CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. M. POIARES MADURO
presentadas el 30 de septiembre de 2009 [1]

1. La inquietud de que los farmacéuticos con necesidades de dinero puedan transigir con sus obligaciones profesionales no es nueva. Ha constituido una preocupación al menos desde que el Romeo de Shakespeare convenció a un «infeliz miserable» de boticario para que le vendiera veneno con estos versos:

«[…] Llevas el hambre retratada en tus mejillas, la indigencia y la opresión se asoman hambrientas a tus ojos, la pobreza y el desprecio pesan sobre tus espaldas. El mundo no es amigo tuyo, ni las leyes del mundo. El mundo no estatuye ninguna ley para que te enriquezcas, luego no seas pobre, sino quebranta la ley y toma esto.» [2]

2. Siguiendo los versos de Shakespeare, cabría decir que la cuestión esencial de este asunto es la de hasta qué punto garantizar la calidad de las prestaciones farmacéuticas requiere que algunos farmacéuticos se enriquezcan. De hecho, las autoridades asturianas, y las de otros Estados miembros con normas similares, justifican sus normas, que limitan la apertura de nuevas oficinas de farmacia, principalmente por la necesidad de preservar los incentivos económicos adecuados para disponer de las prestaciones farmacéuticas lo más amplias y mejores posible. Desde su punto de vista, esto exige, por un lado, proteger las oficinas de farmacia existentes de los «riesgos» de la competencia y, por otro lado, atraer oficinas de farmacia a las zonas menos rentables restringiendo el acceso a las zonas más rentables. No me cabe duda de que las condiciones económicas en que se presta un servicio pueden afectar dicha prestación. Es legítimo que los Estados basen sus normativas en tales inquietudes cuando son el medio para conseguir un objetivo público cual es la protección de la salud pública. Por otro lado, no basta con que los Estados invoquen meramente ese posible vínculo para justificar cualquier normativa. Una legislación que concede ventajas económicas especiales a algunos operadores económicos frente a otros debe ser sometida a un examen pormenorizado. La pregunta planteada en este caso no deja traslucir una respuesta sencilla. Por un lado, proteger la salud humana reviste suma importancia, y el Tribunal de Justicia debe remitirse a los criterios de los Estados miembros en este complejo ámbito. Por otro lado, es deber de este Tribunal remediar situaciones en las que se han utilizado procesos políticos locales para proporcionar

1 — Lengua original: inglés.

2 — William Shakespeare, *Romeo y Julieta*, Acto V, Escena Primera.

lucrativos beneficios a operadores locales ya establecidos a costa, entre otros, de nacionales de otros Estados miembros. No se puede renunciar a este deber simplemente porque un asunto plantee temas de salud pública. En realidad, la necesidad de un árbitro imparcial es mayor cuando los temas que están en juego se refieren no sólo a una ganancia económica, sino a la salud humana. En consecuencia, a la hora de responder a la cuestión planteada en este caso, intentaré equilibrar los intereses en liza, tanto remitiéndome a los criterios políticos de los Estados miembros como examinando con detenimiento su esquema de aplicación en busca de signos de «*captación política*», con arreglo a los requisitos de coherencia y consistencia que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia ha desarrollado en relación con normativas nacionales que impiden la libertad de circulación.

I. Marco fáctico y jurídico

3. En los presentes asuntos, ambos demandantes son ciudadanos españoles, con título de farmacéuticos, pero no tienen autorización para abrir una oficina de farmacia. Han ejercido su actividad profesional durante varios años en farmacias veterinarias. Como tienen la intención de explotar su propia oficina de farmacia, desean obtener la autorización para abrir una nueva oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Asturias. La autorización correspondiente fue denegada mediante una resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias de 14 de junio de 2002. El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias confirmó esta resolución el 10 de octubre de 2002. Los demandantes recurrieron esta resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Las resoluciones de las autoridades asturianas se basan en el Decreto 72/01, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, que establece un sistema de autorización que incluye determinadas restricciones al establecimiento de oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma, así como un sistema que regula la concesión de autorizaciones entre los candidatos concurrentes. Los demandantes alegan que este Decreto viola su derecho a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 CE. Habida cuenta de las dudas que alberga acerca de la conformidad del Decreto con el Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional nacional ha planteado al Tribunal de Justicia las dos cuestiones siguientes:

«¿El artículo 43 [CE] es opuesto a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 72/2001, de 19 de julio, del Principado de Asturias, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines, así como los apartados 4), 6) y 7) del Anexo del mencionado Decreto?» (Asunto C-570/07)

y

«¿El artículo 43 [CE] es contrario a la regulación que se contiene en la legislación de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en relación a la autorización de la instalación de Oficinas de Farmacia?» (Asunto C-571/07)

5. Como se ha señalado anteriormente, la normativa impugnada establece la limitación de la apertura de nuevas oficinas de farmacia y recoge los criterios para valorar a los candidatos que compiten por las autorizaciones para abrir una nueva oficina. Las limitaciones más importantes consisten en una restricción cuantitativa del número de oficinas de farmacia en una zona en función de la población de dicha zona y en una restricción geográfica que prohíbe el establecimiento de una oficina de farmacia a menos de 250 metros de otra. Las disposiciones en concreto son las siguientes:

«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.

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.

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. [3]

6. Para valorar a los candidatos que compiten por las autorizaciones en virtud de estas disposiciones, la legislación establece varios criterios. Se asignan puntos a la experiencia profesional y docente conforme a diversos criterios. Se otorgan más puntos por la experiencia profesional en localidades de menos de 2.800 habitantes que para otros tipos de ejercicio. El Decreto dispone, asimismo, lo siguiente:

«1) Las circunstancias y méritos establecidos en el presente baremo deberán acreditarse mediante las certificaciones oficiales de la Administración o responsable correspondiente.

2) Para valorar la experiencia profesional y docente se computarán por meses completos aunque los periodos trabajados fuesen discontinuos. Se podrán acumular periodos discontinuos, por módulos de 21 días o 168 horas que equivalen a un mes, hasta llegar a dicho mínimo.

3 — Decreto 72/01.»

En aquellos supuestos en los que la contratación fuese a jornada parcial los méritos por experiencia profesional se contabilizarán en igual proporción a la de dicha jornada parcial con relación a la jornada completa.

3) No se computará más de un ejercicio profesional para el mismo periodo de tiempo, salvo que se trate de dos ejercicios a tiempo parcial.

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.

5) En el caso de que se pretenda la cotitularidad de una oficina de farmacia y no se trate de más de dos cotitulares, se sumará el 50 % de la puntuación por méritos de cada uno. Si se tratara de más de dos cotitulares se valorará el 50 % de la puntuación por méritos de los dos cotitulares que ostenten la mayor y menor puntuación.

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

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 mas méritos académicos.» [4]

4 — Anexo: Baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia.

II. Análisis

A. *Admisibilidad*

7. Algunas de las partes alegan que este asunto no es admisible porque los demandantes son nacionales españoles que impugnan una normativa española. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado sistemáticamente la admisibilidad de tales asuntos. [5] Corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia. [6] El Tribunal de Justicia se pronunciará sobre una cuestión prejudicial a menos que resulte evidente que no tiene relación alguna con el litigio principal. [7] El órgano jurisdiccional nacional puede necesitar la interpretación del Derecho comunitario solicitada, aun cuando la situación fáctica de que se trate sea meramente interna, toda vez que «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». [8] Como he indicado con anterioridad, creo que este planteamiento está garantizado a la luz del espíritu de cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, y habida cuenta de la necesidad de evitar situaciones en que la aplicación del Derecho nacional en combinación con la aplicación del Derecho comunitario otorgue un trato perjudicial a los propios nacionales de un Estado miembro. [9] Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debe proporcionar la interpretación solicitada del artículo 43 CE en el presente caso.

B. *Existencia de una restricción a la libertad de establecimiento*

8. El Derecho comunitario no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas sanitario y de seguridad social. [10] Aunque las oficinas de farmacia son empresas comerciales, también constituyen parte del sistema sanitario. Por lo tanto, dentro de su competencia para ordenar tales sistemas, los Estados miembros pueden dictar disposiciones encaminadas a

5 — Sentencias de 5 de diciembre de 2000, Guimont (C-448/98, Rec. p. I-10663), apartado 23; de 5 de marzo de 2002, Reisch y otros (C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, Rec. p. I-2157), apartado 26; de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartado 41; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartado 29; de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421), apartado 30, y de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. p. I-349), apartado 69.

6 — Véase, por ejemplo, la sentencia Centro Europa 7, antes citada, apartado 52.

7 — Sentencia Centro Europa 7, antes citada, apartado 53.

8 — Sentencia Guimont, antes citada, apartado 23.

9 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Centro Europa 7, punto 30.

10 — Sentencias de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171), apartado 18, y de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania (C-141/07, Rec. p. I-6935), apartado 22.

organizar las oficinas de farmacia, al igual que hacen respecto de otros servicios sanitarios. [11]

9. No obstante, los Estados miembros deben ejercer su competencia en este ámbito de conformidad con las libertades garantizadas por el Tratado, incluida la libertad de establecimiento. [12] La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dejado claro que cualquier medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado, equivale a una intromisión en los derechos garantizados en el artículo 43 CE, aun cuando la correspondiente medida nacional sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad. [13]

10. Las injerencias en las libertades fundamentales se manifiestan, frecuentemente, como un freno al acceso al mercado nacional que se deriva de las medidas que protegen las cuotas de mercado de operadores ya establecidos en aquél. [14] 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. [15] Más concretamente, «cuando una normativa nacional sujeta el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales de esa actividad, constituye una restricción dado que limita el número de prestadores de servicios». [16] Sobre esta base, se consideró que constituía una restricción a la libertad de establecimiento una legislación nacional que únicamente permitía nuevas policlínicas dentales si las autoridades locales consideraban que era necesario abrir policlínicas adicionales. [17] Tales limitaciones son análogas a las que fueron consideradas un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías por proteger las posiciones de operadores económicos ya establecidos, obstaculizando, de este modo, el acceso al mercado nacional a los productos originarios de otros Estados miembros. [18]

11. Si se aplican estos criterios a las normas de que se trata en el presente caso, que permiten abrir nuevas oficinas de farmacia únicamente si se cumplen unos requisitos de localización y de población, es evidente que dichas normas constituyen una restricción a la libertad de circulación. Tales requisitos sólo permiten el establecimiento de nuevas

11 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 18; y Comisión/Alemania, apartado 22, antes citadas.

12 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 18; y Comisión/Alemania, apartados 22 y 23, antes citadas.

13 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 22, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartado 33.

14 — Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Cipolla y otros, antes citado, punto 59.

15 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 23; Hartlauer, antes citada, apartado 34, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 42.

16 — Sentencia Hartlauer, antes citada, apartado 36.

17 — Sentencia Hartlauer, antes citada, apartado 39.

18 — Sobre este particular, véase el punto 47 de mis conclusiones presentadas en el asunto Alfa Vita Vassilopoulos y Carrefour-Marinopoulos (sentencia de 14 de septiembre de 2006, C-158/04 y C-159/04, Rec. p. I-8135).

oficinas de farmacia si existe una autorización previa y ésta se concede únicamente si se cumplen los requisitos de localización y de población. De hecho, son análogos al requisito de que se trataba en el asunto Hartlauer, consistente en que se demostrara una necesidad antes de poder abrir una policlínica. Si la población no es suficiente para que las autoridades nacionales declaren la necesidad de una nueva oficina de farmacia, no se puede abrir una. Al congelar el acceso al mercado, las medidas de que se trata tienen el efecto de que impiden establecer una oficina de farmacia en el territorio asturiano a quienes deseen hacerlo y, por lo tanto, impedirán el establecimiento de oficinas de farmacia a quienes no sean de ese Estado miembro.

C. *Posibilidad de justificar tal restricción*

12. Demostrar que la legislación nacional restringe la libertad de establecimiento es sólo el primer paso de nuestro examen. Tales medidas nacionales pueden justificarse si cumplen cuatro requisitos. Más concretamente, es preciso «que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo». [19]

1. Aplicación no discriminatoria

13. Las disposiciones de principio del Decreto, los requisitos de población y de distancia mínima, no son discriminatorias. Se aplican por igual a todos los farmacéuticos. [20] Lo mismo cabe decir de los criterios establecidos por las autoridades asturianas para valorar las solicitudes de autorización para abrir oficinas de farmacia, que dan prioridad a los farmacéuticos que hayan ejercido con anterioridad en zonas poco pobladas. [21] En principio, cualquier farmacéutico, con independencia de su origen, tiene las mismas posibilidades de acogerse a dicha disposición.

14. Sin embargo, los criterios que dan prioridad adicional a los solicitantes que hayan ejercido como farmacéuticos en el territorio asturiano, [22] constituyen una discriminación prohibida por razón de nacionalidad. Esto es cierto aunque, como la disposición que

19 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165). Véase también la sentencia de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia (C-140/03, Rec. p. I-3177).

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia Comisión/Alemania, apartado 33.

21 — Véase el punto 7, letra b), del anexo del Decreto 72/01.

22 — Véanse los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/01.

favorece a farmacéuticos procedentes de zonas poco pobladas, no guarda relación con el origen nacional y un farmacéutico procedente de otro Estado miembro que trabajase en Asturias podría acogerse a dicha disposición. Es discriminación porque otorga a la experiencia adquirida en Asturias más valor que a una experiencia equivalente adquirida en otros Estados miembros. [23] Tal criterio no puede justificarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, porque la atribución del mismo valor a méritos obtenidos en otros Estados miembros es crucial para la libertad de circulación.

15. Esta conclusión no queda cuestionada por el hecho de que tal política también perjudica a los farmacéuticos españoles procedentes de fuera de Asturias. El Tribunal de Justicia ha declarado que para establecer una discriminación «no es necesario que todas las empresas de un Estado miembro se vean beneficiadas con relación a las empresas establecidas en otros Estados miembros. Es suficiente con que el régimen preferencial establecido beneficie a un prestador de servicios nacional». [24] Que las autoridades asturianas otorguen prioridad a quienes han ejercido su profesión en Asturias perjudica claramente a los farmacéuticos procedentes de fuera del Principado, incluidos los procedentes de otros Estados miembros, así como a los farmacéuticos asturianos que eligieron ejercer su derecho al libre establecimiento en otros Estados miembros. [25] Tal política constituye una restricción discriminatoria a la libertad de establecimiento que está prohibida por el Tratado.

16. En consecuencia, a la hora de apreciar los demás elementos que deben reunirse para que se justifique la legislación, limitaré mi examen a los elementos no discriminatorios de la legislación.

2. Objetivo de interés público

17. El objetivo de interés público perseguido por las restricciones demográficas y geográficas es la protección de la salud pública mediante la prestación de servicios farmacéuticos de calidad en todas las zonas del territorio asturiano. La protección de la salud pública es, sin duda, una razón imperiosa de interés

23 — Véase la sentencia Gebhard, antes citada, apartado 38. Además, cabe señalar que la ventaja concedida a los farmacéuticos que hayan ejercido con anterioridad en Asturias no está relacionada con el objetivo de promover el establecimiento en zonas menos pobladas, puesto que se concede a todos los farmacéuticos establecidos en Asturias con independencia de si contribuyeron a alcanzar dicho objetivo al haberse establecido con anterioridad en zonas menos pobladas de Asturias.

24 — Sentencias Comisión/Alemania, antes citada, apartado 38, y de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 25.

25 — Véase la sentencia de 6 de diciembre de 2007, Comisión/Alemania (C-456/05, Rec. p. I-10517), apartado 58. Véanse, asimismo, las sentencias de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Rec. p. I-2357), y de 14 de septiembre de 2000, Hocsman (C-238/98, Rec. p. I-6623).

general. [26] Muchas de las alegaciones de las partes parecen centrarse en la cuestión de qué enfoque es el más adecuado para proteger la salud pública y, concretamente en el presente caso, para conseguir la prestación más amplia desde el punto de vista territorial de servicios farmacéuticos de calidad: uno que facilite la apertura de oficinas de farmacia y promueva al mismo tiempo la competencia entre ellas o uno que limite la apertura de oficinas de farmacia en las zonas más pobladas a fin de restringir la competencia y favorecer su apertura en las zonas menos pobladas del Principado. Las partes invocan pruebas contradictorias, que incluyen la experiencia en distintos Estados miembros, para acreditar que su enfoque preferido es el mejor para la protección de la salud pública.

18. Sobre este particular, baste señalar que cada Estado miembro dispone de un margen de apreciación para diseñar su propio sistema de protección de la salud pública y el Tribunal de Justicia ha de mostrar una considerable deferencia al Estado miembro. [27] Así ocurre concretamente cuando la falta de consenso político se sustenta en la existencia de diferencias políticas importantes entre los Estados miembros. El hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que otro o dé prioridad a unos intereses frente a otros no significa que uno u otro de esos conjuntos de normas sea incompatible con el Derecho comunitario. [28] Además, el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente que la planificación de los servicios médicos, incluyendo su reparto igualitario por todo el Estado, está comprendida en el ámbito de dicha discrecionalidad. [29] Al analizar los productos y servicios farmacéuticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que la fijación de precios [30] y la limitación de la competencia [31] son técnicas posibles para alcanzar los objetivos de salud pública.

19. Aunque objetivos de naturaleza meramente económica no pueden justificar que se restrinjan las libertades fundamentales, [32] puede justificarse cuando sea necesario para que el sistema sanitario funcione desde el punto de vista económico. [33] En particular, «intereses económicos que tienen como objetivo mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos» pueden constituir un interés público adecuado. En relación con tales servicios, su «reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la clase de servicios médicos

26 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 27; Hartlauer, antes citada, apartado 46, y Comisión/Alemania, citada en la nota 10, apartados 46 y 47.

27 — Véase la sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 19.

28 — Sentencia de 11 de julio de 2002, Gräbner (C-294/00, Rec. p. I-6515), apartado 46.

29 — Sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota 10, apartado 61.

30 — Sentencia de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 122.

31 — Sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota 10, apartado 59.

32 — Véase la nota 29 supra.

33 — Sentencia de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509), apartado 73.

que pueden ofrecer, deben poder ser objeto de planificación, que responde por lo general, por una parte, al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad y, por otra parte, a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos». [34] En consecuencia, llego a la conclusión de que garantizar un reparto de oficinas de farmacia por todo el territorio debería considerarse una razón imperiosa de interés general, y de que el Estado miembro no está obligado a intentar proporcionar servicios farmacéuticos de gran calidad mediante la libre competencia.

3. Adecuación y proporcionalidad del Decreto para alcanzar los objetivos mencionados

20. Si bien debe ser tomada debidamente en consideración la apreciación de los órganos legislativos y procesales nacionales, que son los mejor situados, debido a su mayor proximidad a las condiciones locales y su conocimiento especializado, para determinar el mejor modo de alcanzar los objetivos de políticas públicas tales como la protección de la salud pública, esta deferencia no está exenta de riesgos. [35] Esa misma proximidad puede también convertir a dichas entidades en objeto de «captación legislativa» por intereses especiales dominantes en dicha zona a costa de los intereses de los consumidores y de los potenciales competidores nacionales y extranjeros. Hay un motivo especial de preocupación en un caso como el presente, en el que la elección política realizada por el gobierno local proporciona beneficios lucrativos a operadores establecidos a expensas de los nuevos operadores en el mercado.

21. Desde este punto de vista, se puede entender la mayor importancia que ha adquirido el requisito de coherencia y consistencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando se examina el modo en que la legislación nacional persigue sus objetivos declarados. El requisito de coherencia y consistencia establece que «una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma coherente y sistemática». [36] Este requisito permite al Tribunal de Justicia diferenciar entre la legislación que verdaderamente persigue un objetivo público legítimo y la que quizá pudo haberse dirigido en un principio a la consecución de tal objetivo, pero que fue captada por determinados intereses especiales. Cabe decir que es un requisito que protege la integridad

34 — Sentencia Comisión/Alemania, citada en la nota 10, apartados 60 y 61.

35 — Véase la sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 19.

36 — Sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 42.

del proceso legislativo y normativo y la debida responsabilidad política. A mi juicio, este requisito desempeña una función esencial en la apreciación que se ha de realizar en los presentes casos.

22. Así pues, en la sentencia Hartlauer, el Tribunal de Justicia admitió la alegación del Estado de que podría ser necesario limitar el número de consultorios médicos para mantener un funcionamiento correcto del sistema médico. Sin embargo, declaró que la normativa no respondía verdaderamente al empeño por alcanzar este objetivo porque las policlínicas autónomas y los consultorios colectivos pueden tener la misma repercusión y la legislación sólo contempla a las primeras. Del mismo modo, si bien el Tribunal de Justicia no cuestionó que las limitaciones de la publicidad en televisión de productos médicos y quirúrgicos podían justificarse por razones de salud pública, declaró que la legislación concreta controvertida en el asunto Corporación Dermoestética no estaba justificada porque se aplicaba a las cadenas de televisión nacionales, pero no a las locales. [37] Por el contrario, cuando declaró que estaban justificadas las leyes alemanas que exigen que las oficinas de farmacia sean explotadas por farmacéuticos y que los hospitales se abastezcan de productos farmacéuticos sólo de las farmacias locales, el Tribunal de Justicia lo hizo basándose esencialmente en la supuesta coherencia y consistencia de las disposiciones. [38]

23. El Tribunal de Justicia ha aplicado la misma técnica a otros ámbitos sensibles. En el contexto del juego, por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que unos límites estrictos al número de licencias de juego que autoriza un Estado estarían justificados únicamente si fueran coherentes a la luz del objetivo declarado de reducción de la actividad delictiva y fraudulenta al fomentar que los jugadores acudan a centros autorizados. [39] El Tribunal de Justicia estimó que la legislación no cumpliría este requisito si el número de autorizaciones se estableciera en un nivel tan bajo que los operadores autorizados no constituyeran una alternativa atractiva para los operadores no autorizados. [40]

24. En consecuencia, debemos examinar hasta qué punto la legislación promueve realmente, de modo coherente y consistente, los objetivos que el Estado miembro expuso para justificarla. Se aportaron dos justificaciones principales en apoyo de las restricciones. En primer lugar, se alegó que restringir el acceso al mercado garantiza la calidad de los servicios farmacéuticos. En segundo lugar,

37 — Sentencia de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Rec. p. I-5785), apartados 37 a 39.

38 — Sentencias Comisión/Alemania, citada en la nota 10, apartados 51 a 57, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartados 41 a 50.

39 — Sentencia Placanica, antes citada, apartado 55.

40 — Sentencia Placanica, antes citada, apartado 55.

se adujo que las restricciones relativas a la población y a la localización garantizarán el acceso universal a las oficinas de farmacia al obligarlas a extenderse por todo el territorio. Abordaré estas alegaciones una tras otra.

a) Calidad de los servicios farmacéuticos

25. El primer argumento, que protagonizó el debate en torno a los recientes asuntos Apothekerkammer des Saarlandes y otros y Comisión/Italia, [41] sobre los requisitos italianos y alemanes de que las oficinas de farmacia debían ser explotadas por farmacéuticos, reviste menor importancia en los presentes asuntos. No obstante, es mencionado por algunas de las partes y parece estar relacionado con el riesgo de que una mayor competencia entre las oficinas de farmacia puede llevar a los farmacéuticos a «descuidar» su actividad, por emplear una expresión coloquial.

26. Con carácter preliminar, cabe señalar que corresponde al Estado la carga de demostrar que la medida es adecuada y necesaria para la prestación de un servicio de mayor calidad. [42] Aparte de Shakespeare, no parece que existan documentos en el sentido de que una mayor competencia llevará a los farmacéuticos a reducir la calidad de sus servicios. A este respecto, no puedo sino señalar que existe una cierta incoherencia en la lógica que sustenta gran parte del razonamiento de algunas de las partes y de los Estados miembros. Unas veces, se describe a los farmacéuticos en el sentido de que están motivados fundamentalmente por el afán de lucro hasta el punto de que todos desearían ejercer únicamente en zonas muy pobladas y, si estuvieran sujetos a la competencia, dispuestos a permitir que el beneficio prevalezca sobre sus obligaciones profesionales. Otras veces, en el supuesto de que disfruten de una posición de «monopolio» en una zona poblada, se supone que los farmacéuticos llevan su negocio dominados por sus obligaciones profesionales y consagrados fundamentalmente a prestar servicios farmacéuticos de calidad. En las alegaciones de varias de las partes, la competencia parece que transforma santos en pecadores.

27. Por otra parte, es preciso recordar que la naturaleza de los servicios farmacéuticos ha cambiado sustancialmente: antes era el propio farmacéutico quien «elaboraba» las medicinas. Hoy día, el farmacéutico únicamente dispensa medicinas «elaboradas» en alguna

41 — Sentencia de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia (C-531/06, Rec. p. I-4103).

42 — Sentencia Deutscher Apothekerverband, antes citada, apartado 123.

otra parte y sujetas a rigurosos requisitos jurídicos que incluyen, por ejemplo, el de si un medicamento puede ser dispensado sin receta. El propio Tribunal de Justicia ha reconocido esto, al aceptar la venta por internet de medicinas sin receta. [43] En consecuencia, no considero que el Estado miembro haya demostrado que la limitación de la competencia sea necesaria o proporcionada para alcanzar el objetivo de prestar unos servicios farmacéuticos de gran calidad.

28. Procede reconocer que en los asuntos recientes Apothekerkammer des Saarlandes y otros y Comisión/Italia, relativos a normas nacionales que reservan la propiedad de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos, el Tribunal de Justicia declaró que la necesidad de garantizar un abastecimiento seguro de medicamentos de calidad a la población puede justificar restricciones al acceso a la propiedad de las oficinas de farmacia. [44] Sin embargo, dichos asuntos giraban en torno a la formación, experiencia y responsabilidad profesionales de los farmacéuticos, que podían llevar, según el Tribunal de Justicia, a que la búsqueda de beneficios por éstos fuera atemperada por otros intereses profesionales. [45] Además, el Tribunal de Justicia aceptó dicha restricción sobre la base de la suposición de que los farmacéuticos gozaban de una independencia profesional real. [46] Tal independencia se derivaba de sus obligaciones profesionales y del hecho de que no intervenían en la producción y distribución de los productos vendidos en sus oficinas de farmacia, [47] lo que les permitía resistir mejor que los no farmacéuticos a las presiones de fomentar el exceso de consumo de medicamentos y garantizaba que la restricción en cuestión contribuía verdaderamente a alcanzar el objetivo previsto de salud pública.

29. De hecho, este razonamiento respalda la alegación de la incompatibilidad de la legislación asturiana con el Derecho comunitario. Dado que los farmacéuticos de Asturias estarán obligados a prestar un determinado nivel de servicios, no sólo por ley, sino también por sus obligaciones profesionales, no habría grandes motivos de preocupación de que la competencia les llevara a reducir sus servicios incumpliendo sus deberes éticos y jurídicos. Si se hubieran exigido protecciones adicionales para que los farmacéuticos cumplieran sus obligaciones profesionales, el Tribunal de Justicia no habría podido llegar a

43 — Sentencia Deutscher Apothekerverband, antes citada.

44 — Sentencias Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartados 28 y 39, y Comisión/Italia, apartado 52, antes citadas.

45 — Sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartados 37 a 39.

46 — *Ibid.*, apartados 33 a 37.

47 — Esta separación respecto de la producción y venta al por mayor de medicamentos constituye, desde mi punto de vista y a luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la razón fundamental por la que éste aceptó las normas que reservaban a los farmacéuticos el acceso a la propiedad de las oficinas de farmacia. Véase el apartado 40, donde el Tribunal de Justicia señala que podría considerarse que a los farmacéuticos contratados por fabricantes o mayoristas de productos farmacéuticos les faltaba la independencia requerida. En consecuencia, cabe considerar que dichas normas cumplen los requisitos de coherencia y consistencia impuestos por el Derecho comunitario únicamente cuando quede garantizada tal independencia de los farmacéuticos respecto de la fabricación o venta al por mayor de medicamentos.

la conclusión, en los asuntos Apothekerkammer des Saarlandes y otros y Comisión/Italia, de que el requisito de que el propietario fuera farmacéutico era adecuado para alcanzar el objetivo de suministrar una asistencia de gran calidad.

b) Garantizar una distribución geográfica amplia y equilibrada de las oficinas de farmacia

30. El argumento más fuerte alegado por las partes que apoyan el Decreto se refiere a la necesidad de garantizar una distribución geográfica amplia y equilibrada de las oficinas de farmacia. En otras palabras, garantizar al máximo la disponibilidad universal de los servicios farmacéuticos para la población. Procede distinguir entre los dos criterios utilizados para alcanzar dicho objetivo: el requisito de población y el de distancia mínima entre las oficinas de farmacia. Debe apreciarse si ambos criterios son adecuados para alcanzar el objetivo de distribución geográfica y si van más allá de lo necesario para alcanzarlo.

31. En principio, los requisitos de población máxima pueden ser adecuados para alcanzar el objetivo de una amplia distribución de las oficinas de farmacia. Al limitar la posibilidad de que los farmacéuticos puedan abrir oficinas de farmacia en las zonas urbanas más rentables, la norma les lleva a buscar otras oportunidades. Sin embargo, este efecto no es automático. Si la apertura en zonas menos pobladas fuera rentable *per se,* tendría lugar, con toda probabilidad, con independencia de cualesquiera restricciones geográficas. De hecho, aumentaría en relación directa con la facilidad para poder abrir una oficina de farmacia y el grado de competencia por las cuotas de mercado de las zonas más pobladas. En cambio, si el problema radica, como alegaron algunas de las partes, en que la probabilidad de obtener beneficios es baja en las zonas menos pobladas, el riesgo está en que, de todos modos, nadie tendría interés en abrir una oficina de farmacia en tales zonas. Después de todo, ¿por qué se dedicaría una persona a realizar una actividad deficitaria simplemente por no tener acceso a una actividad rentable? La mera restricción de aperturas en las zonas más pobladas no cumpliría el requisito de coherencia y consistencia en la consecución del objetivo público declarado. El sistema en su totalidad adquiere sentido sólo 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. Al

dar prioridad a los farmacéuticos que hayan abierto con anterioridad oficinas de farmacia en zonas con menos de 2.800 habitantes, el Decreto crea un incentivo para que los farmacéuticos se instalen en zonas de baja población que, de otro modo, podrían encontrarse sin oficina de farmacia, a cambio de aumentar sus posibilidades de obtener una autorización de explotación de una oficina de farmacia en una zona más poblada (que las restricciones hacen más rentable) en un momento posterior. Es posible que la perspectiva de obtener la titularidad de una oficina de farmacia en una zona más poblada cuando otros tienen impedido abrir una oficina competidora puede alentar a los farmacéuticos a prestar servicios, durante algún tiempo, en zonas menos pobladas. Como reconocieron en la vista algunas de las partes que apoyan el régimen actual, es la perspectiva de una renta monopolística futura en una zona muy poblada lo que lleva a los farmacéuticos a querer instalarse inicialmente en zonas menos pobladas. Sin embargo, esto sólo sería así en el supuesto de que los servicios prestados en tales zonas poco pobladas realmente dieran prioridad a quienes los prestan a la hora de la distribución de las autorizaciones para las zonas más pobladas.

32. Como se ha explicado anteriormente, es preciso un examen más detallado de la coherencia y consistencia del Decreto para garantizar que realmente promueve dicho objetivo y que no es un resultado logrado por los farmacéuticos ya establecidos. [48] Dos elementos del Decreto plantean problemas. En primer lugar, tal régimen tendría que beneficiar a quienes abren oficinas de farmacias en zonas poco pobladas frente a quienes simplemente esperan a abrirlas en una zona rentable. Sin embargo, el punto 7 del anexo da prioridad a farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficinas de farmacia frente a quienes lo hayan sido en zonas de población inferior a 2.800 habitantes. Por otra parte, con arreglo al punto 4 del anexo, una vez que un farmacéutico abre una oficina de farmacia en una zona poco poblada, pierde el beneficio de que, a la hora de abrir otra oficina de farmacia, se valore su experiencia profesional anterior. Las repercusiones de estas disposiciones se atenúan en cierto modo por lo dispuesto en el punto 1, letra a), del anexo que atribuye más puntos al ejercicio en una zona poco poblada. Sin embargo, plantean problemas en cuanto a la coherencia y consistencia de la disposición.

33. En segundo lugar, para que se considere que la regulación persigue verdaderamente el objetivo de cobertura universal, es necesario 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

48 — Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745); de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287); de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585); de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303); de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia (C-260/04, Rec. p. I-7083), y de 17 de julio de 2008, ASM Brescia (C-347/06, Rec. p. I-5641).

explotación de sus oficinas de farmacia. Un sistema que confiere a los titulares de autorizaciones para abrir oficinas de farmacias en zonas pobladas un derecho de propiedad de tales autorizaciones y les permite venderlas o trasferirlas a quienes elijan, tiene el efecto de limitar el número de autorizaciones disponibles para quienes «cumplieron su condena» en zonas poco pobladas. Exigiría a quienes deseen trasladarse de una oficina de farmacia situada en una zona poco poblada a otra situada en una zona muy poblada pagar un precio por la correspondiente autorización, un precio que se habrá inflado para incluir el beneficio extra que las restricciones al establecimiento de oficinas de farmacia competidoras permiten que dicha oficina genere. [49] Tal sistema menoscabaría la estructura de incentivos que supuestamente sostiene un enfoque que limita el establecimiento de oficinas de farmacia para fomentar su establecimiento en zonas poco pobladas. Además, dicho sistema también supondría el enriquecimiento de determinados farmacéuticos debido a la restricción de la competencia en el sector farmacéutico; exactamente el tipo de utilización de la regulación que las libertades que garantiza el Tratado pretenden combatir. Las restricciones al derecho de establecimiento deben justificarse por exigencias de interés general y no deben ser un instrumento para el enriquecimiento privado.

34. Volviendo al tema de si el requisito de población iría más allá de lo necesario si se hubiera concebido para que los monopolios urbanos lucrativos estuvieran al alcance de operadores rurales, cabe señalar que las partes no propusieron ningún otro régimen manifiestamente preferible. La Comisión alega que, mejor que establecer un número máximo de oficinas de farmacia, Asturias debería autorizar un número mínimo de oficinas por persona e interrumpir el establecimiento de toda nueva oficina de farmacia hasta alcanzar dicho mínimo. Sin embargo, tal sistema crea un problema de actuación colectiva. Ningún farmacéutico particular tendría incentivos para abrir una oficina de farmacia rural menos rentable. Como tal, el sistema no parece poder generar un gran aumento del número de oficinas de farmacia en zonas de poca población. La Comisión hace referencia a Navarra, donde se implantó temporalmente este tipo de plan. No obstante, toda vez que el plan de Navarra fue modificado para asegurar un número máximo de oficinas de farmacia y que varias de las comarcas más pequeñas de Navarra perdieron sus oficinas de farmacia con arreglo a dicho plan, no puedo llegar a la conclusión de que Asturias sobrepasara

49 — En la vista se señaló que algunas personas pagaron precios sumamente elevados por autorizaciones para explotar oficinas de farmacia en zonas muy pobladas. El hecho de que por tales autorizaciones se puedan exigir precios tan altos es indicativo de que un régimen que pudo comenzar siendo un medio para proporcionar un sistema de servicios farmacéuticos equilibrado geográficamente se ha transformado en un mercado puramente económico, un tanto alejado de sus objetivos iniciales. Es evidente que la liberalización de tal sistema puede repercutir negativamente en aquellos que pagaron sumas considerables por autorizaciones cuyo valor fue inflado por las medidas restrictivas impuestas por las autoridades asturianas. No obstante, siempre ha ocurrido que cuando el Derecho comunitario interviene para eliminar restricciones de las libertades fundamentales, tal liberalización puede tener un impacto negativo sobre los anteriores beneficiarios de dichas restricciones. Por ejemplo, en la sentencia Centro Europa 7, el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho comunitario exigía que se permitiera a un emisor de radio emitir en las frecuencias que se le habían atribuido con arreglo a la legislación nacional sobre autorizaciones pese a la repercusión que esto tuviera en los intereses de los «ocupantes de hecho» de las mismas frecuencias (véanse los apartados 40 y 108 a 116 de la sentencia). Sin embargo, la cuestión de si, en este tipo de asuntos, tienen algún derecho que puedan reclamar de modo viable contra el Estado quienes invirtieron en dicho mercado basándose en determinadas expectativas sobre cómo se regulaba es un tema clásico de Derecho nacional que no corresponde al Tribunal de Justicia abordar.

su margen de apreciación al no adoptar tal modelo.

35. También se alegó que un modelo plenamente liberalizado ha funcionado bien en otros Estados miembros. [50] Sin embargo, constituyó un tema de fuerte controversia entre las partes y, como se ha dicho anteriormente, había pruebas contradictorias a estos efectos. En semejante contexto, yo habría alegado que un sistema que limita la apertura de nuevas oficinas de farmacia en las zonas más pobladas para fomentar su apertura en zonas menos pobladas estaría justificado si se estableciera de un modo coherente y consistente. No obstante, por las razones anteriormente expuestas, no ocurre así en un sistema como el implantado en Asturias.

36. Por lo que respecta al requisito geográfico de que no se establezca ninguna oficina de farmacia a menos de 250 metros de otra, o a menos de 250 metros de un centro sanitario público, procede examinar, primero, si este requisito es adecuado para alcanzar el objetivo de la distribución de oficinas de farmacias por todo el territorio. En primer lugar, es evidente que tal política fomenta dicha distribución al asegurar que las oficinas de farmacia no se agrupan en pequeños distritos comerciales centrales o al lado de centros sanitarios dejando otras zonas sin oficinas de farmacia. La medida no es totalmente coherente, puesto que no hay requisitos de distancia mínima por lo que respecta a zonas farmacéuticas con una sola oficina de farmacia. [51] Sin embargo, esta excepción no menoscaba la adecuación de la disposición, toda vez que no hay problemas de apiñamiento cuando sólo existe una oficina de farmacia. Además, parece razonable reconocer que en zonas tan pequeñas, el área comercial sea demasiado pequeña como para permitir que las oficinas de farmacia se dispersen.

37. La segunda justificación es que este requisito se añade a los beneficios que se obtienen por una oficina de farmacia abierta en una zona urbana, aumentando así los incentivos para que los farmacéuticos abran oficinas en zonas poco pobladas a fin de conseguir eventualmente la titularidad para desempeñar su actividad en una zona muy poblada. Por lo que respecta a este objetivo, parece que el requisito ha sido aplicado de forma coherente y consistente. Las partes no han aportado

50 — Véanse las observaciones presentadas en nombre de Blanco Pérez, Chao Gómez y Plataforma para la libre apertura de farmacias, página 38 (versión española); véanse también las observaciones escritas de la Comisión, páginas 27 y 28 (versión española).

51 — Artículo 4, apartado 2.

pruebas de excepciones recientes que minarían el objetivo declarado de la norma.

38. Más complicado es el tema de si la cifra de 250 metros va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Algunas de las partes alegan que dicha cifra está obsoleta y que no se adecua a la mayor densidad de población que existe hoy día en muchas zonas. Cabe también que este requisito favorezca a algunas oficinas de farmacia establecidas desde hace tiempo y bien situadas a expensas de otras oficinas de farmacia urbanas, reduciendo así el beneficio futuro potencial para la mayor parte de los particulares que decidan ejercer durante algún tiempo como farmacéuticos en zonas poco pobladas. La apreciación de este requisito depende de muchos factores, como la densidad de población y la distribución de la población dentro de una comunidad, y el Tribunal de Justicia no dispone de suficientes elementos que le permitan zanjar esta cuestión. Corresponde al Derecho nacional apreciar esta cuestión, a la luz de su mayor conocimiento de las circunstancias existentes en Asturias, teniendo en cuenta el grado de injerencia en el derecho de establecimiento, la naturaleza del interés público invocado y la medida en que, habida cuenta del número y la distribución de las oficinas de farmacia en Asturias y de la distribución de la población, podría alcanzarse la cobertura universal a través de medios menos restrictivos.

III. Conclusión

39. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales como sigue:

«— El artículo 43 CE se opone a una legislación nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual se requiere autorización para establecer una nueva oficina de farmacia y se da prioridad a quienes hayan ejercido en una parte del territorio del Estado miembro.