Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GERARD HOGAN
presentadas el 2 de octubre de 2019[1]

Asunto C-465/18

AV,
BU
contra
Comune di Bernareggio,
coadjuvante:
CT

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Petición de decisión prejudicial — Artículo 49 TFUE — Libertad de establecimiento — Transmisión de una farmacia municipal tras un procedimiento de licitación — Legislación nacional que otorga un derecho de adquisición preferente a los empleados de farmacias municipales — Adjudicación definitiva a un empleado que no había participado en el procedimiento de licitación, en virtud del ejercicio del derecho de adquisición preferente»

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial, presentada en el registro del Tribunal de Justicia el 16 de julio de 2018 por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), se refiere a la interpretación de los artículos 45 TFUE, 49 TFUE a 56 TFUE y 106 TFUE y de los artículos 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. La petición se enmarca en un procedimiento seguido entre AV y BU, por un lado, y el Comune di Bernareggio (Municipio de Bernareggio, Italia) y CT, por otro.

3. En el procedimiento principal, AV y BU, propietarios de una farmacia situada fuera del Municipio de Bernareggio, obtuvieron la adjudicación provisional del contrato de compraventa de una farmacia municipal al término del correspondiente procedimiento de licitación.

4. A pesar de que AV y BU habían presentado la oferta económicamente más ventajosa y habían obtenido la adjudicación provisional, se otorgó preferencia a CT, un farmacéutico empleado por la Azienda Speciale Farmacie Comunali Vimercatesi (el organismo gestor de la explotación de las farmacias municipales). Los hechos que dieron lugar a esta situación se expondrán con más detalle en las presentes conclusiones.

1 Lengua original: inglés.

5. Tras la adjudicación provisional del contrato, CT (que es empleado de la farmacia municipal en cuestión pero no había participado en el procedimiento de licitación) ejercitó por escrito el derecho de adquisición preferente que la ley otorga a los empleados de las farmacias municipales en caso de transmisión de la propiedad de estas. En consecuencia, CT obtuvo la adjudicación definitiva del contrato controvertido.

6. AV y BU impugnaron dicha adjudicación ante los tribunales italianos del orden contencioso-administrativo.

7. La petición de decisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la legalidad de una disposición nacional que otorga un derecho de adquisición preferente a los empleados en caso de transmisión de la propiedad de una farmacia municipal tras la celebración de un procedimiento de licitación.

II. Marco jurídico

A. Derecho italiano

8. El artículo 9 de la Legge 2 aprile 1968, n.º 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico (Ley n.º 475, de 2 de abril de 1968, por la que se regula el servicio farmacéutico), dispone lo siguiente:

«La propiedad de las farmacias que queden vacantes y de aquellas de nueva creación como consecuencia de la revisión del mapa farmacéutico podrá ser asumida en un 50 % por el municipio […]»

9. El artículo 12 de dicha Ley establece:

«[…]

La transmisión [de la propiedad de una farmacia] solo podrá efectuarse a favor de un farmacéutico que haya sido titular de una farmacia o que haya sido declarado apto para ello en un concurso anterior.

[…]»

10. El artículo 4 de la Legge 8 novembre 1991, n.º 362, Norme di riordino del settore farmaceutico (Ley n.º 362, de 8 de noviembre de 1991, relativa a las normas de reorganización del sector farmacéutico; en lo sucesivo, «Ley n.º 362/1991»), establece:

«1. La transmisión de las farmacias vacantes o de nueva creación que estén disponibles para su explotación por particulares se efectuará mediante concurso […]

2. Podrán participar en el concurso a que se refiere el apartado 1 los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea […] que estén inscritos en el Colegio de farmacéuticos […]»

11. A tenor del artículo 12, apartado 2, de la misma Ley:

«En caso de transmisión de la propiedad de una farmacia municipal, los empleados de esta tendrán derecho de adquisición preferente […]»

12. El artículo 2112 del Codice civile (Código Civil italiano) dispone:

«En caso de transmisión de empresa la relación laboral proseguirá con el cesionario y el trabajador conservará todos los derechos derivados de dicha relación. […]

[…]

[…] la transmisión de empresa no constituye en sí misma un motivo de despido. El trabajador cuyas condiciones laborales sufran una modificación sustancial en los tres meses posteriores a la transmisión de la empresa podrá presentar su dimisión […]»

III. Litigio principal y cuestión prejudicial

13. Mediante anuncio publicado el 31 de enero de 2014, el Municipio de Bernareggio convocó una licitación para la transmisión de una farmacia municipal.[2] Conforme a dicho anuncio, el contrato se adjudicaría al licitador que ofreciera un precio mayor. Se estableció un precio inicial de 580 000 euros para la farmacia en cuestión. No obstante, procede señalar que en el anuncio de licitación se supeditaba la transmisión de la farmacia al adjudicatario provisional a que no se ejercitara el derecho de adquisición preferente reconocido en el artículo 12, apartado 2, de la ley n.º 362/1991 por parte de, *inter alia*, ninguno de los farmacéuticos empleados por tiempo indefinido por la Azienda Speciale Farmacie Comunali Vimercatesi.

14. El 11 de marzo de 2014 el Municipio de Bernareggio adjudicó provisionalmente el contrato a AV y BU, propietarios de una farmacia situada en un municipio colindante, los cuales habían presentado la oferta económicamente más ventajosa, por una suma de 600 000 euros. Sin embargo, como ya he expuesto, una vez concluido el procedimiento de licitación se otorgó preferencia a CT, un farmacéutico empleado por la Azienda Speciale Farmacie Comunali Vimercatesi. CT, que no había participado en el procedimiento de licitación, ejerció mediante escrito de 27 de marzo de 2014 el derecho legal de adquisición preferente previsto en el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 y, en consecuencia, obtuvo la adjudicación definitiva mediante Decisión del Municipio de Bernareggio n.º 31, de 12 de mayo de 2014.

15. AV y BU impugnaron la adjudicación definitiva del contrato a CT ante el Tribunale amministrativo regionale, Lombardia-Milano (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lombardía-Milán, Italia). En su recurso alegaron, en particular, que el derecho legal de adquisición preferente otorgado por la ley a los empleados de las farmacias municipales era contrario a los principios de libre competencia e igualdad de trato consagrados por el Derecho de la Unión. En su opinión, tal derecho entraña una ventaja significativa para dichos empleados, que pueden ocupar el lugar de los participantes en un procedimiento de licitación sin siquiera participar en él, con el solo ejercicio del derecho incondicional que les otorga la ley para la celebración del contrato. AV y BU alegaron que el derecho legal de adquisición preferente no está justificado por ninguna razón legítima.

16. Al haber desestimado su recurso el Tribunale amministrativo regionale Lombardia-Milano (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lombardía-Milán), AV y BU interpusieron recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, reiterando los motivos que ya formularon en primera instancia.

2 Además de la transmisión de la propia farmacia, el anuncio contenía también condiciones referidas, en particular, al mobiliario, instalaciones, equipo y existencias de la farmacia.

17. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) observa que el derecho de adquisición preferente que otorga el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 constituye una ventaja para los empleados de las farmacias municipales en caso de que estas se transmitan a operadores privados.[3] Citando su propia sentencia n.º 5329 de 5 de octubre de 2005,[4] el órgano jurisdiccional remitente afirma que el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 responde a la necesidad de una mejor gestión de los servicios farmacéuticos y se basa en la premisa de que un farmacéutico que haya estado empleado en la farmacia municipal objeto de la transmisión podrá garantizar la continuidad y también aprovechar la experiencia acumulada en la gestión de dicha farmacia. No obstante, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) alberga dudas acerca de si el derecho de adquisición preferente está realmente justificado por auténticas razones imperiosas de interés general.

18. El órgano jurisdiccional remitente considera que el derecho de adquisición preferente es excesivo, pues el artículo 2112 del Código Civil Italiano, que transpone, entre otras disposiciones, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad,[5] garantiza, en particular, la continuidad de la relación laboral y protege todos los derechos de los trabajadores de la empresa objeto de transmisión.

19. Por otra parte, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, si la finalidad de este derecho de adquisición preferente fuera garantizar la conservación de la experiencia adquirida por el trabajador en la prestación del servicio farmacéutico, esto podría conseguirse por otros medios (por ejemplo, estableciendo en el anuncio de licitación una puntuación especial que tenga en cuenta la experiencia), sin sacrificar la competencia y la igualdad de trato.

20. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la racionalidad y la proporcionalidad de la medida en relación con los objetivos perseguidos por el derecho de adquisición preferente, pues i) en un contexto profesional altamente cualificado, en el cual la trasmisión de la farmacia solo puede efectuarse a favor de un farmacéutico inscrito en el Colegio de farmacéuticos, que tenga la cualificación requerida para ser propietario de una farmacia o que tenga una experiencia profesional de al menos dos años, no existen justificaciones válidas para reconocer un valor mayor a la experiencia en una farmacia determinada; ii) dicho derecho confiere una preferencia incondicional al trabajador, sin tener en cuenta la calidad de la gestión de la farmacia específica, y, iii) para poder beneficiarse del derecho de adquisición preferente, es suficiente la experiencia como «trabajador» de la farmacia, que no coincide necesariamente con la de «titular» de la misma, responsable de su gestión.

21. Por consiguiente, resulta dudoso, según el órgano jurisdiccional remitente, que este derecho de adquisición preferente logre un equilibrio razonable entre las necesidades del mercado libre, de la libre circulación de los servicios y de la protección del derecho a la salud. Dicho tribunal recalcó que una disposición como la controvertida en el litigio principal puede considerarse una política proteccionista que concede beneficios de forma injustificada a una categoría particular de ciudadanos respecto a otros nacionales italianos y, asimismo, respecto a nacionales de otros Estados miembros.

22. El órgano jurisdiccional remitente considera que la preferencia que otorga la ley al trabajador de la farmacia municipal constituye una restricción a la libertad de establecimiento. De este modo, discrimina al resto de aspirantes a la adjudicación, ya sean ciudadanos del mismo Estado miembro o de otros Estados miembros. Existen dudas, además, respecto a la racionalidad y proporcionalidad de la restricción que sufren los principios de protección de la competencia y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como la libertad de empresa y el libre ejercicio profesional.

3 De este modo, da preferencia a los derechos colectivos frente a los derechos particulares.

4 Sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), Sala Quinta, n.º 5329 de 5 de octubre de 2005.

5 DO 2001, L 82, p. 16.

23. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, procede tener asimismo en cuenta que la normativa en cuestión supone un obstáculo para la entrada el ingreso de posibles operadores en un mercado ya contingentado, en el cual, por un lado, el número de farmacias está limitado mediante un reparto planificado del territorio y, por el otro, la apertura de nuevas farmacias está condicionada a la adjudicación mediante concurso público y a la posterior concesión de una autorización a los adjudicatarios.

24. Por otro lado, según el órgano jurisdiccional remitente, el derecho de adquisición preferente tampoco parece que tenga como finalidad la protección de la salud, ya que no parece ser necesario para la realización del objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

25. En estas circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Se oponen los principios de libertad de establecimiento, de no discriminación, de igualdad de trato, de protección de la competencia y de libre circulación de los trabajadores, recogidos en los artículos 45 TFUE, 49 TFUE a 56 TFUE y 106 TFUE, así como en los artículos 15 y 16 de la [Carta], y el criterio de proporcionalidad y razonabilidad consagrado en ellos, a una normativa nacional, como la recogida en el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991, que, en caso de transmisión de la propiedad de la farmacia municipal, confiere un derecho de adquisición preferente a los trabajadores de dicha farmacia?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

26. Han presentado observaciones escritas AV y BU, el Municipio de Bernareggio y la Comisión Europea.

27. A solicitud de CT, que no presentó observaciones escritas, el Tribunal de Justicia, mediante resolución de 14 de mayo de 2019, decidió señalar una vista para el 3 de julio de 2019, de conformidad con el artículo 76, apartado 3, de su Reglamento de Procedimiento.

28. AV y BU, el Municipio de Bernareggio, CT y la Comisión presentaron observaciones orales en la vista celebrada el 3 de julio de 2019.

V. Disposiciones del Derecho de la Unión aplicables

29. En el presente procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente solicita una interpretación de los artículos 45 TFUE, 49 TFUE a 56 TFUE y 106 TFUE y de los artículos 15 y 16 de la Carta.

30. El procedimiento principal versa sobre un litigio entre AV y BU (ambos farmacéuticos), por un lado, y, por otro, el Municipio de Bernareggio y CT, un farmacéutico empleado por dicho municipio en la farmacia objeto de la licitación controvertida.

31. Dado que, tras la consumación de la compraventa, la farmacia va a ser explotada, bien por AV y BU o bien por CT, de forma permanente y durante un período de tiempo indefinido, considero que es de aplicación el artículo 49 TFUE, sobre la libertad de establecimiento.

32. En vista de la información que consta en el expediente ante el Tribunal de Justicia, no son pertinentes ni el artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de trabajadores, ni el artículo 56 TFUE, sobre la libre prestación de servicios.[6] Dado que los propios licitadores son nacionales italianos, no han ejercido los derechos de libre circulación que hubieran suscitado la aplicabilidad de dichas disposiciones en una situación que, en tal caso, es puramente interna del Estado italiano.

33. Por otro lado, dado que el derecho de adquisición preferente controvertido en el procedimiento principal fue ejercido por un empleado de una farmacia municipal, concretamente, CT, y que la oferta de dicho empleado prevaleció sobre la de los farmacéuticos AV y BU, no consta suficiente información ante el Tribunal de Justicia que indique que el litigio principal se refiere directa o indirectamente a la gestión de las empresas públicas (o incluso privadas) a las que el Estado miembro haya concedido derechos especiales o exclusivos, o incluso empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal con arreglo al artículo 106 TFUE.

34. Por lo que respecta al artículo 15, apartado 2, de la Carta, este dispone, en particular, que todo ciudadano tiene libertad para establecerse en cualquier Estado miembro. En el presente procedimiento, la alusión a la libertad de ejercer el derecho de establecimiento debe entenderse en el sentido de que el artículo 15, apartado 2, de la Carta se refiere, entre otras normas, al artículo 49 TFUE.[7] En mi opinión, cuando una normativa nacional es conforme con el artículo 49 TFUE también lo es con el artículo 15, apartado 2, de la Carta.[8]

35. Además, el artículo 16 de la Carta dispone que «se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Así, para determinar el alcance de la libertad de empresa, este artículo de la Carta se remite específicamente al Derecho de la Unión. Dicha referencia al Derecho de la Unión Europea debe entenderse, en el presente procedimiento, en el sentido de que el artículo 16 de la Carta se remite, a su vez, al artículo 49 TFUE.

36. En vista de todo lo anterior, y habida cuenta de que la cuestión prejudicial se refiere, en realidad, solo a la libertad de establecimiento, considero que la legislación nacional controvertida en el procedimiento principal debe evaluarse atendiendo al artículo 49 TFUE,[9] únicamente.[10]

VI. Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

37. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que todos los elementos del litigio principal se circunscriben al interior de un solo Estado miembro, a saber, la República Italiana.

6 Además, habida cuenta del artículo 2, letra f), de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO 2006, L 376, p. 36), que excluye de su ámbito de aplicación todos los servicios sanitarios, considero que dicha Directiva no es aplicable al presente procedimiento.

7 En efecto, el artículo 52, apartado 2, de la Carta dispone que los derechos reconocidos por esta que constituyan disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos (véase la sentencia de 7 de abril de 2016, ONEm y M, C-284/15, EU:C:2016:220), apartado 33.

8 Véase, por analogía, la sentencia de 7 de abril de 2016, ONEm y M (C-284/15, EU:C:2016:220), apartados 33 y 34.

9 Y a las excepciones a este artículo que disponen el artículo 52 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las justificaciones por razones imperiosas de interés general.

10 Sentencia de 13 de febrero de 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), apartados 22 y 23.

38. A este respecto, es preciso observar que, conforme a reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Tratado FUE en materia de libertad de establecimiento no son aplicables a una situación en la que todos los elementos están circunscritos al interior de un único Estado miembro. [11] Además, para que el artículo 49 TFUE pueda aplicarse en materia de contratos públicos a actividades en las que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un solo Estado miembro, se exige que el contrato controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto. [12]

39. En mi opinión, el órgano jurisdiccional remitente no ha realizado apreciaciones de hecho concretas que permitan al Tribunal de Justicia dilucidar si en el procedimiento principal existe un interés transfronterizo cierto en la adquisición de farmacias municipales en Italia. [13] No obstante, el órgano jurisdiccional remitente ha observado que el procedimiento de licitación controvertido estuvo abierto, conforme al Derecho nacional, a todos aquellos adultos de la Unión colegiados como farmacéuticos y, acogiéndose a las sentencias de 13 de febrero de 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), y de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300), apartado 40, ha declarado que la legislación nacional de que se trata podría tener efectos transfronterizos. Además, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se ha referido, en particular, a la normativa de la Unión relativa al reconocimiento de las cualificaciones farmacéuticas. [14]

40. Pese a la ausencia de apreciaciones de hecho concretas en la petición de decisión prejudicial a este respeto, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia ha considerado admisibles solicitudes de petición prejudicial relativas a la interpretación de disposiciones de los Tratados en materia de libertades fundamentales aun cuando todos los elementos del litigio principal se confinaban, por lo demás, al interior de un mismo Estado miembro. El Tribunal de Justicia ha adoptado esta postura en tales casos basándose en el argumento de que no cabía excluir que nacionales establecidos en otros Estados miembros hubieran estado o estuvieran interesados en hacer uso de esas libertades para ejercer actividades en el territorio del Estado miembro que aprobó la normativa nacional en cuestión y, por lo tanto, que esta normativa, aplicable indistintamente a los nacionales de ese Estado y a los nacionales de otros Estados miembros, pudiera producir efectos que no estuvieran circunscritos a ese Estado miembro. [15]

11 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 47 y jurisprudencia citada. En los apartados 50 a 53 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia hizo referencia a las cuatro situaciones en que, no obstante, para la resolución del litigio principal puede ser necesario interpretar las disposiciones de los Tratados relativas a las libertades fundamentales, aunque todos los elementos de los litigios principales estuvieran circunscritos al interior de un único Estado miembro, de manera que el Tribunal de Justicia pueda apreciar la admisibilidad de tales peticiones de decisión prejudicial.

12 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartado 46.

13 Tal y como se desprende del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en la versión que entró en vigor el 1 de noviembre de 2012, el Tribunal de Justicia debe poder hallar en una petición de decisión prejudicial una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones, así como de la relación que existe, en particular, entre tales datos y las cuestiones. Por consiguiente, la comprobación de los elementos necesarios que permitan verificar la existencia de un interés transfronterizo cierto, así como, en general, el conjunto de comprobaciones que incumbe realizar a los órganos jurisdiccionales nacionales y de las que depende la aplicabilidad de un acto de Derecho derivado o del Derecho primario de la Unión, deberían efectuarse con carácter previo a la remisión al Tribunal de Justicia. Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n.º 5 «Spezzino» y otros (C-113/13, EU:C:2014:2440), apartado 46.

14 Véase, por ejemplo, la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO 2013, L 354, p. 132).

15 Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 50 y jurisprudencia citada. Quisiera señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha tenido en cuenta expresamente esta jurisprudencia para justificar la relevancia transfronteriza de su cuestión prejudicial.

41. En mi opinión, dado que una disposición nacional como el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991, conforme a su tenor literal, se aplica tanto a nacionales italianos como a nacionales de otros Estados miembros, es muy posible que haya farmacéuticos de Estados miembros distintos de la República Italiana que hayan estado o estén interesados en adquirir y explotar una farmacia municipal en dicho país y que, por tanto, el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 afecte a los intercambios comerciales dentro de la Unión. [16]

42. Por otro lado, procede recordar que, aunque un litigio se refiera a nacionales de un mismo Estado miembro, presentará un elemento de conexión con el artículo 49 TFUE que puede hacer necesaria la interpretación de esta disposición para la resolución del litigio por el órgano jurisdiccional remitente cuando el Derecho nacional obligue al órgano jurisdiccional remitente a conceder a dichos nacionales los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a los nacionales de otros Estados miembros que se hallen en la misma situación. [17]

43. A este respecto, la Comisión ha indicado en sus observaciones escritas y en la vista oral, sin ser contradicha por las demás partes, que la legislación italiana prohíbe la discriminación inversa contra los nacionales italianos.

44. Por lo tanto, según parece, el Derecho italiano exige al órgano jurisdiccional remitente otorgar a un nacional italiano los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de otro Estado miembro que se halle en la misma situación. [18]

45. En consecuencia, la cuestión prejudicial es admisible en la medida en que se refiere al artículo 49 TFUE, sobre la libertad de establecimiento.

VII. Análisis del fondo de la cuestión prejudicial

46. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. [19]

47. Habida cuenta del tiempo, esfuerzo y dinero que exige la participación en un procedimiento de licitación, no cabe duda de que un derecho de adquisición preferente como el controvertido en el procedimiento principal puede sin duda disuadir a los farmacéuticos de otros Estados miembros de participar en dicho procedimiento. A este respecto, aunque un farmacéutico de otro Estado miembro haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, no tendrá ninguna garantía de obtener la adjudicación, debido a que un empleado de la farmacia municipal, mediante el ejercicio de su derecho de adquisición preferente e igualando dicha oferta, puede efectivamente imponer la suya propia. [20] Por lo tanto, queda patente que el derecho nacional de adquisición preferente de que aquí se trata confiere una ventaja selectiva a cualquier empleado de la farmacia municipal que desee ejercer dicho derecho, aun a expensas del licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

16 En su sentencia de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, EU:C:2010:300), apartado 40, el Tribunal de Justicia declaró que no se podía excluir de ningún modo que nacionales establecidos en Estados miembros distintos del Reino de España estuviesen o hubiesen estado interesados en explotar farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias. Véase también, por analogía, la sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133), apartados 22 a 24, en relación con la distribución de carburantes.

17 Sentencia de 14 de noviembre de 2018, Memoria y Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906), apartado 23.

18 Véanse las sentencias de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), apartado 52, y de 10 de mayo de 2012, Duomo Gpa y otros (C-357/10 a C-359/10, EU:C:2012:283), apartado 28.

19 Sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133), apartado 43 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, EU:C:2009:316), apartado 22.

20 Es preciso señalar que en el procedimiento principal la forma de ejercicio del derecho de adquisición preferente se estableció expresamente en el anuncio de licitación.

48. En mi opinión, el efecto del derecho de adquisición preferente previsto en el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 es el de obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio del derecho que asiste a los farmacéuticos de otros Estados miembros a participar en procedimientos de licitación para la adquisición de una farmacia municipal en la República Italiana. De este modo, tal derecho de adquisición preferente obstaculiza o hace menos atractivo el ejercicio, por parte de los farmacéuticos de otros Estados miembros, de sus actividades de libre circulación en el territorio italiano a través de un establecimiento permanente.

49. En consecuencia, considero que una disposición nacional como el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991, controvertida en el asunto principal ante el órgano jurisdiccional remitente, constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE. En tales circunstancias, es preciso examinar en qué medida la disposición nacional controvertida en el asunto principal puede admitirse por una de las razones mencionadas en el artículo 52 TFUE, apartado 1, o justificarse, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por razones imperiosas de interés general. De esta cuestión me voy a ocupar a continuación.

A. Sobre la justificación de la restricción de la libertad de establecimiento

50. Del artículo 52 TFUE, apartado 1, se deduce que la protección del orden público y de la seguridad y salud públicas puede justificar restricciones a la libertad de establecimiento.

51. Además, según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre y cuando sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. [21]

52. Del expediente que obra ante el Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 se aplica sin discriminación por razón de la nacionalidad.

53. Dado que incumbe al órgano jurisdiccional remitente, en el marco de un asunto sometido al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE, identificar los objetivos de la legislación nacional controvertida que puedan justificar restricciones a la libertad de establecimiento, [22] el órgano jurisdiccional remitente [23] ha afirmado de forma sumaria que el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 responde a la necesidad de una mejor gestión de los servicios farmacéuticos y parte de la premisa de que un farmacéutico que haya estado trabajando en la farmacia municipal objeto de la transmisión podrá garantizar la continuidad y también aprovechar la experiencia acumulada en la gestión de dicha farmacia. [24]

21 Véase la sentencia de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, EU:C:2009:316), apartado 25 y jurisprudencia citada.

22 Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Venturini y otros (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791), apartado 39 y jurisprudencia citada.

23 Tal como se expone en el punto 17 de las presentes conclusiones.

24 En sus observaciones escritas, el Municipio de Bernareggio se remitió a la sentencia del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), Sala Quinta, n.º 5329, de 5 de octubre de 2005, en la que dicho tribunal declaró que el procedimiento de licitación previsto en el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 tiene por objeto, en particular, obtener el máximo beneficio de la privatización de que se trate. El artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 establece las condiciones en que debe ejercerse el derecho de adquisición preferente. Dicho derecho, que otorga preferencia al empleado de la farmacia municipal, pretende proteger a los farmacéuticos asalariados y garantizar una gestión óptima de la farmacia.

54. En vista de tal explicación, una disposición como la controvertida en el procedimiento principal aparentemente persigue el objetivo de proteger la salud pública, lo cual en principio justifica las restricciones a la libertad de establecimiento con arreglo al artículo 52 TFUE, apartado 1.[25] Más concretamente, en su sentencia de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, EU:C:2009:316), apartado 28, el Tribunal de Justicia declaró que las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

55. No obstante, es necesario determinar si una disposición como el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 es adecuada para la consecución de dicho objetivo y, en tal caso, si la restricción de la libertad de establecimiento no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido, es decir, si no existen medidas menos restrictivas para lograrlo.[26]

56. En cuanto a la necesidad de garantizar la continuidad a la que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, no está del todo claro si de lo que se trata es de la necesidad de garantizar la continuidad del empleo de los farmacéuticos de las farmacias municipales a fin de proteger sus derechos en caso de traspaso de la farmacia,[27] o bien (como me inclino a pensar) la continuidad del empleo de los farmacéuticos de las farmacias municipales a fin de garantizar la continuidad del servicio o el nivel del servicio prestado por dicha farmacia a la población.

57. En mi opinión, el objetivo de garantizar la continuidad del empleo de los farmacéuticos de las farmacias municipales a fin de proteger sus derechos en caso de traspaso de la farmacia se basa en consideraciones de empleo y de carácter social, no de salud pública. Por lo tanto, en las circunstancias del procedimiento principal este objetivo no sirve para justificar, por razones de salud pública en virtud del artículo 52 TFUE, apartado 1, las restricciones a la libertad de establecimiento impuestas por la legislación nacional controvertida en el procedimiento principal.

58. Además, en caso de que dicho objetivo pueda estar justificado por razones imperiosas de interés general, como la protección de los derechos de los trabajadores frente al despido en caso de traspaso de una farmacia municipal, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que la consecución de dicho objetivo ya la asegura el artículo 2112 del Código Civil italiano, que, entre otras disposiciones, transpone la Directiva 2001/23, que se ocupa de tal protección. En tales circunstancias, si este fuera realmente el objetivo, una disposición nacional como el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991 iría más allá de lo necesario para alcanzarlo y no podría justificarse aludiendo a dicho objetivo.

25 El artículo 168 TFUE, apartado 1, y el artículo 35 de la Carta, a cuyo tenor, en particular, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión Europea se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana, confirman la importancia del objetivo de proteger la salud pública. Véase, en este sentido la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Venturini y otros (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791), apartados 40 y 41 y la jurisprudencia citada. Es jurisprudencia asentada que el objetivo consistente en mantener la calidad de los servicios médicos, como son los servicios farmacéuticos, puede acogerse a una de las excepciones previstas en el artículo 52 TFUE, apartado 1, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Sentencia de 16 de diciembre de 2010, Comisión/Francia (C-89/09, EU:C:2010:772), apartado 53 y jurisprudencia citada.

26 Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la apreciación de la observancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de la salud pública, procede tener en cuenta que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que este puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación. Sentencia de 5 de diciembre de 2013, Venturini y otros (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791), apartado 59 y jurisprudencia citada.

27 Probablemente este no sea el objetivo de la disposición nacional controvertida, pues el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha aludido a este respecto a la «mejor gestión de los servicios farmacéuticos». No obstante, en aras de la integridad voy a ocuparme también de esta opción.

59. Por lo que respecta al objetivo de garantizar la continuidad del empleo de los farmacéuticos empleados por las farmacias municipales a fin de asegurar la continuidad del servicio o el nivel de servicio prestado por dichas farmacias a la población y, en último término, conseguir una mejor gestión de los servicios farmacéuticos, es preciso recalcar que, conforme al expediente que obra ante el Tribunal de Justicia, tanto AV y BU como CT son farmacéuticos cualificados. [28]

60. Además, AV y BU estaban cualificados a todos los efectos, con arreglo a la legislación italiana, para comprar y explotar la farmacia controvertida en el procedimiento principal, tal como revela el hecho de que les fuese adjudicado provisionalmente el contrato de compraventa.

61. Por lo tanto, parece que la única diferencia entre los farmacéuticos de que aquí se trata, en cuanto a cualificación o experiencia profesional, que se tuvo en cuenta en la efectiva adjudicación definitiva de la licitación fue el hecho de que en el momento pertinente CT era empleado de la farmacia municipal y ejercitó su derecho de adquisición preferente.

62. Por otro lado, el expediente que obra ante el Tribunal de Justicia no indica las razones por las que otro farmacéutico con las mismas cualificaciones y experiencia que CT no podría garantizar la continuidad, ni por las que un farmacéutico previamente empleado por el municipio no podría continuar en ese mismo empleo con el nuevo propietario de la farmacia. [29]

63. Tanto el Municipio de Bernareggio como CT subrayan que este en realidad no era un mero empleado de la farmacia municipal, sino que, de hecho, durante muchos años se hizo cargo de la gestión de la farmacia y de sus existencias.

64. Si bien esto puede ser perfectamente cierto, da la impresión, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente, de que el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991, aparte de exigir que el farmacéutico esté colegiado o cuente con la cualificación exigida en un concurso anterior, no tiene en cuenta el número de años que el farmacéutico lleve empleado en la farmacia municipal, la calidad del servicio prestado por dicho farmacéutico o si este actuó como mero empleado o desempeñó funciones de gestión. En efecto, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991, el derecho de adquisición preferente opera automáticamente.

65. Por lo tanto, conforme al expediente que obra ante el Tribunal de Justicia y sin perjuicio de la comprobación que haga el órgano jurisdiccional remitente, la legislación nacional controvertida no exige que se comparen las cualificaciones y la experiencia de los farmacéuticos ni que estas se ponderen en modo alguno durante el procedimiento de licitación. De hecho, CT ni siquiera participó en el procedimiento de licitación salvo para ejercer el derecho de adquisición preferente que le concede el artículo 12, apartado 2, de la Ley n.º 362/1991.

66. Si, por otro lado, el objetivo de la disposición era favorecer la continuidad de los servicios farmacéuticos, no resulta fácil entender por qué se aplica solo a la venta de las farmacias municipales y no también a otros tipos de farmacias de titularidad privada. [30]

28 El Tribunal de Justicia ha llamado la atención sobre el peculiar carácter de los medicamentos, cuyos efectos terapéuticos los distinguen sustancialmente de otras mercancías (sentencia de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-172/07, EU:C:2009:316), apartado 31. Ha admitido, en particular, que los Estados miembros pueden someter a las personas encargadas de la distribución de medicamentos al por menor a requisitos estrictos en lo que atañe, en particular, a las modalidades de comercialización de los medicamentos y a la obtención de beneficios. Concretamente, pueden reservar la venta de medicamentos al por menor, en principio, exclusivamente a los farmacéuticos, debido a las garantías que estos deben presentar y a la información que deben ser capaces de proporcionar al consumidor. Véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia (C-531/06, EU:C:2009:315), apartado 58.

29 Véase, a este respecto, el artículo 2112 del Código Civil italiano, que, según el órgano jurisdiccional remitente, transpone, entre otras normas, la Directiva 2001/23.

30 Con esto no pretendo sugerir que una normativa como esta, que se aplicase indistintamente a la venta de todas las farmacias, sería conforme con las exigencias del artículo 52 TFUE.

67. Por lo tanto, considero que no hay prueba alguna en el expediente que obra ante el Tribunal de Justicia de que la finalidad perseguida por la disposición nacional controvertida, aludida por el órgano jurisdiccional remitente para justificar las restricciones a la libertad de establecimiento por razones imperiosas de interés general con arreglo al artículo 52 TFUE, apartado 1, sea adecuada a tal fin, y, en cualquier caso, de existir, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo propuesto. Por todos los motivos expuestos en las presentes conclusiones, soy del parecer de que la disposición no cumple ningún objetivo evidente de salud pública y, en todo caso, los medios empleados son manifiestamente desproporcionados para cualquier fin de ese tipo.

68. De todo lo anterior se desprende que la respuesta a la cuestión prejudicial ha de ser que el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de transmisión de la propiedad de una farmacia municipal, otorga un derecho de adquisición preferente a los empleados de dicha farmacia.

VIII. Conclusión

69. A la vista del conjunto de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) del modo siguiente:

«El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de transmisión de la propiedad de una farmacia municipal, otorga un derecho de adquisición preferente a los empleados de dicha farmacia.»