto.*
- Entre 41 y 100 horas: 0,2 puntos.*
- Más de 100 horas: 0,5 puntos.*
- Más de 200 horas y duración anual: 1 punto.*

*La antedicha puntuación se duplicará cuando la actividad formativa hubiera sido declarada de interés sanitario por la Comunidad Autónoma.*

*La puntuación máxima por «Formación» será de 12 puntos.*

### 4. Otros méritos:

#### 4.1. Investigación:

*Por la participación en proyectos de investigación en materia de atención y ordenación farmacéutica como investigador principal 0,2 puntos por proyecto y como otro personal investigador 0,1 por proyecto, hasta un máximo de 2 puntos.*

#### 4.2. Publicaciones y participación en congresos:

- a) *Por libros publicados relacionados con la atención farmacéutica: 0,3 puntos por libro si es autor único y 0,1 si es coautor, hasta un máximo de 3 puntos.*
- b) *Por artículos publicados en revistas científicas, o por ponencias en reuniones o congresos científicos sobre atención farmacéutica: 0,2 puntos por artículo o ponencia y 0,1 por cualquier otra colaboración o trabajo en dichas reuniones o congresos científicos, hasta un máximo de 2 puntos.*

*La puntuación máxima por «Otros méritos» no podrá superar los 5 puntos.*

## VI. EVALUACIÓN JURÍDICA

### 1. Introducción

32. Las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias se centran en dilucidar por parte del Tribunal de Justicia si el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, es contrario a la libertad de establecimiento contenida en el Artículo 43 del Tratado CE.
33. Dicha norma contiene una serie de criterios y limitaciones en base a los cuales se establece la posibilidad (o no) de abrir un nuevo establecimiento de oficina de farmacia y de convertirse en adjudicatario de la misma.
34. Los preceptos a que se refiere la presente cuestión prejudicial en concreto establecen para la apertura de nuevas oficinas de farmacia los siguientes límites: (i) módulos de población (*i.e.*, no podrán abrirse nuevas oficinas de farmacia sino existiendo un núcleo poblacional mínimo de 2.800 habitantes y, a partir de ese número, por cada incremento de 2.000 habitantes); (ii) distancia mínima de 250 metros entre farmacias; y (iii) establecimiento de un sistema de atribución de puntos a los aspirantes, en virtud de distintos criterios contemplados en el Anexo de la norma y relativos a la experiencia profesional adquirida y desarrollada, en base a los cuales podrán convertirse en adjudicatarios de una nueva licencia de farmacia en caso de concurrencia entre solicitantes.
35. La Comisión estima que la respuesta a la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias sobre la ilegalidad de los preceptos señalados es *afirmativa* al entender que, por las razones que a continuación se expondrán, la gran mayoría de los preceptos de la norma en cuestión deben interpretarse en el sentido de que los mismos merman la libertad de establecimiento que el Artículo 43 del Tratado CE garantiza a los nacionales de los Estados miembros y no se encuentran justificados a la luz de la jurisprudencia relevante en esta materia.

2. **Contexto normativo en el que se incardinan los preceptos objeto de la cuestión**

36. Con carácter preliminar y a modo de inciso, la Comisión considera preciso señalar el marco normativo, y el carácter del mismo, en el que se incardina el Decreto 72/01 y los Artículos cuya legalidad se cuestiona.
37. El Artículo 43 de la Constitución española, como principio rector de la política social y económica dada su ubicación en la Carta Magna, impone a las autoridades de ese país la necesidad de buscar la *protección de la salud pública*. En aras de ese objetivo se promulga un conjunto normativo en la materia que nos ocupa, integrado fundamentalmente por la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 25/1990 del Medicamento (hoy derogada y sustituida por la actual Ley 29/2006 de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios), y la Ley 16/1997 sobre Servicios de Oficinas de Farmacia.
38. La Ley 14/1986, General de Sanidad contempla entre sus medidas, de conformidad con el Artículo 103.3 de la misma, el hecho de que las oficinas de farmacia estarán sujetas a "*planificación sanitaria*" de conformidad con lo que establezcan otras Leyes especiales en la materia.
39. En virtud de lo anterior, se promulga la ya desaparecida Ley 25/1990 del Medicamento (actual Ley 29/2006), la cual contiene una única referencia directa a la cuestión suscitada en este procedimiento en su Artículo 88.1(a), similar a la anterior, ordenando a las administraciones sanitarias una planificación sanitaria que garantice "*la adecuada asistencia farmacéutica*".
40. Es finalmente con la aprobación de la Ley 16/1997 sobre Servicios de Oficinas de Farmacia cuando el legislador español concreta el mencionado sistema de planificación sanitaria en relación con la apertura de oficinas de farmacia. Esta norma prevé entre sus medidas un control en la posible apertura de nuevas oficinas de farmacia basándolo, fundamentalmente, en criterios de titularidad de las mismas, núcleos de población y distancias territoriales entre ellas. Los mencionados criterios, siempre a tenor de la normativa citada, deberán ser desarrollados y especificados (en los límites previstos por la legislación estatal) por las distintas Comunidades Autónomas, a cuyas autoridades les corresponde la concesión o denegación de la correspondiente autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia.

41. En este marco, la Comunidad Autónoma de Asturias promulga el Decreto 72/01, cuya legalidad se cuestiona en este procedimiento, estableciendo los límites cuantitativos de esos módulos de población (Artículo 2), las distancias mínimas que habrán de existir entre oficinas de farmacia (Artículo 4), e incluyendo en su regulación una nueva limitación a la que la legislación estatal no hace referencia que consiste en la atribución de una serie de puntos de conformidad con la experiencia profesional adquirida, en virtud de distintos criterios contemplados en el Anexo de la norma.
42. Por tanto, el presente marco normativo origina en el sistema español como consecuencia inmediata un sistema cuantitativamente limitado en lo que a la concesión de nuevas autorizaciones para el establecimiento de farmacias se refiere.

### 3. El Artículo 43 del Tratado CE

#### 3.1 El Artículo 43 del Tratado CE y su aplicación a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

43. El Artículo 43 del Tratado CE establece a propósito de la libertad de establecimiento que:

*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá 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.*

*La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.*

44. La libertad de establecimiento contempla la posibilidad de apertura de cualquier actividad comercial por parte de un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro de la Unión Europea.<sup>11</sup> Así y en consecuencia, todo persona ha de tener

---

<sup>11</sup> En este sentido, véase la sentencia de 30 de noviembre, *Gebhard* (C-55/94), Rec.1995, p.I-4165, párrafo 31.

derecho y opción de ejercer libremente su libertad de establecimiento sin sufrir restricciones adoptadas por un Estado miembro que no respeten el principio de igualdad de trato, que puedan ser discriminatorias o encubrir cualquier forma de abuso que provoquen el mismo resultado.<sup>12</sup> En otras palabras, los Estados miembros no pueden adoptar restricciones a la libertad de establecimiento que discriminen, *de iure* o *de facto*, entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros.

45. En otro orden, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, son consideradas medidas restrictivas todas aquellas que supongan una restricción o hagan menos atractiva el ejercicio de las libertades fundamentales contempladas en el Tratado.<sup>13</sup>

*Los artículos [43] y [49] del Tratado, exigen, respectivamente, la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben de considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesantes el ejercicio de dichas libertades.*

46. Por su parte, el Tribunal de Justicia ratificó la misma idea en el asunto *Comisión contra Grecia*:<sup>14</sup>

*Según jurisprudencia reiterada, el artículo 43 CE se opone 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 establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en especial, las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-299/02, Rec. p. I-0000, apartado 15). En el caso de autos, es necesario señalar que la prohibición de que un óptico diplomado explote más de una óptica constituye efectivamente una restricción a la libertad de establecimiento de las personas físicas en el sentido del artículo 43 CE, a pesar de la alegada falta de discriminación por razón de la nacionalidad de los profesionales de que se trate.*

47. En este marco es precisamente en el que debe encuadrarse la apertura de un nuevo establecimiento comercial de oficina de farmacia, la cual (sin perjuicio de su vinculación con la protección de la salud pública) debe ser considerada como

<sup>12</sup> Sentencia de 12 de abril de 1994, asunto *Halliburton* (C-1/93), Rec.1994, p.I-1137, párrafo 15.

<sup>13</sup> Sentencia de 15 de enero de 2002, asunto *Comisión/Italia* (C-439/99), Rec.2002, p.I-305, párrafo 22.

cualquier otra actividad comercial y por tanto, libre de restricciones en lo que al acceso del ejercicio de la actividad y establecimiento se refiere, según dispone el Artículo 43 del Tratado CE.<sup>15</sup>

48. La existencia de restricciones al derecho de libre establecimiento, según el Tribunal de Justicia, deberá en todo caso cumplir *cuatro* condiciones, en concreto: (i) que se aplique de manera no discriminatoria; (ii) que se justifiquen por razones de interés general; (iii) que garanticen la realización del objetivo que persiguen; y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.<sup>16</sup>
49. Al hilo de la presente exposición, la Comisión argumentará cómo las medidas adoptadas por las autoridades asturianas deben interpretarse en el sentido de que no cumplen con los requisitos señalados por el Tribunal de Justicia en ninguno de sus extremos, vulnerándose así la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento recogida en el Artículo 43 del Tratado.

### 3.2 El Artículo 43 del Tratado CE en relación con otras disposiciones comunitarias en materia de salud pública

50. Tratándose la cuestión que nos ocupa (esto es, la apertura de establecimientos comerciales de oficinas de farmacia) de un tema indudablemente relacionado con la salud pública, es inevitable hacer una referencia a la convivencia entre el Artículo 43 del Tratado CE y algunas de las normas comunitarias que en materia de salud se han promulgado.
51. En este sentido conviene recordar que el Artículo 152.5 del Tratado CE, relativo a la salud pública, señala que la acción comunitaria en materia de salud pública respetará plenamente la responsabilidad de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Este precepto no implica que dicha competencia estatal quede fuera del ámbito de aplicación, protección y respeto que imponen las libertades del Tratado. Esta misma cuestión ya fue juzgada por el Tribunal de Justicia y, efectivamente, éste considero en el asunto *Watts* que:<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Sentencia de 21 de abril de 2005, asunto *Comisión/Grecia* (C-140/03), Rec.2005, p.I-3177, párrafos 27 y 28.

<sup>15</sup> Esta misma argumentación la compartió el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de abril de 1998, asunto *Khol* (C-158/96), Rec.1998, p.I-1931, apartados 45 y 46, en cuestiones que podían afectar a la salud.

<sup>16</sup> Véase entre otras la sentencia de 30 de noviembre, *Gebhard* C-55/94, Rec.1995, p.I-4165, párrafo 31.

<sup>17</sup> Sentencia de 16 de mayo de 2006, *Watts* (C-372/04), Rec.2006, p.I-4325, párrafos 146 y 147.

*Es preciso recordar que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. Dicha disposición no excluye sin embargo que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 49 CE, o de medidas comunitarias adoptadas con arreglo a otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 22 del Reglamento nº 1408/71, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia (véase, en este sentido, la sentencia Müller-Fauré y Van Riet, antes citada, apartado 102; véase igualmente, por analogía, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, C-376/98, Rec. p. I-8419, apartado 78).*

52. En concreto, el Tribunal de Justicia observó que:<sup>18</sup>

*Aunque no se discute que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Smits y Peerbooms, apartados 44 a 46; Müller-Fauré y Van Riet, apartado 100, e Inizan, apartado 17). Dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria.*

53. En el mismo sentido es interesante citar el asunto *Mac Quen*, el cual para materias no armonizadas a nivel comunitario, como es el caso de las oficinas de farmacia y por ello aplicable al caso, dispuso el Tribunal que:<sup>19</sup>

*Aunque, a falta de tal armonización en lo que se refiere a las actividades que son objeto del procedimiento principal, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para definir el ejercicio de dichas actividades,*

<sup>18</sup> *Id.* párrafo 92.

<sup>19</sup> Sentencia de 1 de febrero de 2001, asunto *Mac Quen* (C-108/96), Rec.2001, p.I-837, párrafo 24.

*no es menos cierto que están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véanse las sentencias de 29 de octubre de 1998, De Castro Freitas y Escallier, asuntos acumulados C-193/97 y C-194/97, Rec. p. I-6747, apartado 23, y de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, aún no publicada en la Recopilación, apartado 31).*

54. Por su parte, en el asunto *Gräbner*, el Tribunal de Justicia determinó que:<sup>20</sup>

*A este respecto, procede señalar ante todo que, de una jurisprudencia reiterada resulta que, a falta de armonización de una actividad profesional, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para definir el ejercicio de dichas actividades, aunque están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, Rec. p. I-7919, apartado 31, y de 1 de febrero de 2001, Mac Quen y otros, C-108/96, Rec. p. I-837, apartado 24).*

55. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia arriba señaladas debe deducirse en primer lugar que, en aquellas materias sobre las que no haya existido una armonización comunitaria, como es el caso de la apertura de oficinas de farmacia, la competencia de su regulación corresponderá a los Estados miembros. Ahora bien, dicha competencia deberá ejercerse al amparo del respeto de las libertades reconocidas en el Tratado CE. Y siguiendo con la línea argumental del Tribunal, aún en el campo de la protección de la salud, los Estados miembros deberán de adaptar su regulación y buscar las medidas más apropiadas para organizar sus servicios y arbitrar la protección de ese bien superior, siempre en el respeto de las libertades del Tratado.
56. Por lo tanto no es válido, bajo el pretexto de buscar la protección de la salud pública, conculcar los derechos y libertades de los nacionales de los Estados miembros recogidos en el Tratado. Tales medidas deberán arbitrarse siempre en la consecución de ese objetivo pero en convivencia con las libertades fundamentales. La protección de la salud puede amparar a los Estados miembros en la toma de ciertas decisiones (como la necesidad de que sea un profesional de los servicios sanitarios y con los estudios adecuados quien se encargue de la dispensa de medicamentos), pero cada una de las

<sup>20</sup> Sentencia de 11 de julio de 2002, asunto *Gräbner* (C-294/00), Rec.2002, p.I-6515, párrafo 26.

medidas escogidas se encuentra subordinada a la aplicación de las libertades del Tratado de la CE.

57. En cuanto a la Directiva 85/432, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, la Comisión considera que, aunque pudiera parecer de aplicación al caso que nos ocupa, no lo es, puesto que como la misma indica, *no garantiza la coordinación de todas las condiciones de acceso a las actividades farmacéuticas y su ejercicio*. Ello nos lleva directamente al supuesto ya argumentado en el cual nos situamos ante una materia no coordinada pero que no escapa al respeto de la libertad de establecimiento en el tema que nos ocupa y que queda igualmente restringida a su aplicación y respeto. Además, la Comisión observa que, el hecho que esta Directiva no diga nada sobre el establecimiento de oficinas de farmacia implica que las mismas están sometidas a las disciplinas del Tratado en materia de libertad de establecimiento y, en concreto, al Artículo 43 del Tratado CE. De otra forma, la Directiva hubiera establecido lo contrario expresamente.
58. De la misma manera, la Comisión considera que la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, no puede ser invocada en el presente caso para atribuirse la competencia nacional en el tema que nos ocupa, excluyendo el respeto a las libertades fundamentales del Tratado. Así, la Directiva mencionada no garantiza la coordinación de acceso a las actividades de farmacéuticas y su ejercicio, ni puede entenderse como título suficiente para que un Estado establezca, en contra de las libertades del Tratado, limitaciones en la distribución geográfica de establecimientos farmacéuticos.
59. Por lo tanto, la Comisión considera que el Artículo 43 del Tratado CE es plenamente aplicable a la cuestión planteada.
4. **La especial consideración de las oficinas de farmacia en relación con la protección de la salud pública**
60. De la normativa española antes citada se deduce claramente que los establecimientos farmacéuticos son establecimientos privados que buscan el interés público (Artículo 3

de la Ley 14/1986 y Artículo 1 de la Ley 16/1997). La Comisión reconoce que las oficinas de farmacia prestan un servicio íntimamente relacionado con la búsqueda de la *protección de la salud pública*. Ahora bien, dicho esto, es igualmente innegable su *naturaleza comercial*. Por ello, las medidas que se adopten en orden a su organización y regulación han de ser siempre *medidas de mínimos* y no de máximos que, garantizando la protección de la salud, sean acordes al respeto a las libertades postuladas en el Tratado de la CE. Consecuencia de lo expuesto es que las autoridades españolas ejerzan un control de las mismas en orden a garantizar la adecuada protección de la salud en relación a los consumidores finales pero sin que las medidas que se adopten supongan una restricción a la libertad de establecimiento.

61. A este respecto conviene citar en término lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Kohll*:<sup>21</sup>

*Procede recordar, en primer lugar, que, con arreglo a los artículos 56 y 66 del Tratado CE, los Estados miembros están facultados para establecer límites a la libre prestación de servicios por razones de salud pública. No obstante, dicha facultad no les permite dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, fuera del ámbito de aplicación del principio fundamental de libre circulación (véase la sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül, 131/85, Rec. p. 1573, apartado 17).*

62. No obstante, la Comisión considera que del examen de la legislación española en la que se encuentra el Decreto 72/01 objeto del presente procedimiento se observa que se ha establecido una especial situación respecto al colectivo farmacéutico singularizándolo hasta un punto que va más allá de la protección de la salud. Las medidas adoptadas por la legislación vigente no parecen favorecer la defensa de la salud de los consumidores, sino a quienes ya han conseguido la licencia para la apertura de una oficina de farmacia, los cuales se ven favorecidos por la situación al restringirse la competencia,<sup>22</sup> especialmente teniendo en cuenta las características del Sistema Nacional de Salud Español. En efecto, una gran parte de los medicamentos y

<sup>21</sup> Sentencia de 28 de abril de 1998, asunto *Kohll* (C-158/96), Rec.1998, p.I-1931, párrafos 45 y 46.

<sup>22</sup> En este mismo sentido, el Informe en su día elaborado por PLAFARMA (Plataforma de farmacéuticos por la libre apertura de farmacias en el Reino de España) que demuestra que mediante este sistema sólo se posibilita el acceso a una oficina de farmacia al 32% del los farmacéuticos colegiados en España, permitiendo que sólo estos se lucren en el ejercicio de la actividad comercial farmacéutica. Véase Informe PLAFARMA de 23 de marzo de 2007, página 1, pie de página: <http://www.plafarma.org/documentos/ContraInforme%20Plafarma.pdf>.

productos sanitarios son financiados con fondos públicos, asegurando con ello su cobro a los farmacéuticos asentados.<sup>23</sup>

63. Precisamente, esta opinión ya fue recogida por el Tribunal de Defensa de la Competencia Español (órgano de la propia Administración Española) el cual en resolución de 3 de julio de 1995 (e igualmente de 17 de diciembre de 1996) ya advirtió a las autoridades españolas de que la legislación en materia de oficinas de farmacia y en lo relativo a límites de población distancias, impedía el libre ejercicio profesional (la libertad de establecimiento), restringía gravemente la competencia, y perjudicaba el interés público, por lo que el mencionado Tribunal exhortaba al Gobierno del Reino de España a modificar estas normas:

*El Tribunal, haciendo uso de esta facultad, ha elaborado un Informe en el que aborda, entre otras cuestiones, la liberalización del sector de las oficinas de farmacia, y en el que se propone la modificación del RD 909/1978, al considerar que un sistema de limitación de la apertura de las oficinas de farmacia no resulta justificado ni desde el punto de vista de los principios de libertad de ejercicio de las profesiones liberales y de libertad de empresa, consagrados por la Constitución, ni desde la óptica del interés público que reclama un número mayor de farmacias para una mejor atención a la población (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio 1987) o de la planificación sanitaria que, tratándose de actividades privadas, debe limitarse a establecer los mínimos de farmacias por habitante y territorio y nunca a regular los máximos.*

64. Por lo tanto, la Comisión considera que puede cuestionarse que la imposición de tales medidas no conduce verdaderamente a la protección de un interés de superior encarnado en la figura de los consumidores y de la protección de su salud. En todo caso, incluso aceptando que el establecimiento de las oficinas de farmacia han de ser objeto de una especial normativa por su relación con la protección de la salud, la Comisión no entiende adecuadas las limitaciones impuestas al entender que van mucho más allá de la finalidad perseguida contraviniendo la libertad de

---

<sup>23</sup> Como puede observarse en el gráfico que refleja la productividad comercial por países de las oficinas de farmacia del Informe de ECORYS, las farmacias en España ostentan la más alta. Sin embargo, el gráfico siguiente demuestra que la calidad de sus servicios está entre las más bajas. Véase Informe ECORYS de 22 de junio de 2007, página 16: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/pharmacy\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/pharmacy_en.htm).

establecimiento del Artículo 43 del Tratado CE. A continuación se expondrán las razones en concreto por las cuales la Comisión considera que las restricciones a la libertad de establecimiento contenidas en el Decreto 72/01 objeto del presente procedimiento prejudicial son contrarias al Artículo 43 del Tratado CE. Para ello se distinguirán los aspectos relativos a las *condiciones* que permiten la apertura de una nueva oficina de farmacia de los aspectos relativos al *procedimiento de selección* del farmacéutico que será titular de la nueva farmacia.

5. **Condiciones exteriores a la apertura de nuevos establecimientos de farmacia: Artículos 2 y 3 del Decreto 72/01 por el que se establecen limitaciones por módulos mínimos de población**

65. Mediante la primera cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias solicita que el Tribunal de Justicia resuelva si el Artículo 2 del Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias, por el que se establecen limitaciones a la concesión de autorizaciones para el establecimiento de oficinas de farmacia en razón de módulos de población, así como su Artículo 3 que determina la forma en que ha de realizarse ese cómputo de población, son contrarios al Artículo 43 del Tratado CE, el cual prohíbe restricciones a la libertad de establecimiento.
66. En virtud del Artículo 2 del Decreto 72/01, de 19 de julio, dictado al amparo del Artículo 2 de la Ley 16/1997, los nacionales de un Estado miembro sólo podrán abrir una nueva oficina de farmacia cuando se haya alcanzado la cifra de 2.800 habitantes o, superada ya esta cifra y existiendo una, a medida que la población se vaya incrementando de 2.000 en 2.000 habitantes.
- 5.1 **El establecimiento de módulos de población debe interpretarse como una restricción a la libertad de establecimiento**
67. Mediante este sistema, podría decirse que este régimen busca asegurar la adecuación del número de farmacias en función de las necesidades de la población en aras a garantizar la protección de la salud. Sin embargo, en opinión de la Comisión, la existencia de un elemento en virtud del cual las administraciones sanitarias impiden la posible apertura de nuevas oficinas de farmacia en atención exclusivamente a criterios de población supone una clara restricción a la libertad de establecimiento amparada en el Artículo 43 del Tratado CE. En efecto, tales restricciones obstaculizan, impiden y

hacen menos atractivo el libre establecimiento de nuevas oficinas de farmacias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Asturias.<sup>24</sup>

68. Como se expondrá a continuación, la Comisión considera que las limitaciones al establecimiento de oficinas de farmacia establecidas por módulos de población no cumplen ninguno de los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para imponer restricciones a la libertad de establecimiento. Tales medidas deben, además de justificarse en relación a la búsqueda de la protección de la salud, ser apropiadas y proporcionadas, e igualmente lo menos gravosas posibles.

5.2 El establecimiento de límites basados en módulos de población no garantiza la realización del objetivo perseguido y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud

69. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia deja claro que la adopción de medidas que supongan una restricción a las libertades contempladas en el Tratado, en este caso a la de establecimiento del Artículo 43, aún y a pesar de poder encontrar justificación en razones de interés general, deberán de ser siempre proporcionadas. Así, el Tribunal de Justicia en el asunto *Futura Participations SA y Singer* señaló que:<sup>25</sup>

*En consecuencia, la exigencia de dicho requisito, que recae específicamente sobre las sociedades que tienen su domicilio social en otro Estado miembro, está, en principio, prohibida por el artículo 52 del Tratado. Para que no fuera así, dicha medida debería perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado y estar justificada por razones imperiosas de interés general. Pero además, en tal supuesto, sería preciso que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no fuera más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37; de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32, y de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 104).*

70. En opinión de la Comisión, la medida adoptada en relación a los módulos de población es desproporcionada en la búsqueda del interés general como es la protección de la salud.

<sup>24</sup> Véase entre otras la sentencia de 30 de noviembre, *Gebhard* (C-55/94), Rec.1995, p.I-4165.

<sup>25</sup> Sentencia de 15 de mayo de 199, asunto *Futura Participations SA y Singer* (C-250/97), Rec.1998, p.I-8737, párrafo 26.

71. Entiende esta parte que la protección de la salud pública obligue a las autoridades nacionales a adoptar medidas que, justificadas en el interés social, puedan suponer una restricción a la libertad de establecimiento; pero tales medidas deberán ser lo menos restrictivas posibles. Lo que han hecho las autoridades españolas a través de este criterio es establecer una medida de máximos, en opinión de esta parte desproporcionada, en lugar de arbitrar una de mínimos.
72. En primer lugar, no queda acreditado que la limitación del número de farmacias vaya en modo alguno a mejorar la protección de la salud de la población, ni a favorecer el interés de los mismos. En opinión de la Comisión, condicionar la posible apertura de una nueva oficina de farmacia a la necesidad de una población de al menos 2.800 habitantes o de incrementos del núcleo de población en 2.000 habitantes, muy lejos de ir en pro del interés general, lo que hace es realmente perjudicarlo, ya que para los consumidores, verdaderos destinatarios finales de la protección de la norma, siempre será mejor que exista una oficina de farmacia cada menos habitantes que cada más, sin la necesidad de verse obligada a que la población aumente en 2.000 habitantes para que pueda autorizarse la apertura de un nuevo establecimiento. En otras palabras, cuanto más fácil sea para un consumidor acceder a un establecimiento farmacéutico, mejor se hallará protegida su salud.
73. En el mismo sentido, la Comisión considera que a mayor número de establecimientos, mayor será la competitividad entre los mismos y, consecuentemente, mejor la calidad de los servicios y las prestaciones que se ofrecerán a los consumidores. En apoyo de esta argumentación, la Comisión quiere citar el Informe elaborado por la consultora ECORYS,<sup>26</sup> el Informe a la que la misma hace referencia y realizado por la OCDE en 2001 sobre la situación farmacéutica en Irlanda que ratifica esta idea, y, finalmente el de la asociación española PLAFARMA,<sup>27</sup> y que agrupa a gran número de licenciados farmacéuticos españoles. Todos ellos concluyen, como no podía ser de otra manera, que a mayor número de establecimientos de farmacia, mayor competitividad y mejor servicio a los ciudadanos. Por lo tanto, es claro que esa protección será mayor si el número de farmacias también puede serlo.

<sup>26</sup> Véase Informe ECORYS de 22 de junio de 2007, página 9: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/pharmacy\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/pharmacy_en.htm).

<sup>27</sup> Véase Informe PLAFARMA de 23 de marzo de 2007: <http://www.plafarma.org/documentos/ContraInforme%20Plafarma.pdf>

74. Tampoco considera esta parte que con la medida en cuestión se garantice el suministro de medicamentos ya que, de no haber existencias de un medicamento en una oficina de farmacia a requerimiento de los pacientes, es obvio que será mejor para ellos poder acudir a otra que se encuentre lo más próxima posible. Además, en caso de que el mantenimiento de niveles mínimos de existencias de productos farmacéuticos sea una condición para el mantenimiento de las licencias farmacéuticas, aunque el número de farmacias aumentase, no habría peligro de desabastecimiento. En todo caso, no existe ninguna razón aparente por la cual la fijación de módulos mínimos de población de 2.800 habitantes asegure un suministro satisfactorio a la población.
75. Tampoco tiene en cuenta la normativa en cuestión la existencia de importantes despuntes de población a través de lo que se ha llamado la "población flotante", es decir, aquellos repuntes de población en la que esta se ve seriamente incrementada como por ejemplo en períodos festivos o de vacaciones en los que la población puede ser en un determinado núcleo territorial muy superior al que habitualmente es. En tales casos podría darse el supuesto de que las necesidades de la población debido a esos aumentos esporádicos no se vieran cubiertas por el número de farmacias existentes, habiendo podido provocarse una carencia de determinados medicamentos en esos establecimientos.
76. Las limitaciones de carácter cuantitativo establecidas con relación a las oficinas de farmacia se encuentran habitualmente motivadas por el hecho de procurar que éstas no sean abiertas de forma masiva en las zonas que puedan ser más rentables económicamente, en detrimento de las más despobladas. La Comisión no está de acuerdo en que una liberalización de las normas de establecimiento de las oficinas de farmacia podría privar de las mismas a ciertas regiones o poblaciones. Tal liberalización podría ocasionar un aumento del número de farmacias en regiones muy pobladas, pero ello no implicaría una disminución del número de farmacias en otras zonas. Estando de acuerdo con la causa de la motivación (i.e., la protección de la salud pública), lo que no comparte la Comisión son los medios o las medidas utilizadas en la búsqueda de este objetivo y que esta parte entiende como demasiado restrictivas, en lugar de adoptarse otras que fijen números mínimos y no máximos u otras de naturaleza más incentivadoras que, sin suponer una limitación a la apertura de nuevas farmacias, aseguren su presencia en los lugares necesarios.

77. Además, la Comisión considera que procede distinguir la cuestión del *acceso* a las oficinas de farmacia para el conjunto de la población de la *homogeneidad* en el reparto de las mismas dentro del territorio. En efecto, una repartición homogénea de las farmacias en el territorio no es una garantía de acceso para el ciudadano, puesto que los mismos pueden verse obligados a recorrer grandes distancias para acceder a los servicios farmacéuticos. No obstante, la puesta en vigor de cuotas de población por oficina de farmacia, si bien puede contribuir a una repartición más homogénea de las oficinas de farmacias dentro de un territorio, en ningún caso asegura la accesibilidad al servicio, ya sea en cuanto a la accesibilidad geográfica, en términos de horarios de apertura u otro tipo de servicios.
78. Otra causa que sugieren las administraciones nacionales para adoptar estas medidas suele ser el evitar una concurrencia excesiva entre oficinas de farmacia. En lo relativo a esta cuestión, conviene decir que la Comisión considera inadmisibles los objetivos de naturaleza económica en perjuicio de las libertades fundamentales.<sup>28</sup>
79. La Comisión entiende que lo que realmente procedería en aras del interés general es la adopción de una medida de mínimos, y no de máximos como la adoptada por las autoridades españolas, es decir, una encaminada a garantizar la presencia de oficinas de farmacia en todos los núcleos de población que la necesiten y sin que ninguno pueda verse desprovisto de ella, pero nunca lo contrario.
80. En esta línea, esta parte quisiera llamar la atención ante este supuesto precisamente, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra (integrada también en el Reino de España), cuya regulación y situación sobre este punto difieren del resto de Comunidades Autónomas al gozar ésta de competencia exclusiva para regular esta materia. Sin entrar en consideraciones acerca de la idoneidad de este modelo, demuestra el camino emprendido por la Comunidad Foral de Navarra que la apertura y la adopción de medidas menos restrictivas, en contra de perjudicar el interés general, lo favorece.
81. Así, la citada Comunidad Foral, a través de la aprobación de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre de Atención Farmacéutica, ha contemplado un sistema mediante el cual establece la posibilidad de autorizarse la apertura de nuevas oficinas de farmacia por debajo de los 2.800 habitantes (y reduciendo esta cifra a tan sólo 700 habitantes)

pero imponiendo con carácter obligatorio el hecho de que cada zona de salud (la Comunidad Foral se compone de unidades territoriales básicas de este tipo y a estos efectos) tenga como mínimo una farmacia. En tanto en cuanto no se garantice la apertura de una oficina en cada zona de salud, no se autorizará ninguna nueva. El citado límite de 700 habitantes es tan bajo que jamás ha sido utilizado para prohibir el establecimiento de una nueva farmacia, sin que ello haya perjudicado de ninguna manera el objetivo de la protección de la salud. Es más, esta situación ha sido considerada como positiva por los habitantes de la zona.<sup>29</sup>

82. Como puede este Tribunal observar, la medida adoptada por la Comunidad Foral de Navarra, supone la adopción de una restricción menos gravosa que la adoptada por las autoridades asturianas, sin que por ello se haya descuidado o desprotegido la salud pública y sin que tampoco quiera ello decir que sea totalmente compatible con el Artículo 43 del Tratado. No obstante, sí constituye un claro ejemplo de que las medidas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Asturias en este caso en nada favorecen a la protección del interés de la salud de los consumidores.
83. En consecuencia y en opinión de la Comisión, la medida adoptada por los Artículos 2 y 3 del Decreto 72/01 relativa a la limitación por módulos de población, sobrepasa su necesidad y adecuación en la búsqueda de la finalidad alegada, contraviniendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo que al principio de proporcionalidad se refiere, contraviniendo así el Artículo 43 del Tratado CE.<sup>30</sup> La limitación impuesta por el legislador español, en este caso la Comunidad Autónoma de Asturias, en virtud de un criterio poblacional en nada favorece verdaderamente al consumidor, sino que, por el contrario, establece un perjuicio a los derechos de éste a la hora de acudir con mayor facilidad de elección a un establecimiento de oficina de farmacia. La eliminación de los módulos de población como criterio restrictivo, supondría la posibilidad de existencia de mayor número de oficinas de farmacias, lo cual siempre será un elemento a favor de los consumidores a la hora de facilitar su acceso a las mismas.

---

<sup>28</sup> Sentencia de 5 de junio de 1997, asunto *Ypourgos Ergasias* (C-398/95), Rec.1997, p.I-3091; y sentencia de 24 de enero de 2002, asunto *Portugais Construções* (C-164/99), Rec.2002, p.I-787.

<sup>29</sup> Véase la noticia de 7 de abril de 2007 en la que se confirma que el 94% de los navarros tiene buena valoración del servicio de las farmacias (<http://www.cof-navarra.com/actualidad/noticias/noticia.php?nid=187#adresse>).

<sup>30</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2004, asunto *Leitchtle* (C-8/02), Rec.2004, p.I-2641, párrafo 45; y sentencia de 30 de noviembre, asunto *Gebhard* (C-55/94), Rec.1995,p.I-4165, párrafo 31.

6. **Condiciones exteriores a la apertura de nuevos establecimientos de farmacia: Artículo 4 del Decreto 72/01 relativo a los límites de distancias entre oficinas de farmacias**

6.1 **El establecimiento de distancias mínimas entre oficinas de farmacia supone una restricción a la libertad de establecimiento**

84. El Artículo 4 del Decreto 72/01 impone una distancia mínima entre oficinas de farmacia de 250 metros con independencia de la zona farmacéutica a la que pertenezcan. Al igual que la medida anterior, dicha condición constituye una clara restricción a la libertad de establecimiento del Artículo 43 del Tratado CE a tenor del concepto expresado por el Tribunal en el asunto *Gräbner*.<sup>31</sup>

*Los artículos 52 y 59 del Tratado exigen la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, respectivamente. Son consideradas restricciones todas las medidas que prohíben, obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de dichas libertades (véanse, en este sentido, para la libertad de establecimiento, la sentencia de 30 de marzo de 1993, Konstantinidis, C-168/91, Rec. p. I-1191, apartado 15, y, para la libre prestación de servicios, la sentencia de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 21).*

85. En efecto, el hecho de que las oficinas de farmacia no puedan elegir libremente el lugar más conveniente para su establecimiento, puesto que deben respetar la distancia mínima de 250 metros con respecto de las demás farmacias de la zona prohíbe, obstaculiza o hace menos atractivo dicho establecimiento. Partiendo de lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que la obligatoriedad de la existencia de una distancia mínima entre oficinas de farmacia atenta contra la libertad de establecimiento al no cumplir los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia para su justificación por las razones que se expondrán a continuación.

6.2 **El establecimiento de distancias mínimas entre oficinas de farmacia no garantiza la realización del objetivo perseguido y va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud**

86. La Comisión tiene dudas sobre cómo una regulación encaminada a establecer una distancia obligatoria entre farmacias puede favorecer la protección de la salud de los

43 del Tratado siempre y cuando se basen en criterios objetivos en cuanto a la competencia profesional de un farmacéutico.<sup>33</sup> En cambio, los criterios que conducen a favorecer a los agentes económicos que ya se encuentran con experiencia profesional a escala local no pueden considerarse como justificados.

93. A continuación, se examinarán los criterios contenidos en los apartados (4), (6) y (7) del Anexo del Decreto 72/01 para ver si se pueden considerar como justificados y, por ello, conformes al Artículo 43 del Tratado CE.

#### 7.1 Apartado 4 del Anexo del Decreto 72/01

94. En virtud de este apartado, la Comunidad Autónoma de Asturias impide que sea valorada una segunda vez la experiencia profesional que ya hubiera sido tenida en cuenta en anteriores ocasiones para la obtención de una autorización de establecimiento de oficina de farmacia.
95. La Comisión entiende, en principio, que ello no constituye una restricción a la libertad de establecimiento de manera desproporcionada, puesto que los solicitantes no parecen que puedan beneficiarse de su calidad de titulares de otras farmacias para obtener mayor puntuación, independientemente de que su experiencia haya sido adquirida en un territorio concreto o en otro Estado miembro.
96. La Comisión observa además que esta limitación probablemente evita el tráfico desproporcionado de licencias para la apertura de farmacia, de tal manera que una persona no pueda adquirir una licencia en base a su experiencia profesional para luego venderla, a precios desmesurados, y volver a utilizar esa experiencia para la consecución de una nueva licencia.
97. Por lo tanto, la Comisión considera que este criterio no es discriminatorio y está justificado con vistas a dar más oportunidades de creación de establecimientos de farmacia cuya titularidad no haya sido concedida anteriormente.

---

de puntos a conceder en virtud de la experiencia que se haya acumulado. A quien más puntos tenga le darán prioridad sobre los demás. Ello no es sino una exigencia que deriva del sistema cuantitativamente limitado en relación al número de farmacias que pueden existir, lo cual de por sí vulnera la libertad de establecimiento que el Artículo 43 del Tratado CE reconoce a los nacionales de los Estados miembros.

<sup>33</sup> Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto *Smits y Peerbooms* (C-157/99), Rec.2001, p.I-5473, párrafo 90; y sentencia de 31 de enero de 2008, asunto *Centro Europa 7* (C-380/05), pendiente de publicación, párrafo 106.

## 7.2 Apartado 6 del Anexo del Decreto 72/01

98. El apartado 6 del Decreto 72/01 adjudica una mayor puntuación (un incremento del 20%, en concreto) a aquellos candidatos que hubieran obtenido los méritos profesionales referidos al ejercicio profesional en el ámbito del Principado de Asturias.
99. En primer lugar, la Comisión entiende que dicho criterio es discriminatorio con respecto al resto de los nacionales del propio Reino de España y, por supuesto, en relación al resto de los nacionales de los Estados miembros. En efecto, la exigencia impuesta por el apartado 6 del Anexo del Decreto 72/01, y que privilegia la experiencia adquirida en la Comunidad Autónoma en cuestión, es discriminatoria puesto que, si bien es cierto que no favorece a todos los farmacéuticos establecidos en el Reino de España, sí favorece a los ya establecidos en la Comunidad Autónoma de que se trata. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado con respecto a esta cuestión que para considerar que una medida tiene un efecto discriminatorio *"no es necesario que todas las empresas de un Estado miembro sean favorecidas con relación a las empresas extranjeras. Basta que el régimen preferencial establecido beneficie a un prestatario de servicios nacional"*.<sup>34</sup>
100. El Tribunal de Justicia también ha clarificado que, en base al Artículo 43 del Tratado, las autoridades competentes para el reconocimiento de cualificaciones profesionales deben de tener en cuenta la experiencia obtenida en otro Estado miembro o incluso en un tercer país.<sup>35</sup> De la misma manera, en el asunto *Comisión contra Alemania*, el Tribunal de Justicia examinó la mayor puntuación dada a los psicoterapeutas alemanes que a los de otros Estados miembros:<sup>36</sup>

*En lo que se refiere más en particular a la segunda categoría de personas mencionadas en el apartado 55 de la presente sentencia, a saber los psicoterapeutas establecidos en Alemania que hayan hecho uso de su libertad de establecimiento durante el período de*

<sup>34</sup> Véase la sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión contra los Países Bajos – Mediawet* (C-353/89), Rec.1991, p.I-4069, párrafo 25.

<sup>35</sup> En este sentido véanse la sentencia de 7 de mayo de 1991, asunto *Irene Vlassopolou* (C-340/89), Rec.1991, p.I-2357; y sentencia de 14 de septiembre de 2000, asunto *Hocsmán* (C-238/98), Rec.2000, p.I-6623.

<sup>36</sup> Sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto *Comisión/Alemania* (C-456/05), 11 de julio de 2002, asunto *D'Hoop* (C-224/98), Rec. p. I-6191, párrafo 30; y sentencia de 29 de abril de 2004, asunto *Pusa* (C-224/02), Rec. p. I-5763, párrafo 20.

*referencia instalándose en otro Estado miembro, conviene recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que sería incompatible con el derecho a la libre circulación que a un ciudadano de la Unión Europea se le pueda dispensar en el Estado miembro del cual sea nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las libertades establecidas por el Tratado en materia de circulación.*

101. De esta manera, las actividades farmacéuticas desarrolladas en otros países deben de tener el mismo valor que las desarrolladas en el territorio del Estado en cuestión.
102. Por tanto, y en atención a la jurisprudencia citada, la Comisión entiende que el apartado 6 del Anexo del Decreto 72/01 es discriminatorio y supone una clara restricción a la libertad de establecimiento del Artículo 43 del Tratado CE a favor de quienes han ejercido su actividad en la Comunidad de Asturias, al otorgarles a estos un mayor porcentaje de puntos en contra del resto de nacionales del propio y de los demás Estados miembros.

### 7.3 Apartado 7 del Anexo del Decreto 72/01

103. El apartado 7 del Decreto 72/01, de forma muy extensa, recoge una serie de criterios que son aplicados en caso de empate para atribuir a los candidatos una autorización de nueva oficina de farmacia.
104. En concreto, la Comisión observa que el apartado 7(c) otorga prioridad en caso de empate a aquellos farmacéuticos que hayan desempeñado su ejercicio profesional en el ámbito del Principado de Asturias. Por los mismos motivos que los expresados en relación con el apartado (6) del Anexo del Decreto 72/01, la Comisión considera que este criterio resulta discriminatorio y, por tanto, no justificado en virtud del Artículo 43 del Tratado.
105. De igual manera, la Comisión considera que el apartado 7(b) del Anexo, el cual otorga prioridad a los farmacéuticos que hayan sido titulares de oficinas de farmacia en zonas farmacéuticas o municipios de población inferior a 2.800 habitantes, es contrario al Artículo 43 del Tratado. En concreto, la Comisión no entiende que se precise un número determinado de habitantes por debajo del cual se prime a unos candidatos frente a otros, como un requisito que garantice una mayor protección a la salud

pública. Dicho número puede ser acertado a tenor de la estructura y diseño de la planificación farmacéutica en la Comunidad de Asturias, pero igualmente puede no tener sentido si tenemos en cuenta el conjunto de Estados miembros. Además, la experiencia obtenida por un farmacéutico en una zona de cualquier Estado miembro con más de 2.800 habitantes puede ser mejor, de cara al consumidor, que la experiencia obtenida por otro farmacéutico en zonas de menos de 2.800 habitantes.

106. Finalmente, respecto a los apartados 7(a) y 7(d) del Anexo, la Comisión entiende que pueden estar justificados, ya que no resultan discriminatorios. Por una parte, el hecho de que se otorgue prioridad a los farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficinas de farmacia favorece la posibilidad de nuevos entrantes en este sector, lo que conlleva una mayor competencia en el sector, de manera similar a su apartado (4). Por otra parte, el otorgamiento de prioridad a quien tenga más méritos académicos no parece desproporcionado.

#### 7.4 Conclusiones respecto al Anexo del Decreto 72/01

107. Según lo expuesto, la Comisión considera que los procedimientos de concesión de licencia de apertura de una nueva oficina de farmacia contenidos en el Anexo 7 del Decreto 72/01, aun siendo una restricción a la libertad de establecimiento, como tales no son contrarios al Artículo 43 del Tratado siempre y cuando se basen en criterios objetivos en cuanto a la competencia profesional de un farmacéutico. Éste es el caso de los apartados (4), 7(a) y 7(d) del Anexo. En cambio, los criterios que conducen a favorecer a los agentes económicos que ya se encuentran con experiencia profesional a escala local no pueden considerarse como justificados. Éste es el caso del apartado 6 y 7(c) del Anexo. Tampoco puede justificarse aquellos criterios que se basen en módulos de población para otorgar prioridad a unos farmacéuticos frente a otros. Éste es el caso del apartado 7(b) del Anexo.

## VII. CONCLUSIÓN.

108. A la vista de las anteriores consideraciones, la Comisión sugiere responder a la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de la siguiente forma:

**El Artículo 43 del Tratado CE se opone a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual el otorgamiento de la autorización para el establecimiento de una nueva oficina de farmacia está condicionada a unos requisitos mínimos de población de 2.800 habitantes por farmacia y de distancias mínimas de 250 metros entre farmacias.**

**El Artículo 43 del Tratado CE se opone igualmente a toda ventaja otorgada, en el marco de un procedimiento de selección del farmacéutico que será titular de una nueva oficina de farmacia, a los farmacéuticos que tengan experiencia profesional en el territorio de la misma región u otra subdivisión territorial donde se autoriza la misma, y a los farmacéuticos que tengan experiencia en zonas con menos de 2.800 habitantes.**

**Enrico TRAVERSA**

**Gustavo LUENGO**

**Agentes de la Comisión**