

Un caso para reflexionar sobre la liberalización o el control público en la prestación de servicios

JUAN ÁLVAREZ-SALA

Las farmacias y el Tribunal de Luxemburgo

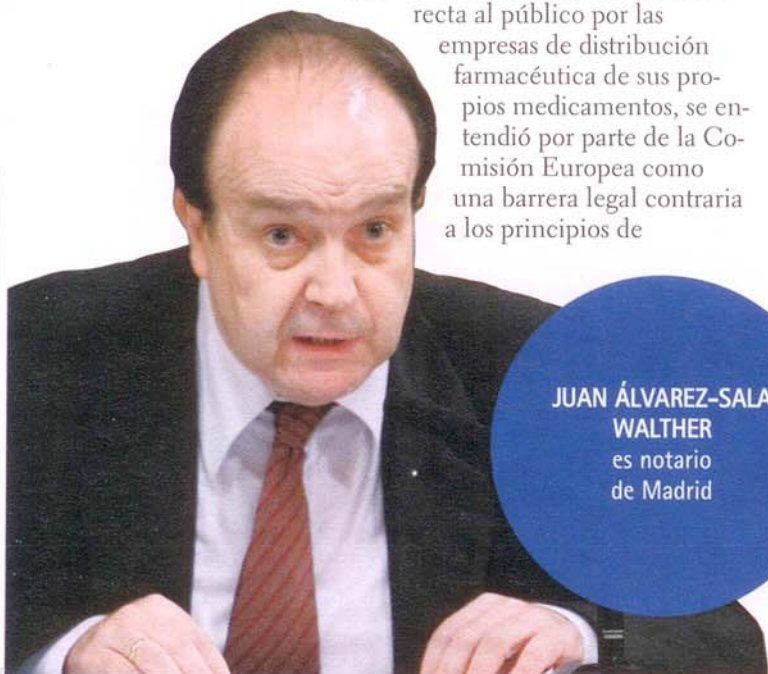
Desde hace varios años, las empresas distribuidoras de medicamentos vinculadas a la poderosa industria farmacéutica sostienen un fuerte pulso en algunos países europeos con el colectivo profesional de los farmacéuticos. El fondo de la disputa es, en realidad, la lucha por el control del comercio minorista. Desde los despachos de la Comisión Europea en torno a los que pululan los lobbys de Bruselas se tomó la decisión de combatir la normativa de farmacias vigente en algunos Estados europeos (como Francia, Italia, Grecia, Letonia, Austria y también España), contraria al liberalismo del modelo anglosajón aplicado en otros territorios de la Unión. La exigencia, conforme a esa normativa, de estar en posesión del título profesional de farmacéutico como requisito *sine qua non* para acceder al derecho de explotación de una farmacia, con el consiguiente veto de la expendedoría directa al público por las

empresas de distribución farmacéutica de sus propios medicamentos, se entendió por parte de la Comisión Europea como una barrera legal contraria a los principios de

libre circulación que informan el mercado comunitario. La Comisión interpuso un recurso en el año 2006 ante el Tribunal de Luxemburgo contra la República Italiana, impugnando el denominado en Italia "Decreto Bersani", que contenía una normativa semejante. Tres años más tarde el Alto Tribunal ha dictado su sentencia. Y el conflicto se ha dirimido en una especie de "David contra Goliath" a favor del profesional farmacéutico y en contra de los intereses de una industria todopoderosa dominada por las grandes multinacionales. La cuestión importa, claro está, a los asustados boticarios, que veían su futuro seriamente comprometido. Pero también se trata, más allá de las partes en conflicto, de una resolución que interesa de modo general por los pronunciamientos que aporta a una discusión inacabable como es la de hasta qué punto el mercado debe o no quedar unido al yugo regulador del Estado.

Desde los despachos de la Comisión Europea en torno a los que pululan los lobbys de Bruselas se tomó la decisión de combatir la normativa de farmacias vigente en algunos Estados europeos (como Francia, Italia, Grecia, Letonia, Austria y también España), contraria al liberalismo del modelo anglosajón aplicado en otros territorios de la Unión

Tanto desde los postulados marxistas como desde la derecha neoliberal se ha debatido hasta la saciedad acerca de la legitimidad del Estado para intervenir en la economía. Bibliotecas enteras giran en torno a este dilema. Según el ideario marxista, como es sabido, Derecho y Estado no son sino mecanismos de dominación para consolidar un sistema económi-



JUAN ÁLVAREZ-SALA WALTHER es notario de Madrid

co no igualitario, el aparato o la superestructura al servicio de la clase capitalista capaz de asegurar las desigualdades. Todavía hoy, para una mentalidad de izquierdas, quizá por el recelo atávico frente a los oficios públicos del Antiguo Régimen, la burocracia administrativa o el funcionario, incluso las organizaciones públicas profesionales, siguen estando, en el fondo, bajo sospecha, impregnados de un corporativismo reaccionario que frena las libertades. Pero la liquidación del Estado y sus prolongaciones institucionales, curiosamente, también se propugna desde un planteamiento liberal conservador. Conforme a la mentalidad *neocon* todavía triunfante en tantos foros, el remedio a todos los males consiste en un "Estado mínimo" que permita al mercado *autorregularse* en libre competencia, sin corsés normativos. La bonanza económica pasa por el desmantelamiento de la burocracia y la eliminación de todo recorte administrativo que obstaculice la competitividad.

Al final, la crítica al Estado preconizada desde la izquierda y la derecha ha propiciado su deslegitimación como regulador económico. En este momento histórico la globalización de la economía ha venido a debilitar, todavía aun más, la fuerza reguladora del Estado. Ni las predicciones más pesimistas podían augurar, al término de la secuencia actual, el cataclismo económico provocado como consecuencia de la desregulación de los mercados bajo una sofisticación pseudointelectual que sólo ha dado pábulo a la confusión. La profunda crisis económica por la que atravesamos obliga hoy a un replanteamiento del intervencionismo público sobre la economía. "Más intervención, más regulación y mayor protección para los consumidores"... proponía el Secretario del Tesoro norteamericano Timothy Geithner, al anunciar a bombo y platillo, hace unos días, el llamado "Plan Obama", que pretende, como remedio frente a la crisis, reforzar notablemente el marco regulador y la supervisión de los operadores económicos y ...



supone (como se ha dicho) “la mayor reforma del sistema desde la Gran Depresión”¹. También una importante corriente intelectual de izquierda -representada en España, entre otros, principalmente por Elías Díaz- postuló, hace décadas ya, sin radicalismos y desde una visión plural de las funciones del Estado, su legitimidad como elemento regulador del mercado y corrector de desigualdades en una democracia de propietarios. Como escribe Julián Sauquillo en un interesante artículo² (todavía en prensa), “*hemos declinado mayoritariamente subrayar el poder regulador de la virtud profesional o de las normas jurídicas y de la administración -muchas veces los sociólogos del derecho han priorizado las prácticas de los operadores económicos sobre las morosas y ralentizadas modificaciones legales- para entronizar el poder selectivo y depurador de la mera competencia*”.

Pero ese tópico de la supresión de trámites en aras de la agilidad económica pende ahora, en nuestro país, sobre una extensa la banda del sector servicios, incluidos los colegios profesionales. Los medios de comunicación daban noticia, esta semana atrás, de que el Gobierno baraja la eliminación de costes burocráticos y la liberalización de un amplio espectro de actividades económicas a través de un conjunto de medidas legislativas, en una especie de ley *omnibus* (cuyo proyecto se ha remitido ya a las Cortes), a fin de incentivar la competencia en los servicios. El turno de la liberalización del sector servicios llega ahora a nuestro país, en realidad, por imperativo de la normativa comunitaria, en particular, de la llamada Directiva “Bolkenstein” o Directiva sobre “servicios en el mercado interior”, aprobada en diciembre de 2006, cuyo plazo de adaptación expira en diciembre de 2009.

La Directiva garantiza la libre circulación de servicios en un espacio sin fronteras interiores. Ello significa una libertad de acceso a la actividad y de ejercicio o establecimiento para la prestación del servicio que los Estados miembros no pueden supeditar en sus respectivos territorios a la exigencia o el cumplimiento de requisitos que no respondan a razones de interés público, aparte de tener que respetar, además, los principios de no discriminación y de proporcionalidad o adecuación “para lograr el objetivo que se persigue sin ir más allá de lo necesario para conseguirlo” (art. 16). Esta interdicción no alcanza, según la Directiva, a cues-

tiones lingüísticas, sí impone la simplificación de procedimientos y el modelo de una ventanilla única, incluso electrónica.

Tanto desde los postulados marxistas como desde la derecha neoliberal se ha debatido hasta la saciedad acerca de la legitimidad del Estado para intervenir en la economía

Aunque la Directiva supone, sin duda, un gran paso adelante en la liberalización del sector servicios, la libre circulación que proclama no es absoluta, sino que se regula repleta de excepciones y salvedades. No se aplica así a “las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado” ni a “los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración” o a “los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario”. Tampoco a la actividad de los abogados, objeto dentro del Derecho comunitario de una regulación específica propia. Otros muchos servicios y actividades caen también fuera de la Directiva, según una lista detallada. Pero quizá más importante sea la excepción que se formula de modo genérico, al establecer que los servicios de interés público o general quedan fuera de su alcance. Incluso la misma Directiva reconoce (en su artículo 1º) la libertad de los Estados miembros para definir lo que consideren servicios de interés general, cómo deben organizarse y financiarse y a qué obligaciones específicas deben supeditarse. La Directiva europea de servicios supone, en suma, una liberalización no radical, sino matizada, que va permitir la imposición de controles públicos sobre el mercado de prestación de servicios, siempre que sea por razones de interés general. Conviene no olvidarlo.

Ese mercado interior de servicios lo tenemos ya a las puertas del año que viene, una vez concluya el plazo para adaptar su Derecho interno concedido hasta entonces a los Estados miembros. El Gobierno español probablemente ha querido aprovechar la traspolación de la Directiva como punta de lanza para arremeter contra la crisis económica, en un esfuerzo por dar un mayor impulso competitivo y un empujón definitivo a un mercado, como es el del sector servicios, que (según datos publicados³)

¹ Vid. Diario EL PAÍS de 21 de junio de 2009.

² Elías Díaz y los “críticos izquierdistas”: a propósito del papel del Estado en las relaciones económicas. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (R.J.U.A.M.), en prensa.

³ Vid. Diario EL PAÍS de 12 de junio de 2009.



El fondo de la disputa es la hecha por el control minorista.

concentra cerca del 70% del empleo y el 65% del PIB. Con el paquete de medidas legislativas remitido a las Cortes bajo esa "ley paraguas" o "ley omnibus", cuyo proyecto acaba de aprobar el Consejo de Ministros, se pretende liberalizar, además del mercado de servicios, los transportes, las telecomunicaciones, la construcción, la sanidad y otros muchos ámbitos de la actividad económica, en un empeño por eliminar trámites y obstáculos administrativos que va a suponer una reforma de cerca de cincuenta leyes y más de un centenar de decretos. Como resultado de todo ello, el Ministerio de Economía confía incrementar la productividad con una subida del 1'2% del PIB y crear entre 150.000 y 200.000 empleos⁴. El recorte de trámites administrativos se quiere además unificar territorialmente. Ya no será necesario un permiso distinto en cada comunidad autónoma, como ocurrió, por ejemplo, en materia de caza y costó la dimisión de un ministro de justicia. Dentro del objetivo general de simplificación de procedimientos también se va imponer el juego del silencio administrativo en sentido positivo como nueva regla a favor del administrado (algo a tener en cuenta en el recurso gubernativo contra la calificación registral).

⁴ *Ibidem.*

La crítica al Estado preconizada desde la izquierda y la derecha ha propiciado su deslegitimación como regulador económico. En este momento histórico la globalización de la economía ha venido a debilitar, todavía aun más, la fuerza reguladora del Estado

Ante este nuevo panorama legislativo todavía en proyecto, sin embargo, no faltan voces de alarma previniendo, por encima de las ventajas, contra los peligros de una desregulación generalizada de la prestación de servicios. Las primeras protestas han salido de los colegios profesionales. El mero incremento de la competitividad no puede servir de excusa para prescindir de exigencias administrativas que respondan a razones de interés general. La dispensa de una autorización gubernativa o del requisito de inscripción en un registro administrativo o de una colegiación obligatoria y su sustitución por una simple declaración responsable para la prestación del servicio, como la prevista en el proyecto, puede resultar una medi- ...

da de menor eficacia tuitiva para los consumidores en actividades económicas tan variopintas pero vitales, si leemos el proyecto, como la instalación de ascensores o aparatos de calefacción, dirección de autoescuelas, recogida de residuos, empresas de mensajería, comercializadores de gas o electricidad, etc... Piénsese que la propuesta de liberalización generalizada del mercado de servicios, con apoyo en un Informe de la Comisión Nacional de Competencia, surge de un anteproyecto del Ministerio de Economía forjado (igual que la Directiva) en vísperas de la crisis. No es de extrañar -con lo que ha llovido desde entonces- que su radicalismo inicial se haya atemperado algo en el proyecto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros y que, previsiblemente, se modere aún más a su paso por las Cortes. Prueba de ello ha sido, ante la reacción de las profesiones colegiadas, que la libertad de colegiación proclamada en el anteproyecto se postergue ahora, según una de las disposiciones transitorias, hasta la promulgación de una futura ley que regule qué profesiones serán de colegiación obligatoria o voluntaria.

Aunque la Directiva supone, sin duda, un gran paso adelante en la liberalización del sector servicios, la libre circulación que proclama no es absoluta, sino que se regula repleta de excepciones y salvedades

Dentro de todo este contexto, la reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo, dictada el pasado 19 de mayo para dirimir el conflicto de si la intervención pública de las oficinas de farmacia está o no justificada en el ámbito comunitario, constituye ahora una referencia que no puede llegar en momento más oportuno. Sus consideraciones pueden proporcionar un criterio sumamente ilustrativo, hasta el punto de que interese trasladar aquí algunos párrafos entresacados de sus razonamientos jurídicos.

La normativa en discordia motivo del recurso, como se ha dicho, reservaba en Italia el derecho a explotar una farmacia privada minorista exclusivamente a las personas físicas provistas del título de farmacéutico y a las sociedades de explotación compuestas únicamente por socios farmacéuticos. La Comisión demandante alegó infracción de los artículos 43 CE y 56 CE, que establecen el principio de libertad de establecimiento (corolario de la libertad de prestación de servicios del art. 49 CE) y de libre circulación de capitales. Según su argumentación, una restricción de tales principios sólo podría justificarse por razones imperiosas de interés gene-

ral, como es, en efecto, el objetivo de protección de la salud pública, pero el principio de exclusión de no farmacéuticos no es adecuado ni proporcional y con él la citada normativa va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública, ya que éste puede lograrse a través de medidas menos restrictivas de las libertades garantizadas por los artículos 43 CE y 56 CE, como la presencia obligatoria de un farmacéutico en la oficina de farmacia, la obligación de contratar un seguro o un sistema de controles adecuados y sanciones específicas.

La Sala sentenciadora confirma que las restricciones legales para la apertura y llevanza de una oficina farmacéutica protegen, en efecto, un interés general, pero agrega que éste no es sólo la preservación de la salud pública, garantizando cierto nivel de seguridad y calidad en el abastecimiento de medicamentos a la población, sino también (curiosamente) la preservación del equilibrio financiero de una Seguridad Social, también pública, que, como ocurre en algunos Estados miembros, asume mayormente la financiación de los medicamentos prescritos, requiriéndose así medidas que rebajen el riesgo de dispendio o derroche de una comercialización sólo con ánimo de lucro.

En este sentido, según razona el Tribunal, la norma de excluir al frente de una farmacia a quien no sea farmacéutico puede convenir a ese interés general, tanto de salud pública como de ahorro público, cuyo grado de protección compete definir a los Estados miembros. Con una medida semejante se trata de garantizar, a través de la acreditación técnica e independencia profesional del farmacéutico, como titular de la farmacia, la prestación de una información adecuada a los consumidores en una materia, como es la ingestión de fármacos, cuyo carácter nocivo o beneficioso es incapaz de advertir el propio paciente durante su administración, al tiempo que esa profesionalidad del titular de la farmacia sirve también de freno al ánimo de lucro y a una concepción puramente comercial de la farmacia. Como dice la sentencia, el interés privado del farmacéutico en la obtención de beneficios está mitigado por su formación, su experiencia profesional y la responsabilidad que le corresponde, ya que una eventual infracción de las normas legales o deontológicas no sólo pondría en peligro el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional.

Por el contrario, una farmacia en manos de un fabricante o mayorista de medicamentos estaría bajo sospecha, aunque se gestionase a través de un farmacéutico contratado, cuya independencia profesional -reconoce la sentencia- se vería anulada

por su sujeción como trabajador por cuenta ajena a las instrucciones del patrón del negocio. Piénsese en el riesgo de que los fabricantes o distribuidores de productos farmacéuticos tratasen de promocionarlos a través de sus propias farmacias o de venderlos cuanto antes porque su almacenamiento ya no fuese rentable. El Tribunal lo señala y concluye que la norma restrictiva impugnada, en cuanto al objetivo que persigue, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo, respetando así los principios de adecuación y proporcionalidad. La solución alternativa, que sugiere la Comisión demandante, de contratación de un seguro de daños para indemnizar al paciente, nunca sería, según la Sala, una medida de eficacia equivalente, aparte de su incidencia sólo *a posteriori*.

Quizá detrás de esta sentencia despunta ya una nueva mentalidad. La crisis económica ha puesto en solfa la visión beatífica del mercado. Se ha perdido la confianza en la supuesta racionalidad de la dinámica económica que imaginó Max Weber. Como se ha demostrado, la autorregulación del mercado es su desregulación. Si hay una salida a la crisis, como se señala ya en Estados Unidos, pasa por el reforzamiento y la proliferación de medidas de control y supervisión sobre las actividades económicas y una mejora de la información —es decir, una información veraz— a los consumidores, algo que no se confunde con suprimir la interdicción de publicidad de las profesiones colegiadas y

sólo se garantiza plenamente desde la independencia profesional. La sociedad civil se vertebra en multitud de profesiones y oficios, sus sindicatos, colegios y corporaciones, con sus propios regímenes de acreditación y sistemas de cualificación, baremos económicos y normas deontológicas. Un complicado aparato regulador asumido y depurado históricamente por el Estado. Desarticular ese complejo engranaje mediante una liberalización generalizada del sector servicios en aras de la agili-

Ante este nuevo panorama legislativo todavía en proyecto, sin embargo, no faltan voces de alarma previniendo, por encima de las ventajas, contra los peligros de una desregulación generalizada de la prestación de servicios

dad del mercado tiene sus riesgos. Nuestro legislador habrá de medir bien ese paso, valorando las particularidades de cada tipo de actividad económica y servicio profesional en atención al interés público y su función social. Si se precipita, puede tomar una dirección equivocada. La consecución de una sociedad civil invertebrada, inerte frente a un capitalismo de pillaje, obligaría muy pronto a revisar el paradigma de la competitividad como único motor de la economía.



La Sala sentenciadora confirma que las restricciones legales protegen un interés general.