

D I C T A M E N

A requerimiento de la
FEDERACIÓN NACIONAL DE OFICINAS DE FARMACIA
(FENOFAR)

Acerca de
Conformidad con la normativa de la Unión
Europea, de la legislación española en materia
de oficinas de farmacia.

Madrid, julio de 2.006

I

INTRODUCCIÓN

1.- Objeto.

El objeto del presente Dictamen consiste en determinar la conformidad de la legislación española (estatal y autonómica, aunque, con algunos matices, especialmente significativos en el caso de Navarra, son comunes los principios esenciales a los efectos de este Dictamen) con la normativa de la Unión Europea, particularmente, en relación con la libertad de establecimiento que consagra el artículo 43 del Tratado.

2.- Actuaciones de la Comisión Europea.

No se nos requiere este Dictamen desde un planteamiento abstracto o genérico, sino en función de ciertas actuaciones de la Comisión Europea, que conviene dejar reseñadas.

2.1.- El 13 de julio de 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas remitió a las autoridades españolas carta de emplazamiento en relación con la normativa nacional sobre “determinadas restricciones al establecimiento de oficinas de farmacia en España”, resultantes, según la carta, tanto de la legislación estatal como de la propia de algunas Comunidades Autónomas.

En la carta se manifestaba que varias disposiciones de la normativa española plantean problemas de compatibilidad con el Derecho

Comunitario y, en particular, con el artículo 43 del Tratado, relativo a la libertad de establecimiento, llamando la atención sobre las condiciones de apertura de farmacias, sobre el procedimiento de autorización administrativa y sobre las normas acerca de la propiedad de la farmacia.

El Gobierno Español presentó sus observaciones, al parecer, mediante carta de 18 de octubre de 2005, rechazando los argumentos de la Comisión por entender que las disposiciones cuestionadas no se oponen a las normas comunitarias y también que el principio de libertad de establecimiento, en los términos del artículo 43 del Tratado, no es de aplicación al sector farmacéutico.

2.2.- El 4 de julio de 2006, la Comisión de las Comunidades Europeas remite a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea Dictamen motivado, conforme al artículo 226 del Tratado, en relación con determinadas supuestas restricciones resultantes de la legislación española en materia de establecimiento de oficinas de farmacia.

Actuaciones similares a la aludida se han producido en relación con Italia y con Austria.

2.3.- El Dictamen motivado antes aludido se refiere a tres cuestiones distintas:

En primer lugar, examina la normativa sobre planificación territorial de las oficinas de farmacia, resultante del artículo 103. 3 de la la

Ley General de Sanidad y del artículo 2. 1 de la Ley 16/1997, resumiendo los criterios de ambos textos legales y reconociendo que "esos límites mínimos (se refiere a los de módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia) han sido recogidos tal cual o reforzados en la mayoría de las Comunidades Autónomas", salvo en Navarra.

A continuación alude a los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones administrativas, resaltando que en la Comunidad Valenciana, se concede "prioridad a los farmacéuticos que tienen experiencia profesional en la misma Comunidad Autónoma".

Finalmente, se contempla el principio legal consistente en que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de oficinas de farmacia, que la presencia del farmacéutico es condición inexcusable para la dispensación al público de medicamentos y que la legislación prohíbe que un farmacéutico sea propietario o copropietario de más de una oficina de farmacia.

Tras exponer la fundamentación jurídica que la Comisión estima pertinente, citando distintos preceptos del Tratado y Directivas y determinadas sentencias del Tribunal de Justicia, todo lo cual lleva a las correspondientes conclusiones, se emite el Dictamen en el sentido de

"que, al mantener en vigor sus normativas estatales y regionales relativas a la apertura de las oficinas de farmacia, y, en particular, las que imponen restricciones cuantitativas y territoriales, los procedimientos de autorizaciones pueden tener

efectos discriminatorios y limitaciones a la propiedad de las farmacias, tales como los previstos por la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril (en particular, su artículo 103), la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (en particular, su artículo 88), la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia (en particular, sus artículos 2, 3 y 5) así como las normativas de aplicación de algunas Comunidades Autónomas, tales como la Ley de Navarra 12/2000, del 16 de noviembre en materia farmacéutica (Ley de Atención Farmacéutica), la Ley 6/1998, de 22 de junio, de la Comunidad Autónoma de Valencia de ordenación farmacéutica (en particular, sus artículos 18 y 26), tal como fue modificada por la Ley 5/2003, de 28 de febrero, y el Decreto 149/2001, de 5 de octubre, (en particular, los artículos 4 a 10) de la misma comunidad autónoma.

El Reino de España ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

En aplicación del artículo 226, párrafo primero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión insta al Reino de España a adoptar las medidas adecuadas para atenerse al presente dictamen motivado en el plazo de dos meses a partir de la fecha de recepción del mismo."

2.4.- En definitiva, los aspectos que la Comisión considera que han de ser modificados son los siguientes:

1º.- Sujeción de las oficinas de farmacia a un criterio de planificación basado en módulos de población y distancia que han de respetar las nuevas oficinas respecto de las preexistentes.

2º.- Exclusividad de la titularidad de las oficinas de farmacia a favor de los Licenciados en Farmacia.

3º.- Prohibición de que un farmacéutico ostente la titularidad, sea como propietario o como copropietario, de más de una oficina de farmacia.

4º.- En el caso concreto de la normativa valenciana, el mayor valor que, en cuanto a la experiencia profesional como mérito para acceder a la titularidad de un oficina de farmacia, se reconoce a la experiencia acumulada dentro de la propia Comunidad Valenciana.

2.5.- Lo que ocurre es que la consideración aislada de esos elementos no deja de ofrecer una visión insuficiente de la legislación farmacéutica española.

En primer lugar, porque la aplicación de esos criterios no afecta a las farmacias preexistentes, lo que da lugar a que la densidad de farmacias con relación al número de población y a las distancias sea mucho mayor o más intensa que la resultante de los módulos legalmente previstos.

En segundo lugar, tanto la legislación estatal como la de las distintas Comunidades Autónomas contemplan factores correctores, en función de núcleos turísticos, de montaña o aislados, que permiten la autorización de nuevas oficinas de farmacia al margen de los repetidos módulos de población.

En tercer lugar, también las distintas legislaciones autonómicas contemplan la posibilidad de apertura de nuevas oficinas, al margen del módulo poblacional, en cualquier municipio que carezca de ellas y en lugares poblados, en ciertas condiciones.

En fin, no cabe olvidar que la legislación farmacéutica española concibe a la oficina de farmacia como actividad privada de interés público, lo que la doctrina administrativista califica de servicios "impropios" o "virtuales", relevancia del interés público derivada de la consideración del medicamento como bien esencial, que, como es conocido, ha permitido a nuestro Tribunal Constitucional admitir como acorde con la Constitución la sujeción de las aperturas de oficinas de farmacia a la planificación en función de módulos de población y distancias, sin que ello atente, a juicio del Tribunal, contra la libertad de empresa consagrada como derecho de los ciudadanos en el artículo 38 de la Constitución (por todas, sentencia 83/1984, de 24 de julio); y, en conexión también con ello, el principio legal de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las prestaciones sanitarias y el de libre elección de profesional sanitario, incluido, por tanto, el farmacéutico, que se reconoce a los pacientes.

II

LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS

1.- La profesión farmacéutica ha contado siempre, en el ordenamiento europeo, con normativa específica.

Así, en la misma fecha de 16 de septiembre de 1985 se dictaron la Directiva 1985/432/CEE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y la 1985/433/CEE, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia y que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas.

Nos interesa en este momento la primera las dos citadas, ya que, en virtud de lo previsto en el apartado 2 de su artículo 1, es ésta la aplicable particularmente al reconocimiento de títulos a los efectos del ejercicio profesional en oficina de farmacia.

Pues bien, el apartado 3 del mismo artículo 1 aludido establece lo siguiente:

"Cuando en el momento de la adopción de la presente Directiva exista en un Estado miembro una oposición (la versión española de la Directiva emplea esa expresión, entendemos que por una errónea traducción de la expresión francesa "concoars", que tanto puede significar oposición como concurso o, en general, cualquier concurrencia

en función de los méritos de los interesados), para seleccionar entre los titulados contemplados en el apartado 1 aquéllos que se designarán como ***titulares de las nuevas farmacias, cuya creación se haya decidido en el marco de un sistema nacional de distribución geográfica***, dicho Estado miembro podrá, no obstante lo dispuesto en el apartado 1, mantener esta oposición (reiteramos lo antes expuesto acerca de esta expresión) y someter a ella a los nacionales de los Estados miembros que posean los diplomas, certificados y otros títulos en Farmacia contemplados en el apartado 1 del artículo 2 y en el artículo 6 de la Directiva 85/433/CEE."

A la fecha de la Directiva 85/432, España contaba, como norma de aplicación en todo el territorio nacional, con el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, que, siguiendo una añeja tradición de nuestra normativa en materia de farmacias, recogía todos los principios aludidos en el apartado 3 más arriba transcrito, tanto la ***titularidad de la farmacia por el farmacéutico***, como la ***planificación farmacéutica*** de la autorización de nuevas farmacias a través de módulos de población y distancia que permitían la "***distribución geográfica***" aludida y, en fin, la selección de los aspirantes a la autorización de apertura de una nueva farmacia a través de una especie de ***concurso o baremo de méritos***.

Al amparo del citado precepto de la Directiva, continuó en vigor ese sistema contenido en el Real Decreto 909/1978, a pesar de la plena vigencia ya en aquellos tiempos de la libertad de prestación de servicios y del derecho de establecimiento.

2.- Y lo cierto es que todavía en fecha bien reciente puesto que

estamos hablando del 7 de septiembre de 2005, la *Directiva 2005/36/CE*, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, *insiste y mantiene los principios comentados*.

En efecto, el apartado 5 del artículo 45 de esta nueva Directiva establece literalmente lo siguiente:

"Cuando en un Estado miembro exista desde la fecha del 16 de septiembre de 1985 una oposición (reiteramos lo ya expuesto en cuanto a esta expresión) para seleccionar entre los titulados indicados en el apartado 2 a los que se designarán como *titulares de las nuevas farmacias, cuya creación se haya decidido en virtud de un sistema nacional de distribución geográfica*, dicho Estado miembro podrá, no obstante lo dispuesto en el apartado 1, mantener el desarrollo de dicha oposición y someter a ella a los nacionales de los Estados miembros que posean alguno de los títulos de formación de farmacéutico mencionados en el punto 5. 6. 2 del anexo V o se beneficien de lo dispuesto en el artículo 23."

Los términos de la Directiva, rectamente interpretados, no pueden ser más elocuentes.

En efecto, en relación con los Estados miembros que se encuentren en la situación contemplada en el precepto transcrito, entre ellos, España, se puede señalar lo siguiente:

En primer lugar, se admite que el ejercicio de la libertad de

establecimiento para ejercer la profesión en oficina de farmacia consiste en ser *designados "como titulares de las nuevas farmacias"*, resultando difícil encontrar una más directa acogida del sistema consistente en que la titularidad o propiedad de las farmacias se reserva a los titulados farmacéuticos.

En segundo lugar, se reconoce que la creación de nuevas farmacias se produzca a través de decisión oficial "en virtud de un *sistema nacional de distribución geográfica*", admitiendo, por tanto, la validez de un sistema que, conforme a los módulos que se estimen pertinentes, realice una distribución geográfica de las nuevas oficinas de farmacia sin reconocer, por tanto, el derecho individual, aunque se ostente la titulación en farmacia, a abrir una nueva farmacia donde y cuando cada uno decida.

En fin, se admite y reconoce como válido el criterio consistente en que el acceso o efectividad de la libertad de establecimiento de los profesionales farmacéuticos se condicione a la selección, a través de un sistema de concurso, oposición o *baremo de méritos, "entre los titulados indicados..."*, dejando así bien claro que solamente los titulados farmacéuticos y por la vía del acceso a la titularidad de una oficina de farmacia pueden ejercer el derecho de establecimiento para desarrollar la actividad de oficina de farmacia (naturalmente, no nos estamos refiriendo al supuesto del ejercicio como asalariados, que, en realidad, no es necesario contemplar en este Dictamen).

La verdad es que por breve que haya sido el resumen de los términos en que se manifiesta el artículo 45. 5 de la Directiva del año 2005,

no parece sino que a través de dicho precepto se hayan querido acoger, para reconocer su validez, los principios esenciales del ordenamiento español en materia de aperturas de nuevas oficinas de farmacia.

Y téngase en cuenta que la interpretación que realizamos de la Directiva no es subjetiva o interesada; por el contrario, es la propia Directiva la que aclara y explicita rotundamente su alcance en relación con la profesión farmacéutica, de forma exactamente coincidente con la tesis que se ha expuesto al declarar en el apartado 26 de su Preámbulo, lo siguiente:

“La presente Directiva no coordina todas las condiciones de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico y su ejercicio. En concreto, *la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos deben seguir siendo competencia de los Estados miembros. Por otra parte, la presente Directiva no altera las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben a las empresas la práctica de ciertas actividades farmacéuticas o imponen ciertas condiciones a dicha práctica*”.

Por consiguiente, se deja en libertad a los Estados miembros para regular la distribución geográfica de las farmacias y para mantener el monopolio de la dispensación a favor de los farmacéuticos y se reconoce que la Directiva no altera las disposiciones nacionales que prohíben a las empresas la práctica de ciertas actividades farmacéuticas (titularidad de las farmacias) o imponen condiciones a dicha práctica.

La cuestión, aunque luego se examinará la jurisprudencia comunitaria, puede, de ese modo, quedar reducida al examen de la legitimidad de la Directiva 2.005/36/CE.

III

LEGITIMIDAD DE LA DIRECTIVA 2005/36/CE

1.- Conviene empezar este apartado por el examen de los preceptos del Tratado Constitutivo que afectan al presente Dictamen.

Ciertamente, el artículo 43 establece lo siguiente:

"En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias , sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

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

Pero no cabe ignorar que, conforme al apartado 1 del artículo 44, "a efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, *el Consejo decidirá, mediante directivas*, con arreglo al

procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social."

Por otra parte, a tenor del apartado 1 del artículo 46, "las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la **aplicabilidad de las disposiciones** legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y **que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas**", añadiendo el apartado 2 del mismo artículo 46 que "**el Consejo**, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, **adoptará** directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones."

En fin, el apartado 1 del artículo 47 establece que "a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, **el Consejo**, con arreglo al procedimiento previsto en artículo 251, **adoptará directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos.**"

2.- Desde otro punto de vista, el artículo 152, que abre el Título XIII, relativo a Salud Pública, establece lo siguiente:

"1. Al definir y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Comunidad, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más

graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias.

La Comunidad complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

2. La Comunidad fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción.

Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.

3. La Comunidad y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

4. ***El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251*** y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirá a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando:

- a) medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre; estas medidas no

- impedirán a ningún Estado miembro mantener o introducir medidas de protección más estricta;
- b) como excepción a lo dispuesto en el artículo 37, medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública;
 - c) medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana, con exclusión de cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para los fines establecidos en el presente artículo.

5. La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública *respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros* en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. En particular, las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 no afectarán a las disposiciones nacionales en materia de donaciones o de uso médico de órganos y de sangre”.

3.- Sin necesidad de entrar ahora en un más detenido examen de los preceptos que se acaban de transcribir, no cabe duda de que la exposición de los mismos nos permite llegar a la conclusión de que, en el ordenamiento europeo, lo mismo que en cualquier otro ordenamiento, ningún precepto tiene un valor absoluto ni puede ser interpretado y aplicado al margen del conjunto de ese ordenamiento y, que, en el fondo, es lo que late en el Dictamen motivado de la Comisión.

Por otra parte, la libertad de establecimiento puede ser modulada

mediante las Directivas aludidas en los artículos 44.1; 46.2 y 47.1 y, en particular, por razón del principio de protección de la salud, a través de las disposiciones previstas en el artículo 152.4, todos ellos, del Tratado.

En función de todo ello y con base en los preceptos que se acaban de citar, no puede ponerse en duda que el Tratado habilitado para dictar una Directiva como la 2.005/36/CE, la cual, a su vez, legitima terminantemente a la legislación española cuestionada en materia de farmacias.

IV

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1.- El estudio de la jurisprudencia comunitaria debe empezar por las sentencias citadas en el Dictamen de la Comisión y, en particular, por las que se aluden en relación con el criterio de planificación de las oficinas de farmacia y sujeción de las mismas, en cuanto a su apertura, a la distribución geográfica en función de módulos de población y distancia.

La primera de las sentencias citadas es la dictada el 15 de enero de 2002 en el asunto C-439/99. Ciertamente, esta sentencia, en su apartado 22, declara que el Tratado exige la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, añadiendo que "deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades". En modo alguno cabe negar esos principios pero, por una parte, como ya se ha demostrado más arriba, resulta jurídicamente inadmisibles el aislamiento de un principio olvidando todos los demás principios y preceptos del Tratado; y más aún, cuando el supuesto contemplado en la sentencia se refiere al ejercicio de las libertades antes aludidas a los efectos de actuar profesionalmente en Italia como *organizador de ferias*, actividad cuya significación económica no se pone en duda pero que resulta difícil de equiparar al ejercicio profesional de oficina de farmacia, tan estrechamente vinculado a la salud humana y al interés público.

La segunda sentencia que se cita es la dictada el 30 de noviembre

de 1995, que tampoco puede ser traída a colación en nuestro caso, ya que se trataba de un abogado que, tras varios años ejerciendo como tal en Italia, solicita la inscripción en el orden o colegio profesional correspondiente, solicitud sobre la que, según la sentencia, no consta que hubiera pronunciamiento y luego es objeto de una sanción disciplinaria por parte de ese colegio profesional.

La tercera de las sentencias aludidas es la de 16 de mayo de 2006, en el asunto C-372/04, sentencia que ciertamente contiene algunas declaraciones generales acerca de la libre prestación de servicios pero que tampoco se ve muy claro cuál sea su relación con la profesión farmacéutica ya que el supuesto llevado ante el Tribunal de Justicia consistía en una pretensión de reembolso de gastos de hospitalización en Estado miembro distinto del de nacionalidad del interesado.

Tampoco resulta de aplicación a nuestro supuesto la cuarta de las sentencias en las que pretende apoyarse el Dictamen de la Comisión, la sentencia de 25 de julio de 1991 en el asunto C- 288/89, ya que se refería a una pura actividad económica como la retransmisión de mensajes publicitarios en programas de radio y televisión emitidos desde otros Estados miembros.

Se citan también en el Dictamen motivado otra serie de sentencias aparentemente relativas a la reserva de la titularidad de la oficina de farmacia en favor de los licenciados en farmacia y a la prohibición de

titularidad de más de una oficina de farmacia por parte de dichos farmacéuticos.

De las sentencias que a tal fin se utilizan, las que, aparentemente, más podrían considerarse cercanas a nuestro caso son las de 20 de mayo de 1992, sobre la profesión de auditor de cuentas; la de 16 de junio de 1992, sobre la profesión de médico, dentista y veterinario y, en fin, la del 7 de marzo de 2002, sobre la profesión de abogado.

Sin embargo, tampoco en este caso entendemos que puedan ser de aplicación las sentencias citadas, en relación con la oficina de farmacia.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, la relativa a los auditores de cuentas, se examinaba el supuesto consistente en que, para obtener la autorización para el ejercicio de dicha actividad en Luxemburgo, exigía la legislación interna "disponer de un establecimiento profesional en Luxemburgo", exigencia que puede, en efecto, considerarse restrictiva de la libre circulación de personas y libertad de establecimiento por cuanto, ciertamente, nada impide que un auditor de cuentas ejerza en cualquier Estado miembro sin disponer en el territorio del mismo de una infraestructura propia; en definitiva, el auditor puede examinar los "papeles de trabajo" de la empresa auditada en la sede de la misma o desplazar dichos papeles a su oficina o establecimiento en el país de su residencia, sin que ello le impida emitir el correspondiente informe de auditoría aunque no disponga de establecimiento en el Estado miembro de acogida. En cambio, por definición,

la oficina de farmacia es establecimiento abierto al público, lo que hace inaplicable la doctrina de la sentencia citada.

La de 16 de junio de 1992, acerca de la profesión de médico, dentista y veterinario, también en relación con la legislación de Luxemburgo, declara contrario al Tratado el principio de "unicidad de consultorio", en el sentido de que la legislación luxemburguesa prohibía a los profesionales citados la apertura de un segundo establecimiento o consultorio en Luxemburgo si no cerraban el abierto en el país de origen. Lo que ocurre es que las profesiones citadas no requieren la presencia efectiva del profesional en el establecimiento abierto durante el horario de apertura del mismo sino que el médico, dentista o veterinario puede, desde ese segundo o tercer consultorio, atender previa cita a sus pacientes o incluso atenderlos sin necesidad de contar con un establecimiento propio, si les presta su servicio en el domicilio del paciente o bien en cualquier hospital o consultorio de terceros. No ocurre lo mismo, evidentemente, con la profesión farmacéutica ejercida en oficina de farmacia.

En fin, la sentencia de 7 de marzo de 2002 se refiere a la exigencia de la República Italiana de que para ejercer la profesión de abogado se haya de tener la residencia en Italia , exigencia realmente injustificada puesto que un abogado puede perfectamente atender a sus clientes y acudir en defensa de los mismos a los Tribunales de cualquier lugar sin que ello resulte impedido por el hecho de que el abogado no tenga su residencia en la sede del Tribunal o en el país en el que radique el Tribunal.

La conclusión a la que esta exposición nos lleva no puede ser otra que la consistente en que, en realidad, *las sentencias en las que pretende basarse el Dictamen motivado están dictadas para supuestos distintos en los que no concurren las específicas circunstancias que, no solamente en España, caracterizan al ejercicio profesional en oficina de farmacia.*

2.- El Dictamen motivado omite considerar jurisprudencia comunitaria específica que confirma las tesis que se vienen sosteniendo.

Así, en apoyo de la postura de las Directivas citadas y, al fin y a la postre, de la normativa española amparada por ellas, cabe recoger distintas sentencias, entre las más recientes, la de 2 de diciembre de 2004 (Comisión contra Reino de los Países Bajos. Asunto C-41/02) y, la de 1 de febrero de 2001 (Procedimientos penal entablado contra Dennis Mac Quen y otros., Asunto C-158/96).

En la primera de dichas Sentencias, de 2 de diciembre de 2004, en el punto 42 se afirma por el Tribunal :

"Respecto a la cuestión de si la práctica administrativa holandesa puede estar justificada en virtud del artículo 36 del Tratado, a falta de armonización y en la medida en que subsisten dudas en el estado actual de la investigación científica, los Estados miembros tienen la facultad de decidir el grado de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar y de exigir una autorización previa a la comercialización de los productos alimenticios, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad".

Además de lo anterior, también cabe entender que por analogía procede aplicar a la protección de la salud pública el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, respecto del orden público, en sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, en cuyo apartado 31, se señala:

"Las circunstancias que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra. En consecuencia, a este respecto hoy que reconocer a los autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado".

A mayor abundamiento, la jurisprudencia comunitaria, en concreto en la sentencia anteriormente citada de 1 de febrero de 2001, asunto C-108/96, en sus puntos 25, 26 y 28 tiene declarado:

"25. Según el artículo 52 del Tratado, párrafo segundo, la libertad de establecimiento se ejerce en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. De ello se desprende que, cuando el acceso a una actividad específica, o su ejercicio, esté regulado en el Estado miembro de acogida, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer esa actividad deberá, en principio, reunir los requisitos de dicha normativa (sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, rec. P.I-4 165, apartado 36).

26. No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el

Tratado únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: 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. (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1.993, Graus, C-19/92, Rec. P.I.-1.663, apartado 32; Gebhard, C-55/94, rec. P.I.-4165, apartado 37 y, recientemente, la sentencia de 4 de julio de 2000, Haim, C-424/97, Rec. P.I.-5.123, apartado 57).

28. Seguidamente, por lo que se refiere a si existen razones imperiosas de interés general que puedan justificar la restricción de la libertad de establecimiento que resulta de la prohibición controvertida, hay que recordar que la protección de la salud pública figura entre las razones que, en virtud del artículo 56, apartado 1 del Tratado CE (actualmente artículo 46 CE apartado 1, tras su modificación), pueden justificar restricciones que deriven de un régimen especial para los extranjeros. Por lo tanto, la protección de la salud pública puede justificar igualmente, en principio, disposiciones nacionales indistintamente aplicables, como en el caso de autos".

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia, en sentencia de 28 de abril de 1998 (Asunto C-158/96, Raymond Kohll y Union des Caisses de Maladie) ha reconocido que, por lo que se refiere al objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, aun cuando dicho objetivo esté intrínsecamente ligado al método de financiación del sistema de seguridad social, puede también estar sujeto a las excepciones por razones de salud pública en virtud del artículo 43 CE, en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia ha precisado, además, que el artículo 43 del Tratado permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública e incluso para la supervivencia de su población.

Finalmente, como colofón de esta exposición jurisprudencial, hay que recordar que, en cuanto a la organización y suministro de los servicios sanitarios y demás necesarios para la protección de la salud pública de los ciudadanos rige el principio de subsidiariedad o de intervención mínima consagrado en el artículo 5 del Tratado que establece:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

3.- La conclusión de todo ello es que las sentencias citadas en el Dictamen motivado de la Comisión no son de aplicación en nuestro caso y

que, por el contrario, la jurisprudencia comunitaria resulta legitimada de la Directiva 2.005/36/CE y de la legislación farmacéutica española.

V

LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE FARMACIAS ESTÁ JUSTIFICADA POR EL OBJETIVO DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE LOS PARÁMETROS DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

1.- El ordenamiento español en materia de oficinas de farmacia se inspira en el beneficio del interés general sanitario de los ciudadanos, en el marco de la obligación del Estado español de dar cumplimiento al mandato del artículo 43 de la Constitución española, en el que se reconoce el derecho a la salud de todos los ciudadanos y la obligación de los poderes públicos de garantizar este derecho.

En España, todos los ciudadanos son titulares del derecho a la protección de la salud - españoles, extranjeros residentes y no residentes, así como la población inmigrante - y tienen con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, y sea cual sea el ámbito territorial al que pertenezcan, el derecho no sólo a recibir prestación médica en el ámbito de la atención primaria y especializada, sino también el derecho a recibir la denominada prestación farmacéutica, esto es, los medicamentos y productos sanitarios necesarios, financiados por el Sistema Nacional de Salud.

Así se establece por la Ley General de Sanidad, 14/86, de 25 de abril, la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por

Decreto 2065/74, de 30 de mayo) y, por la Ley 44/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

En concreto, de dichas leyes resulta:

- El derecho de los ciudadanos a la obtención de los medicamentos y productos sanitarios necesarios para promover, conservar o restablecer su salud. (artículo 10.14 Ley General de Sanidad.

- El derecho de los ciudadanos a obtener la dispensación de los medicamentos prescritos en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

- El derecho de los ciudadanos a poder elegir libremente la oficina de farmacia que les preste la dispensación, con garantía de acceso a la misma, calidad en el servicio y en el suministro de medicamentos (artículo 2.2 de la Ley 16/97, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia y, artículo 108 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y, 101 .b) punto 26, de la Ley de julio de 2006, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios).

En efecto, esta nueva Ley reconoce la labor del farmacéutico como *agente de salud en servicio permanente* y su implicación en las labores de uso racional de los medicamentos. También respalda el modelo de farmacia, en su condición de establecimiento sanitario privado de interés público, sujeto a planificación sanitaria, en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica a la población.

Mecanismos básicos, necesarios y comunes, para lograr una atención integral y en condiciones de igualdad efectiva y de calidad para todos los ciudadanos, son los siguientes:

1º.- Fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

2º.- Ordenación de las oficinas de farmacia para garantizar su acceso, calidad de servicio y suministro de medicamentos, en función de las necesidades sanitarias de cada territorio y con garantía de igualdad efectiva para los ciudadanos.

3º.- Modulación por el Gobierno de su participación y, la de los ciudadanos, en el pago de medicamentos.

4º.- Obligación de dispensación de los medicamentos por los farmacéuticos en las oficinas de farmacia, tanto de los que les demanden los particulares, como los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud (Seguridad Social). En este último caso, la dispensación a los ciudadanos en el ámbito del Sistema Nacional de Salud de los medicamentos y productos sanitarios prescritos se realiza con el simple abono por el ciudadano de la parte del precio no sufragada por el Estado, mediante la concertación para ello por el Sistema con todas las oficinas de Farmacia.

La aplicación conjunta de estos mecanismos, resulta imprescindible por razón de interés general, es adecuada a la finalidad

perseguida de garantía eficaz de la salud pública y no es discriminatoria ni va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, en los términos de la jurisprudencia comunitaria.

A la vista de todo ello, cabe afirmar con total rotundidad, en contra del criterio de la Comisión, que una planificación de farmacias como la prevista en el sistema español, resulta un *medio adecuado y proporcionado para garantizar el acceso y suministro de medicamentos a los ciudadanos*, puesto que la realidad de España es clara: Se ha conseguido que un 99% de la población tenga una oficina de farmacia en su localidad de residencia.

2.- Adecuación al objetivo de protección de la salud pública y proporcionalidad de la legislación española en materia de propiedad y autorización de apertura de oficinas de farmacia.

2.1.- Propiedad de las oficinas de farmacia.

Como complemento a los mecanismos anteriormente descritos de protección de la salud pública y, haciendo uso del margen de apreciación del que goza el Estado español a la hora de regular un servicio sanitario de interés público como la farmacia, ha dispuesto en su legislación que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de los oficinas de farmacia abiertas al público (artículo 103.4 de la Ley 14/1986).

También exige la presencia física del farmacéutico titular en la farmacia durante su horario ordinario de funcionamiento (artículo 5 de la Ley

16/1997 y leyes de Ordenación de las Comunidades Autónomas). Ello justifica que un mismo profesional no pueda ser titular de más de una farmacia.

Esta limitación, lejos de constituir una restricción a la libertad de establecimiento, arbitraria y contraria al artículo 43 del Tratado CE, está plenamente legitimada, en los propios términos que la Comisión ha reconocido (sentencia del T JCE en el caso Wouters, de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99), al señalar que dichas restricciones pueden ser consideradas como necesarias para el adecuado ejercicio de una profesión.

En los mismo términos lo ha reconocido también el Tribunal de Justicia, al establecer que un Estado miembro puede, en el marco de la competencia que conserva para ordenar su sistema de Seguridad Social, establecer normas que requieran una determinada estructura empresarial con la finalidad de garantizar un servicio sanitario de calidad. Dichas normas según el Tribunal, no son incompatibles con el artículo 43 del Tratado (sentencia de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare, C 70/95, en la que el Tribunal encuentra compatible con el Tratado una ley italiana que obliga a que las casas de retiro para ancianos estén constituidas como sociedades sin ánimo de lucro).

Pues bien, de acuerdo con lo anterior, la limitación en España se encuentra adecuada al objetivo perseguido, que no es otro que garantizar la calidad y eficacia de la labor asistencial que desde las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios de interés público presta el farmacéutico,

con base en la Ley 16/1997, la Ley 16/2003 y la Ley de Garantías de Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, y ello por lo siguiente.

La titularidad y propiedad de una sola farmacia por farmacéutico supone una garantía sanitaria de independencia para los ciudadanos que no se consigue únicamente con la presencia física de un farmacéutico asalariado.

La titularidad y propiedad farmacéutica de las farmacias es una **garantía sanitaria para los ciudadanos**, pues la dispensación de los medicamentos y su capacidad de consejo, no están condicionados por otros intereses que no sean los estrictamente sanitarios. Es un mecanismo eficiente que garantiza la independencia de las actuaciones del farmacéutico y la no existencia de conflictos de intereses con otros profesionales sanitarios prescriptores o con los laboratorios farmacéuticos.

De esta manera, los ciudadanos tienen la seguridad de recibir consejo independiente, percibiendo que los consejos sanitarios que reciben no están condicionados por los resultados económicos de la actividad farmacéutica.

La separación de la titularidad - propiedad de las oficinas de farmacia no garantiza un mejor servicio al ciudadano. Así, en los países donde se ha producido un cambio de legislación **desvinculando la propiedad de la titularidad de la farmacia** se observan los siguientes efectos:

- Las cadenas de farmacias obligan a la industria farmacéutica a concederles un suplemento si venden sus productos, lo que ha *encarecido los medicamentos*. En virtud de su modelo de farmacia, España es el país europeo, después de Francia, con el precio de los medicamentos más bajo.

- No existen controles sobre los propietarios de los farmacias. Algunas pertenecen a compañías de las que *se desconoce a sus dueños*. En países donde la legislación ha intentado introducir diferentes formas societarias para regular la propiedad, se aprecia que existe un menor control fiscal sobre los propietarios de las farmacias.

- Algunos propietarios establecen *sueldos a sus empleados en relación con las ventas que generen*, lo que perjudica notoriamente el uso racional de los medicamentos.

- La propiedad/titularidad del farmacéutico, de una sola farmacia, permite garantizar la total independencia, responsabilidad personal, administrativa, civil y penal del farmacéutico en los actuaciones que se realizan en su farmacia.

Además de lo anterior, cabe destacar que de la normativa citada, resulta que son funciones que han de prestarse en las oficinas de farmacia las siguientes:

1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

2. La vigilancia, control y custodia de los recetas médicos dispensados.

3. La garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población en los que no existan oficinas de farmacia.

4. La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos.

5. La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes, velando por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción y cooperando con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad.

6. La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos. a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia.

7. La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia

farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud. prevención de la enfermedad y educación sanitaria.

8. La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

9. La actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud de Comunidades Autónomas.

10. La colaboración en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.

Debe destacarse que de la simple lectura de las funciones que tiene encomendadas el farmacéutico de oficina de farmacia, resulta que éstas no se limitan a la dispensación de medicamentos sino que la labor de dispensación va acompañada de otro conjunto de actuaciones profesionales complementarias, que son necesarias para que los ciudadanos reciban los medicamentos, según sus requerimientos individuales y durante el tiempo adecuado pero con garantía de su uso racional.

Por ello, para que el servicio farmacéutico se pueda desarrollar con calidad, en beneficio de la salud pública, se requiere de la existencia de

un equilibrio entre el *óptimo nivel de cobertura de las oficinas de farmacia y un mínimo nivel de rentabilidad*.

La realidad del servicio farmacéutico en España pone de manifiesto que el conjunto de actividades asistenciales que se desarrollan desde las farmacias como complemento de la dispensación, se realizan sin recibir por ello el farmacéutico remuneración alguna. Sin embargo, para poderlas realizar el farmacéutico se ve obligado a realizar una serie de inversiones técnicas y de personal que, en el futuro, podría verse imposibilitada de realizar si se modificara el actual modelo y, en consecuencia, variar el nivel de rentabilidad de su farmacia.

Pero es que, además de lo anterior, debe destacarse también que la prestación del servicio asistencial a los ciudadanos se realiza en las oficinas de farmacia de forma permanente e ininterrumpida a través de la ordenación de los *servicios de urgencia o de guardia en todo el país*, en los que participan todas las oficinas de farmacia y este servicio se realiza también sin percepción a cambio de cantidad alguna.

Con la desregulación de la propiedad/titularidad de la oficina de farmacia, se podrían producir situaciones indeseables para el modelo de salud pública elegido por el Estado español, tales como la imposibilidad de asegurar la prevalencia del objetivo de uso racional de los medicamentos sobre el de máxima rentabilidad de la farmacia; la aparición de la figura del "inversor/propietario de farmacia, no titulado", que podría, sin duda, dar lugar a situaciones en las que los criterios de rentabilidad primarían sobre los que

deben inspirar de forma prioritaria la instalación y gestión de las oficinas de farmacia que no son otros que garantizar el uso racional de los medicamentos a la población; si el incentivo prioritario pasa a ser la rentabilidad, se limitará a cubrir los daños eventuales con un seguro.

Por el contrario, en la actual situación, al imponerse la obligación de presencia del titular/propietario farmacéutico no es previsible la producción de un riesgo de azar moral. porque, hallándose presente en la farmacia el propio farmacéutico responsable de la actividad profesional no tiene mejor opción que el desempeño de su actividad, lo cual probablemente repercute en la bajada de las primas del seguro.

De nuevo son consideraciones relativas a la calidad de un servicio esencial lo que justifica la necesidad de que el propietario de la farmacia sea un titulado en farmacia. Una vez más hay que insistir en que en el servicio asistencial farmacéutico lo esencial es la existencia de incentivos poderosos para poner en su ejercicio preventivamente la máxima diligencia y el máximo cuidado.

Sólo el farmacéutico titulado está en condiciones profesionales de prestar este servicio, y sólo el propietario farmacéutico del establecimiento tiene los incentivos suficientes para prestar en forma óptima todas las actividades profesionales de forma permanente a la sociedad mediante turnos de guardia, porque es el propietario el que retiene la renta residual, los beneficios netos, el premio del buen servicio, que pagan los clientes que observan y comprueban la calidad del trato.

Por último, hay que señalar que, en España, las oficinas de farmacia vienen realizando además de las funciones de índole profesional ya señaladas, una serie de servicios de valor añadido en beneficio del Sistema Sanitario Público, que implican un serio esfuerzo para los profesionales.

Este esfuerzo no sólo es de carácter profesional sino también económico. Por ello, teniendo en cuenta que la rentabilidad media de las farmacias en España es una de las más bajas de Europa, el esfuerzo que se viene realizando para contribuir a un servicio de alta calidad, podría verse afectado por una desregulación de la propiedad o de la planificación de las oficinas de farmacia.

3.- Procedimientos de autorización de apertura de farmacias.

La autorización de apertura de las oficinas de farmacia se organiza mediante la tramitación de un procedimiento en el que, previa resolución de expedientes administrativos, las Comunidades Autónomas verifican los méritos de los candidatos sobre la base de ciertos criterios de idoneidad con carácter previo a la autorización de las oficinas de farmacia.

En este punto, cabe subrayar que, como anteriormente se ha señalado, de conformidad con los artículos 16 y 33 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, las oficinas de farmacia son las encargadas de realizar la "prestación farmacéutica" al indicado Sistema, que comprende la dispensación de medicamentos y productos

sanitarios así como "el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad", actuaciones éstas que alcanzan, incluso, la colaboración con el resto de profesionales sanitarios integrados en el Sistema Nacional de Salud y su participación en la resolución de nuevas demandas sociales, como la asistencia farmacéutica domiciliaria.

Estas responsabilidades recaen en profesionales que, además de los necesarios conocimientos y formación universitaria en materias como: Farmacología y Farmacoterapia, Biofarmacia, Farmacocinética, Bioquímica Clínica, Botánica y Zoología, Física, Química General e Inorgánica, Química Orgánica, Química Analítica, Química Farmacéutica (incluyendo el análisis de medicamentos), Bioquímica General y Aplicada, Anatomía y Fisiología, Microbiología, Inmunología, Tecnología Farmacéutica, Toxicología de los medicamentos, Farmacognosia y Legislación, acreditan una formación continuada permanente y una práctica profesional en actividades relacionadas con el medicamento y la atención farmacéutica.

La valoración de estos méritos redunda exclusivamente en el beneficio del ciudadano y en la plena observancia del deber de protección de la salud, puesto que se autorizan las oficinas de farmacia a aquellos profesionales farmacéuticos que mantienen una formación adecuada y actualizada a la actividad que van a desarrollar, lo que garantiza la calidad del servicio y el cumplimiento de las funciones de interés general encomendadas.

En este sentido, cabe destacar, además que el artículo 3 de la Ley 16/1997 dispone que corresponderá a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de apertura de las farmacias. Con carácter general, estos procedimientos de autorización se fundan en el control de la concurrencia de diversos criterios basados en el expediente académico de los licenciados en farmacia, en su formación de postgrado y, eventualmente, en su experiencia profesional. En la actualidad, alguna Comunidad Autónoma ha optado por convocar, como primer paso del procedimiento, exámenes para que aquellos farmacéuticos que hayan solicitado la titularidad de una oficina de farmacia, puedan demostrar, en igualdad de condiciones, su competencia profesional. Asimismo, es frecuente que las Comunidades Autónomas dispongan que el titular de farmacia que desee acceder a una nueva oficina, libere con carácter previo la farmacia de su propiedad para que la Administración pueda sacarla de nuevo a concurso.

No obstante la transferencia de competencias realizada en este ámbito a favor de las Comunidades Autónomas, la legislación española -el artículo 3 de la Ley 16/1997- exige que la tramitación y resolución de los expedientes de apertura de las farmacias, "se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en las normas autonómicas de procedimiento", debiendo respetar los principios de publicidad y transparencia.

En consecuencia, las Comunidades Autónomas vienen obligadas, por virtud de la normativa nacional, a prever en cualquier caso procedimientos de autorización de apertura de oficinas de farmacia de un modo transparente, reglado y equitativo y con publicidad.

VI

CONSIDERACIÓN FINAL

Hay que recordar que, salvo dos países, España es el Estado miembro con mayor densidad de farmacias por número de habitantes.

Dicho de otro modo, la oferta de establecimientos dedicados a la dispensación de medicamentos y demás funciones que el profesional farmacéutico desarrolla en su establecimiento, es, salvo dos casos, la mayor en proporción al número de demandantes de medicamentos.

Ese resultado es el fruto de la legislación española y no se nos diga que no se consigue la mayor plenitud de la competencia cuanto mayor sea el número de oferentes respecto del número de demandantes de servicios o productos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La libertad de establecimiento puede ser modulada mediante las Directivas aludidas en los artículos 44.1; 46.2 y 47.1 y, en particular, por razón del principio de protección de la salud, a través de las disposiciones previstas en el artículo 152.4, todos ellos, del Tratado.

SEGUNDA.- La planificación farmacéutica y consiguiente distribución geográfica de las farmacias en función de dicha planificación y de los módulos que en la misma se acojan, está amparada, lo mismo que la vinculación de la titularidad-propiedad de las farmacias a los Licenciados en Farmacia, por lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 45 de la Directiva 2005/36/CE, cuya interpretación es inequívoca en ese sentido, en virtud de la declaración contenida en el apartado 26 de su Preámbulo.

TERCERA.- La Directiva 2005/36/CE está legitimada tanto por las normas del Tratado acerca de la libertad de establecimiento como por las relativas a la salud, conforme a los citados artículos 44.1; 46.2; 47.1 y 152.4 del Tratado.

CUARTA.- Las sentencias en las que pretende basarse el Dictamen motivado están dictadas para supuestos distintos en los que no concurren las específicas circunstancias que, no solamente en España, caracterizan al ejercicio profesional en oficina de farmacia, mientras que los principios de la legislación farmacéutica española cuestionados en el Dictamen de la Comisión son conformes con las normas específicas

contenidas en el Tratado en relación con la salud y cumplen los requisitos de proporcionalidad, justificación y necesidad en relación con la salud pública, jurisprudencialmente acuñados para legitimar restricciones de la libertad de establecimiento.

Este es nuestro Dictamen que con gusto someto a otro mejor fundado en Derecho, y que emito y firmo en Madrid, a 25 de julio de 2.006.

Fdo.- Ramón Entrena Cuesta