

EL MODELO ESPAÑOL DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN EL CONTEXTO COMUNITARIO EUROPEO DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO(*)

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD FARMACÉUTICA A UN RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Origen y evolución histórica de la intervención administrativa en materia de farmacias. 2. El debate acerca del sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención administrativa en el Derecho español interno. En particular, su legitimidad constitucional.— III. LA CUESTIONABLE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE ORDENACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA CON EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: 1. El cuestionamiento de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica por parte de la Comisión Europea. 2. El título legitimador de la intervención de la Unión Europea en materia de ordenación farmacéutica: la sujeción de dicha materia a la libertad de establecimiento: A) La ausencia de competencias comunitarias sobre ordenación farmacéutica con arreglo al título relativo a «salud pública» (art. 152 TCE). B) La sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a las libertades fundamentales del Derecho comunitario como posible título legitimador de la intervención de la Unión Europea en el sector. 3. El alcance general de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE. 4. La proporcionalidad como criterio determinante de la legitimidad o no del modelo español de planificación y titularidad de las oficinas de farmacia: A) La legitimidad de la adopción de medidas restrictivas de la libertad de establecimiento en materia de ordenación farmacéutica. B) La falta de proporcionalidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de las personas físicas con la titulación correspondiente y de la prohibición de acumula-

(*) Texto correspondiente a la ponencia presentada en el XVI Congreso de la «Asociación Juristas de la Salud», celebrada en Vigo entre los días 21 y 23 de noviembre de 2007, bajo el lema: «Asistencia sanitaria y farmacéutica en el siglo XXI».

Las abreviaturas que utilizo en el presente trabajo son las siguientes: ATC: Auto del Tribunal Constitucional; Cc: Código Civil; CE: Constitución Española; FJ: Fundamento Jurídico; LCC: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGURM: Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; LSOF: Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los Servicios de las Oficinas de Farmacia; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; RD: Real Decreto; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TCE: Tratado de 25 de marzo de 1957, Constitutivo de la Comunidad Europea; TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

ción de farmacias. C) El modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia y su cuestionable justificación en la necesidad de garantizar un elevado nivel cualitativo de la prestación farmacéutica.— IV. LA INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR.— V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El sometimiento de la apertura de oficinas de farmacia a un régimen de planificación geográfica basado en módulos de población y distancias mínimas, así como la reserva de la propiedad de las boticas a favor de los farmacéuticos diplomados, han sido fuente de controversia constante en el Derecho español. Últimamente, el aludido debate se ha visto reavivado por la Comisión Europea, que ha emitido un Dictamen Motivado en el que cuestiona la avenencia del apuntado modelo español de ordenación farmacéutica a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE, y que puede ser la antesala de la denuncia del Reino de España ante el TJCE por incumplimiento del Derecho comunitario. En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio acerca de la incidencia que los designios de la precitada libertad comunitaria de establecimiento tienen en materia de ordenación farmacéutica y, por ende, sobre el grado de compatibilidad de la regulación española del sector con los imperativos derivados del Derecho comunitario.

Palabras clave: intervención administrativa; liberalización; farmacias; libertad de establecimiento; Derecho comunitario.

ABSTRACT: The requirements for the establishment of a pharmacy, subject to a regime of geographical planning based on population modules and minimum distances, as well as the reserve of the pharmacies ownership in favour of graduate pharmacists, have constantly been object of controversy in Spanish Law. The debate has been revived again recently by the European Commission, which has delivered a detailed opinion questioning the compliance of the abovementioned Spanish system of regulation of the establishment of pharmacies with the freedom of establishment as consecrated in art. 43 of the EC treaty, and which can be the prelude to an action against Kingdom of Spain before the CJEC (Court of Justice of the European Communities) for the contravention of Community Law. This work is aimed at the study of the repercussion that the mentioned community freedom of establishment has on the regulation of the pharmacy sector and, therefore, at the study of the degree of compatibility of the Spanish regulation of the sector with the imperatives derived from Community Law.

Key words: Intervention policies, liberalization, pharmacies, freedom of establishment, Community Law.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo español de ordenación de las oficinas de farmacias se caracteriza por haber sido, de manera habitual, fuente de abundantes, ricas e interesantes controversias jurídicas. Ello ha sido debido de modo fundamental a dos órdenes de circunstancias diversas, pero estrechamente vinculadas. Por un lado, hay que tener en cuenta que tanto la apertura de este tipo de establecimientos sanitarios como el desempeño de las funciones a ellas encomendadas por la normativa correspondiente, han determinado el sometimiento de la actividad a un régimen jurídico particularmente detallado y riguroso. Este planteamiento legislativo —sin duda justificado en la finalidad de garantizar una adecuada protección de la salud de los ciudadanos— ha dado pie a que por el propio colectivo de los propietarios de farmacias— bien a título individual, bien de manera corporativa a través del correspondiente colegio profesional— se hayan cuestionado diversos aspectos de la indicada regulación del sector, con el claro objetivo de eludir o, cuando menos, atemperar algunas de las restricciones o exigencias a los que se ven sometidos.

Por otro lado, la elevada conflictividad que tradicionalmente ha envuelto a la ordenación farmacéutica en nuestro país se ve asimismo alimentada por la circunstancia de que, por lo común, las farmacias constituyen negocios de una rentabilidad económica muy atractiva para los profesionales del sector. Ello ha hecho que la litigiosidad, tanto entre los titulares de autorizaciones de farmacia, como entre éstos y los farmacéuticos diplomados que aspiran a obtener uno de los indicados títulos habilitantes de la apertura de una nueva botica, sea en verdad reiterada e intensa. Así, los conflictos entre los propietarios de farmacias acostumbran a girar en torno a aspectos que pueden repercutir en la cuota de mercado de cada farmacia, en un régimen de competencia entre ellas. Por su parte, la disputa entre los farmacéuticos sin farmacia y los farmacéuticos ya establecidos —auspiciados estos últimos por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos— se centra fundamentalmente en la aspiración de los primeros a que se liberalice el sector, de modo que vean facilitada la apertura de su propia farmacia, y el rechazo de los segundos al mayor reparto del negocio de dispensación de medicamentos que traería consigo una eventual flexibilización de los criterios de acceso a la condición de propietario de farmacia.

En el contexto que se acaba de describir, han sido numerosos los extremos que han resultado objeto de polémica y que, por consiguiente, han dado pie al correspondiente debate y, en algunas ocasiones, incluso al pronunciamiento de los Tribunales. Entre ellos me permito destacar, sin ánimo alguno de ser exhaustivo en la enumeración, a la interpretación y cómputo de los módulos de población y de las distancias mínimas para abrir nuevas farma-

cias y trasladar las existentes (1), a la en su día muy intensa problemática acerca de los horarios de apertura (2), a la más reciente cuestión de la posi-

(1) Destaco simplemente en este punto que en relación con el cómputo de los módulos de población, la medición de las distancias mínimas, y el cumplimiento de los requisitos físicos exigidos a los locales en que han de ubicarse las oficinas de farmacia, el Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación en cierto modo, y en términos harto comedidos, flexibilizadora. En su formulación, esta doctrina jurisprudencial, amparada en el denominado principio pro-apertura, guarda estrecha relación con el juicio que para el Alto Órgano Judicial merece el modelo de limitación del número de farmacias, por lo que será objeto de atención más detenida, en notas, en el apartado II.2 de este mismo trabajo.

(2) La polémica acerca de la libertad de horarios de las oficinas de farmacia se planteó en la práctica cuando algunas farmacias decidieron abrir al público durante un horario más amplio del fijado por las normativas autonómicas, circunstancia que generó la reacción de otros boticarios y de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. La cuestión quedó en principio zanjada con la entrada en vigor de la LSOF, en cuyo art. 6 se dispone que las oficinas de farmacia deben prestar sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad horarias, considerándose que las normas que al respecto establezcan las Comunidades Autónomas tienen «carácter de mínimos, permitiéndose, en consecuencia, el funcionamiento de estos establecimientos en horarios por encima de los mínimos oficiales». Con esta regulación, la LSOF dio cumplimiento a la remisión normativa contenida en el art. 3 de la Ley 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley del Comercio Minorista, a cuyo tenor: «las oficinas de farmacia se regirán por su normativa específica». Para un estudio del régimen horario de las oficinas de farmacia resultante de las normas antedichas, véase la monografía de Enrique GÓMEZ-REINO CARNOTA: *Horarios comerciales y de oficinas de farmacia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 81 y sgs.

Interesa informar que pese a la claridad del art. 6 LSOF en el sentido del carácter libre de los horarios de apertura de farmacias tras el cumplimiento de los horarios oficiales, el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación restrictiva del precepto que, en la práctica, y a mi juicio con una argumentación de difícil encaje en la letra de la Ley, supone la negación de que los horarios fijados por las Comunidades Autónomas tengan el carácter de mínimo y, por ende, la negación de la libertad de apertura que con carácter básico consagra la LSOF. Sobre el particular, me remito a la STS de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/8353). Juzgo de interés la transcripción de un breve pasaje de su Fundamento de Derecho Segundo, en el que puede leerse lo siguiente:

«Pues en efecto, y como bien señala la sentencia recurrida, y se desprende de la lectura del artículo 6 de la Ley 16/1997 de 25 de abril, el precepto no solo refiere el régimen de libertad y flexibilidad, sino que por un lado, autoriza la intervención de las Comunidades Autónomas, en ese en principio régimen de libertad, por razones de guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, y por otro, dispone que cuando se realicen jornadas u horarios fuera de los mínimos, se deberán comunicar a la Comunidad Autónoma, con carácter previo y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique, y de ello, es obligado inferir, que está justificada y autorizada la intervención de la Comunidad Autónoma, aun tratándose, cual se trata, de una norma básica, por razones de la naturaleza del servicio, que no es dable aceptar, sin más, como se pretende, que la norma establece el régimen absoluto de libertad para los farmacéuticos para fijar cada uno su horario o el horario que tenga por conveniente, al margen de las necesidades del servicio y de lo que pretenda la Comunidad Autónoma, cuando además, ésta, la Comunidad Autónoma, está facultada para intervenir, según el propio artículo 6, como se ha visto, por necesidades del servicio y también para autorizar las peticiones de horario fuera del mínimo establecido».

Esta argumentación lleva al Tribunal Supremo a considerar conforme al tan citado art. 6 LSOF, el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, relativo a la planificación y ordenación farmacéutica de

bilidad o no de venta de medicamentos fuera de establecimientos farmacéuticos y por medios telemáticos (3), o, en fin, a los interesantes aspectos vinculados al reconocimiento o no del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en orden a la dispensación de determinados productos farmacéuticos (4).

Canarias, en el que se establecen cuatro posibles horarios de apertura, y se prohíbe a los farmacéuticos tener horarios diferentes a aquél de dichos turnos por el que opten.

(3) En torno a este particular debe tomarse como punto de partida lo que disponen los arts. 2.4 y 84.2-b) LGURM y el art. 5.1 LSOE. El primero de los citados establece con rotundidad la prohibición de venta por correspondencia y por procedimientos telemáticos, de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción médica; y los arts 84.2-b) LGURM y 5.1 LSOE, exigen la presencia y actuación profesional del farmacéutico en la dispensación del medicamento. A la luz de los preceptos citados, parece claro que la posibilidad de venta de medicamentos por correspondencia y por vía telemática no tiene cabida en el Derecho español. Ello no obstante, ha de señalarse como el Tribunal Constitucional ha admitido el suministro o entrega de medicamentos por correspondencia o mensajería, siempre que la dispensación sea efectuada por una farmacia y esté cubierta por una receta médica (STC 152/2003, de 17 de julio). Lógicamente dicha posibilidad se circunscribe exclusivamente a la entrega o envío del medicamento, no a la venta en sí misma considerada o, lo que es sinónimo, la doctrina del Tribunal Constitucional no implica una excepción, ni siquiera una relajación, de las funciones y deberes de las boticas en la dispensación del medicamento.

También el TJCE se ha pronunciado sobre este extremo al señalar que una eventual prohibición legislativa de venta de medicamentos por correspondencia o telemáticamente sólo puede referirse a aquellos medicamentos que precisen prescripción médica». En tal sentido, STJCE de 11 de diciembre de 2003, asunto C-332/01, *Deutscher Apothekerverband* vr. 0800 *DocMorris* NV y *Jacques Waterval*.

Sobre la problemática acerca de la dispensación de medicamentos «a distancia», véase la exposición de Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN: *La relación clínica farmacéutico-paciente. Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, ed. Comares, Granada, 2007, págs. 105-113.

(4) El alcance de la objeción de conciencia de los farmacéuticos, de modo que puedan negarse a dispensar determinados medicamentos y productos farmacéuticos es todavía en la actualidad una cuestión viva y llena de controversia. En la práctica se ha planteado fundamentalmente en relación con la resistencia de algunos boticarios a contar con existencias de métodos anticonceptivos, así como, señaladamente, de la denominada «píldora postcoital». Sobre el particular se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que en su Sentencia de 2 de octubre de 2001 (*Pinchon and Sajous* contra Francia, asunto 49853/99), negó que la objeción de conciencia de los farmacéuticos legitimase a éstos para negarse a dispensar determinados medicamentos. En el Derecho interno español, el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos está reconocido en numerosas normas autonómicas sobre ordenación farmacéutica. Ello no obstante, salvo error por mi parte, no existe pronunciamiento alguno en el que se fije el alcance del mismo y, en particular, en el que se precise si habilita o no para oponerse a la dispensación de determinados medicamentos y, en caso afirmativo, de cuáles de ellos. En concreto, los Tribunales españoles se han pronunciado en dos ocasiones sobre la cuestión. En la primera de ellas, el Tribunal Supremo [Sentencia de 23 de abril de 2005 (RJ 2005/6382)] reconoce la existencia del derecho a la objeción de conciencia, pero al inadmitir el recurso por falta de legitimación del recurrente, no entra a dilucidar si el contenido de dicho derecho legitima a su titular para no dispensar la «píldora postcoital». Por su parte, el TSJ de Andalucía (Granada) [Sentencia de 8 de enero de 2007 (JUR 2007/66688)]

El extremo de la ordenación farmacéutica que se ha mostrado controvertido de una manera más constante, y que continúa siendo problemático en el momento presente, es, en cambio, el atinente al sometimiento de la apertura de nuevas oficinas de farmacia a un régimen de planificación territorial. Régimen de planificación territorial que, como es de sobra conocido, implica condicionar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de farmacia al cumplimiento de determinados módulos de población y distancias mínimas entre ellas, parámetros ambos cuya fijación corresponde a las regulaciones autonómicas del sector (art. 2 LSOF). El indicado planteamiento normativo ha mantenido enfrentados en todo momento a los farmacéuticos con botica abierta y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos por un lado, y los titulados en farmacia que aspiran a abrir su propio establecimiento y ven cómo el modelo de *numerus clausus* que diseña el ordenamiento español se lo impide. Los primeros defienden sus legítimos intereses económicos, que verían peligrar en caso de una liberalización —más o menos intensa— del sector, con lo que ello supondría de incremento de la competencia y de reducción de la cuota de mercado de cada uno de ellos. Los titulados sin farmacia reivindican la apertura del sector al mercado, en defensa, también legítima y comprensible, de su pretensión de ejercer una de las más genuinas salidas profesionales de los licenciados en farmacia. Ante ambos, el ordenamiento jurídico español mantiene el modelo de restricción del número de farmacias, en principio justificado en la idea de que constituye el mejor régimen de cara a garantizar una prestación farmacéutica de calidad y, por tanto, una eficaz protección de la salud de los ciudadanos.

Planteadas en su día la coherencia del aludido modelo español de restricción del número de farmacias con la Constitución Española —en particular con los principios de igualdad (art. 14), de libre ejercicio de profesión u oficio (art. 35), y de libertad de empresa (art. 38)— el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de sancionar la legitimidad constitucional del mismo. El posicionamiento del supremo intérprete de la Constitución no puso fin, empero, al debate jurídico sobre la materia. Por el contrario, en fechas recientes ha sido la Comisión Europea quien ha formulado un Dictamen Motivado en el que cuestiona la compatibilidad de determinados aspectos del régimen español de ordenación farmacéutica con la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. Más exactamente, atribuye dicho incumplimiento del Derecho comunitario a las tres medidas legislativas siguientes:

se ha pronunciado sobre idéntico extremo, sin que la sentencia vaya a mi juicio más allá de un reconocimiento genérico del derecho de los farmacéuticos a objetar de conciencia.

Sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos, véase nuevamente a Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN: *La relación clínica farmacéutico-paciente...cit*, págs. 11-23

a) el propio modelo de planificación farmacéutica basado en la exigencia de módulos de población y de distancias mínimas; b) la reserva de la propiedad de las boticas a favor de las personas físicas licenciadas en farmacia y la prohibición de acumulación de farmacias por un solo propietario (5); y c) el establecimiento por parte de algunas normativas autonómicas, señaladamente la valenciana, de medidas que favorecen el otorgamiento de las autorizaciones de apertura de farmacia a los titulados que ya cuenten con experiencia en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma (6).

El citado Dictamen Motivado de la Comisión Europea —que a tenor del art. 226 TCE puede ser la antesala de la denuncia ante el TJCE por incumplimiento del Derecho comunitario— ha reabierto con fuerza la polémica sobre la ordenación farmacéutica española. En el presente trabajo se pretende dar cuenta de los términos en que se halla planteada la problemática jurídica en cuestión, al tiempo que aportar algunas reflexiones que puedan contribuir a arrojar luz sobre la misma. A tal efecto, se dedica un primer apartado (III), al estudio del origen y la evolución histórica del modelo español de intervención administrativa en materia de oficinas de farmacia. En dicho epígrafe se presta atención particular al debate, al que ya he hecho referencia, acerca de la adecuación o no del modelo a la propia Norma Fundamental española. El apartado III, por su parte, constituye el núcleo principal de esta exposición, toda vez que en dicha sede se lleva a cabo el análisis de la coherencia o incoherencia del régimen español de apertura y propiedad de las oficinas de farmacia con el Derecho de la Unión Europea. Finalmente, el punto IV se

(5) La reserva de la propiedad de las oficinas de farmacia a favor de los farmacéuticos diplomados se establece con rotundidad en el art. 103.4 LGS, a cuyo tenor, «sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público». Esta reserva de propiedad se ha visto reforzada recientemente por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Dicha Ley regula las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, permitiendo expresamente que dichas personificaciones formen parte de los correspondientes colegios profesionales. Ello no obstante, en relación con la posibilidad de que estas sociedades accedan a la propiedad de las oficinas de farmacia, parece claramente excluida por la Disposición Adicional Sexta de la Ley, al disponer que «sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación». Sobre el alcance de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, en relación con la propiedad de las farmacias, véase la monografía de David BLANQUER: *Las oficinas de farmacia y las sociedades profesionales*, ed. Muy Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

En relación con la interdicción legal de acumulación de farmacias por un mismo farmacéutico, es lugar común de las regulaciones autonómicas del sector.

(6) La crítica de la Comisión Europea se dirige, en particular al art. 18 de la Ley valenciana 6/1998, de 22 de junio, y a los arts. 4 a 10 del Decreto valenciano 149/2001, de 5 de octubre, en la medida en que privilegian la experiencia adquirida como farmacéuticos en la propia Comunidad Valenciana.

refiere, a modo de breve apunte, a la incidencia que en la materia puede tener 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, más conocida como Directiva Bolkenstein.

II. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD FARMACÉUTICA A UN RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

El aspecto de la ordenación farmacéutica que tradicionalmente ha planteado una mayor controversia, y que por ello ha sido objeto de una más reiterada atención por parte de los estudiosos, es sin duda el concerniente al sometimiento de la apertura y funcionamiento de los establecimientos de venta de medicamentos a la población —señaladamente las oficinas de farmacia— a un régimen más o menos intenso de intervención administrativa. Para aproximarse a esta cuestión interesa hacer referencia previamente a la evolución que esta intervención administrativa sobre las farmacias ha experimentado hasta nuestros días para, a continuación, abordar el análisis del estado de la cuestión en el Derecho español actual, con especial incidencia en los planteamientos o argumentaciones en que la doctrina y el Tribunal Constitucional sostienen sus respectivas posiciones a favor y en contra del intervencionismo administrativo en el sector.

1. Origen y evolución histórica de la intervención administrativa en materia de farmacias

A pesar de que el sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención por parte de la Administración es en la actualidad una realidad plenamente consolidada, conviene destacar que no ha sido una constante a lo largo de toda la historia de la legislación farmacéutica patria. Antes bien, la misma es el resultado de un proceso evolutivo de progresiva intensificación de los poderes administrativos que no se inicia en España hasta finales de la primera mitad del pasado siglo XX. Más exactamente, la primera manifestación normativa de la limitación en la libertad de apertura de oficinas de farmacia puede situarse en el Decreto de 24 de enero de 1941, por el que se establecían normas para el establecimiento de nuevas farmacias. No hay que desconocer cómo hasta esta fecha el Derecho positivo español —contenido originariamente en la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y en las Reales Ordenanzas de Farmacia, de 18 de abril de 1860— ya sujetaba la apertura de farmacias a la obtención de autorización administrativa previa. Ahora bien, es importante aclarar que dicha autorización no constituía un

mecanismo de limitación del número de farmacias, sino que era un mero instrumento de control de la posesión de la correspondiente titulación por parte del titular, y de la concurrencia de las condiciones adecuadas por parte del local para que en él pudiese establecerse una botica. Cabe afirmar, en conclusión, que en el momento histórico de referencia la apertura de oficinas de farmacia quedaba sujeta a un régimen de *numerus apertus* (7).

Fue por tanto el antedicho Decreto de 24 de enero de 1941 el que —haciéndose eco de las pretensiones expresadas por el propio colectivo farmacéutico en el Estatuto de Colegios de Farmacéuticos, de 28 de septiembre de 1934 (8)— puso fin a la libertad de establecimiento de farmacias carac-

(7) El régimen de autorización de apertura de farmacias establecido en las precitadas Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales, aprobadas por Decreto de 18 de abril de 1860 (Gaceta de Madrid de 24 de abril de 1860) quedaba claramente estipulado en su art. 5, a cuyo tenor:

«Todo Farmacéutico que quiera establecer una botica o abrir de nuevo la que tenía establecida, si hubiese estado cerrada por más de tres meses, lo participará al Alcalde del pueblo en una instancia acompañada de los documentos que siguen:

- El título de Farmacéutico o una copia literal y autorizada del mismo.
- Un plano geométrico o un croquis de las piezas o locales destinados para elaborar, conservar y expender los medicamentos
- Un catálogo de los medicamentos simples y compuestos que tenga dispuesto para el surtido de la botica, y otro de los aparatos, instrumentos y enseres de laboratorio, con arreglo al petitorio que rigiere».

Sobre la base de la aludida petición, el establecimiento en el que pretendía abrirse la botica se sometía a inspección por parte del Alcalde del Municipio junto al correspondiente Subdelegado de farmacia quien, de no apreciar ninguna falta o insuficiencia dictaminaba a favor de la apertura, autorizándose por tanto la misma, o bien señalaba las deficiencias observadas para que fuesen corregidas (arts. 42 a 44).

Del régimen que brevemente acaba de describirse se deduce cómo, en efecto, durante la vigencia de las Ordenanzas de 1860 no existía limitación alguna en el número máximo de boticas abiertas al público. Este planteamiento de *numerus apertus* de las oficinas abiertas al público se mantuvo posteriormente con la Instrucción General de Sanidad, aprobada por Decreto de 12 de enero de 1904 (Gacetas de Madrid de 22 y 23 de enero de 1904), cuyo art. 72 disponía en su párrafo primero lo siguiente: «Antes de abrir al público una farmacia, son necesarios la visita y el informe de los Subdelegados de Medicina, Farmacia y Veterinaria, al Inspector provincial respectivo. Estos informes se referirán: el del Farmacéutico, a la calidad de los productos químicos y farmacológicos; y los del Médico y Veterinario, a la suficiencia del surtido para las necesidades del ejercicio de sus respectivas profesiones».

(8) En efecto, la idea de limitar el número de oficinas de farmacia tiene su origen en el propio colectivo de los farmacéuticos, el cual manifestó sus aspiraciones en ese sentido en el Estatuto de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1934 (Gaceta de Madrid de 4 de octubre de 1934). En concreto, la justificación dada a dicha aspiración lucía en el apartado 16 de la Base IV de los aludidos Estatutos, en los términos siguientes: «Por ser de sumo interés para la salud pública una razonada y útil distribución de los servicios farmacéuticos, el Gobierno reglamentará, a propuesta de la Unión Farmacéutica Nacional, el nuevo establecimiento, distribución y, en su caso, limitación de las Oficinas de Farmacia».

terística de la legislación precedente. Para ello, la aludida disposición reglamentaria mantuvo el sometimiento de la apertura de nuevas oficinas de farmacia a autorización administrativa previa pero, como novedad fundamental en este punto, supeditó el otorgamiento de la misma a la concurrencia de determinados módulos de población mínima y a la existencia de unas distancias también mínimas con las farmacias preexistentes (9). Obviamente, la exigencia del cumplimiento de los aludidos parámetros entrañaba de hecho una restricción en el número máximo de oficinas de farmacia que podían estar abiertas al público.

Los motivos que, al menos en teoría, llevaron a este cambio de criterio normativo por el que se introdujo el apuntado modelo restrictivo en orden al establecimiento de nuevas boticas se señalaban de manera expresa en el propio Decreto de 24 de enero de 1941. Básicamente —y tras recordar que dicha restricción venía siendo una reiterada aspiración de las «entidades farmacéuticas» (10)—, se exponía cómo la limitación del número máximo de farmacias había de redundar en «un gran beneficio para la salud pública», toda vez que con ella se atajaban dos consecuencias negativas supuestamente derivadas del sistema de libre apertura preexistente, a saber: el encarecimiento de los medicamentos y el escaso nivel de satisfacción de las necesidades más elementales del colectivo de boticarios (11).

(9) Los módulos o condicionamientos a los que el Decreto de 24 de enero de 1941 sujetaba el otorgamiento de la autorización de apertura de farmacia se contenían en sus dos primeros preceptos y —al menos en lo concerniente a las distancias mínimas— variaban en función de la población total del Municipio en que se pretendiera instalar la nueva oficina de farmacia. Así, en cuanto a la proporción que debía guardar el número de farmacias con la población total, se establecía que era de un máximo de una farmacia por cada cinco mil habitantes. Y por lo que se refiere a las distancias mínimas entre oficinas de farmacia, se fijaba en un mínimo de 250 metros para los términos municipales de más de 100.000 habitantes, de 200 metros en los Municipios de 50.000 a 100.000 habitantes, y de 150 metros para aquellos Municipios con una población de entre 5.000 y 50.000 habitantes. Finalmente, para los Municipios de menos de 5.000 habitantes, el art. 2 disponía que «no se autorizará el establecimiento de más farmacias que las que corresponda al número de plazas de Inspectores farmacéuticos municipales, con arreglo a la clasificación de partidos farmacéuticos».

(10) En efecto, el Decreto de 24 de enero de 1941 se iniciaba con el párrafo siguiente: «Reiteradamente las entidades farmacéuticas han venido solicitando de los Poderes públicos y desde hace muchos años la reglamentación del establecimiento de nuevas farmacias o la limitación de las mismas», y proseguía con la cita expresa de la Base IV, apartado 16, del Estatuto de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1934 que ha sido ya citado y transcrito en notas anteriores.

(11) Ambos designios, así como la atribución del elevado precio de los medicamentos y de la insuficiente satisfacción de las necesidades más elementales de los profesionales del sector al modelo de libre establecimiento, aparecían claramente en la Exposición de Motivos, en cuyo párrafo tercero podía leerse lo siguiente: «Es cierto que la libre concurrencia base de la industria y del

En apariencia, el nuevo régimen de limitación obedecía así pues al doble designio de reducir el gasto farmacéutico y de mejorar las condiciones de los profesionales del sector. Las anteriores son al menos las únicas razones confesadas en la reforma normativa. No es ocioso observar, en todo caso, que estas justificaciones han sido objeto de juicios doctrinales dispares, aunque a mi juicio no necesariamente contradictorios ni incompatibles. Así por ejemplo, se ha sostenido que, en efecto, la limitación del número de farmacias en España tiene que ver con la difusión del modelo de asistencia sanitaria socializada, inserto en el denominado Estado del Bienestar, y con la asunción por la Administración de parte del coste farmacéutico que aquél trajo consigo. En ese escenario, y como medida para contener el gasto público en materia de medicamentos, se optó por someterlos a un régimen de precios autorizados, presentándose la restricción del número de farmacias a modo de fórmula en cierta manera compensatoria por la reducción de los ingresos derivada de esa limitación en el precio del producto (12). Un sector significativo de la doctrina ha cuestionado en cambio que en el fondo del sistema de limitación de las farmacias hubiese una razón tan «legítima», al considerar que el Decreto de 24 de enero de 1941 ocultaba en realidad una norma de corte corporativista cuya razón de ser real era privilegiar los intereses económicos de los farmacéuticos ya establecidos, garantizándoles unos elevados niveles de rentabilidad a costa de limitar o dificultar la incorporación de otros profesionales al mercado y, por ende, de reducir la competencia en el sector (13).

comercio del pasado siglo, atraviesa una crisis aguda, libertad que en algún tiempo produjo beneficio, hoy produce un notable encarecimiento de las mercancías y, a la par, no satisface las necesidades más elementales del profesional, planteando un grave problema social y otro de sentido moral de los profesionales farmacéuticos de los que se deducirá un gran beneficio para la salud pública».

(12) Véase en ese sentido la exposición de Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia*, en «Derecho y Salud» núm. 2, 1995, págs. 149-150.

(13) En efecto, el tono de deliberada desconfianza que se usa en el texto hacia la consideración del coste farmacéutico y la elevación de las condiciones profesionales de los farmacéuticos como auténticos objetivos de la implantación del régimen de limitación de apertura se debe a la circunstancia de que un sector significativo de la doctrina ha coincidido en estimar que, más allá de la justificación declarada en la Exposición de Motivos del Decreto de 24 de enero de 1941, la verdadera razón de ser de la reforma fue ni más ni menos que privilegiar al colectivo de los farmacéuticos ya establecidos entregándoles la gestión de una actividad sin duda altamente lucrativa, en detrimento o perjuicio del resto de profesionales titulados, los cuales veían reducidas sus posibilidades de dedicarse al comercio al menor de medicamentos. Entre los numerosos autores que han visto en el Decreto de 24 de enero de 1941 una norma que podríamos calificar de corporativista y protectora de los intereses de los farmacéuticos con botica abierta, cabe destacar las aportaciones de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Nueva ordenación de oficinas de farmacia*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978, pág. 37; y José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*, ed. Trivium, Madrid, 1992, págs. 9-10.

Sea cual fuere la finalidad efectivamente perseguida con la restricción del número de farmacias, lo cierto es que a partir del tan repetido Decreto de 24 de enero de 1941 el modelo intervencionista ha sido una constante en la normativa farmacéutica posterior que, de hecho, se ha limitado a consolidarlo a la vez que a depurarlo hasta llegar a nuestros días. Un paso importante en ese proceso de refuerzo de la intervención administrativa tuvo lugar con la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases para la organización de la sanidad, en cuya Base 16, relativa a la los «Servicios farmacéuticos», se reafirmó el sistema de limitación de establecimiento y, al mismo tiempo, se puso fin al modelo de libre transmisibilidad o venta de las oficinas de farmacia (14). Al amparo de la mencionada Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases para la organización de la sanidad, se procedió a la modificación del régimen jurídico diseñado por el Decreto de 24 de enero de 1941 y su normativa complementaria (15). La norma cabecera de la nueva regulación fue

(14) El párrafo noveno de la indicada Base 16 establecía exactamente lo siguiente: «Queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad. El traspaso o venta de las oficinas de farmacia se efectuará en las condiciones que se determinen por la Dirección General de Sanidad en el oportuno reglamento. La Dirección General de Sanidad determinará, en el plazo de dos meses, las condiciones de venta y traspaso de las farmacias, y en su adjudicación se reconocerá derecho preferente a los farmacéuticos que tuvieran el título con anterioridad al año 1941 y a aquellos que en dicho año hubieran aprobado alguna asignatura de la carrera».

Nótese cómo la Base 16, parcialmente transcrita en el párrafo precedente, no se limita a ordenar que se condicione la transmisibilidad y venta de farmacias y a confirmar la restricción del número máximo de farmacias, sino que llega incluso a legitimar la amortización o cierre de algunas de ellas si se llega a considerar preciso.

(15) Entre las normas que se dictaron para complementar la regulación contenida en el Decreto de 24 de enero de 1941 cabe destacar, sin ánimo de exhaustividad, la Orden de 20 de noviembre de 1941, de aclaración de preceptos de aquel Decreto en materia de traslados de oficinas de farmacia. Merece asimismo una mención específica la Orden de 31 de julio de 1951, por la que se dictan normas para la apertura de Farmacias una vez publicado el censo de 1950 y que, como extremo digno de ser remarcado, introdujo un orden de preferencia entre los solicitantes de licencias de apertura de nuevas farmacias. Esta última Orden de 31 de julio de 1951 motivó a su vez la emanación de varias Órdenes aclaratorias de su contenido. Así, la Orden de 23 de enero de 1952 se dictó con el fin de aclarar el censo de población aplicable al otorgamiento de autorizaciones de apertura; y la Orden de 28 de enero del mismo año 1952 aclaró los criterios de preferencia entre los solicitantes. Por último, como norma directamente complementaria del Decreto de 24 de enero de 1941, no debe ser olvidada la Orden de 24 de diciembre de 1956, de capital importancia a efectos de determinar el número máximo de farmacias abiertas al público, en la medida en que disponía que a tales efectos debía estarse a la cifra máxima de habitantes que figurase en el censo de la población correspondiente; referencia a las cifras de población «oficial» arrojadas por el censo que será una constante en la normativa posterior y que incluso hoy en día se recoge con carácter básico en el art. 2.5 LSOF, el cual alude al Padrón Municipal que, como es de sobra conocido, sirve de base a la conformación del Censo.

el Decreto de 31 de mayo de 1957, sobre establecimiento de nuevas farmacias (16), el cual se mostraba claramente tributario de los planteamientos de su predecesor Decreto de 1941, en tanto en cuanto mantenía el condicionamiento del otorgamiento de la preceptiva autorización a la concurrencia de determinados mínimos poblacionales y de distancia, si bien se alteraron los módulos correspondientes (17). El Decreto de 31 de mayo de 1957 aportó también, por otra parte, algunas novedades, entre las que cabe subrayar la introducción de la caducidad de las autorizaciones en caso de no apertura en un determinado plazo posterior a la autorización (18) y en caso de cierre de la farmacia por un período de dos años (19). En fin, el régimen jurídico

(16) Para un estudio del régimen de autorización de apertura de oficinas de farmacia configurado por el mencionado Decreto de 31 de mayo de 1957, véase el estudio de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en «Revista de Administración Pública» núm. 24, mayo-agosto de 1958, en particular, págs. 133-146.

(17) Se disponía en su art. 1 que las distancias mínimas entre farmacias debían ser de 225 metros en Municipios de más de 100.000 habitantes, de 175 metros en los Municipios con una población comprendida entre los 50.000 y los 100.000 habitantes y, en fin, de 150 metros en los Municipios menores de 50.000 habitantes. En cuanto a la población mínima por farmacia abierta al público, el mismo precepto establecía un cupo de 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000.

Interesa destacar que el art. 5 del propio Decreto excepcionaba la exigencia de los parámetros que acaban de quedar apuntados en el párrafo precedente. En concreto, con arreglo al antedicho art. 5 quedaban exceptuados de los requisitos definidos en el art. 1 los siguientes casos:

- a) Los traslados forzosos de local por causa no imputable al titular de la farmacia; traslados forzosos que se regularon por Orden de 23 de junio de 1961.
- b) La apertura de nuevas farmacias en los Municipios de población inferior a 50.000 habitantes, cuando la nueva farmacia estuviera a distancia no inferior a 500 metros de la más cercana de las ya establecidas y quedase con su instalación más satisfactoriamente atendido, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de la localidad de que se tratase, que agrupase al menos 2.000 habitantes.
- c) Apertura de nueva farmacia en un Municipio de las mismas características descritas en el párrafo anterior, a nombre de un Inspector municipal farmacéutico del Ayuntamiento correspondiente, cuando al ser nombrado éste el cupo estuviese cubierto o no fuese posible el emplazamiento de la farmacia del nuevo titular guardando la distancia mínima de 150 metros señalada para estos Municipios.
- d) La reapertura de farmacia que hubiere permanecido cerrada durante más de tres meses y menos de dos años.

(18) La caducidad por no apertura de la oficina de farmacia autorizada se regulaba — conviene precisar que sin hacer mención expresa a la institución de la caducidad— en el art. 3 del Decreto de 31 de mayo de 1957. Dicho precepto establecía que una vez otorgada la autorización la oficina de farmacia debía ser efectivamente abierta al público en un plazo de seis meses, prorrogable por tres más en determinadas circunstancias; y el apartado 2 disponía que el incumplimiento de ese deber de apertura dentro de plazo «implicará la pérdida de todos los derechos que la autorización concedida hubiera podido conferir al solicitante».

(19) El art. 6.1 del Decreto de 31 de mayo de 1957 disponía literalmente que «si por cualquier causa se cerrase una farmacia, permaneciendo en tal situación durante dos años, se considerará caducada la autorización de funcionamiento de la misma».

de las farmacias en el momento histórico al que me estoy refiriendo se completaba con una serie de Órdenes de desarrollo, que venían a aclarar o complementar al Decreto de 31 de mayo de 1957 en diversos extremos como, dicho sea a modo de simple ejemplo, los criterios de medición de distancias entre farmacias (20), el régimen de traslados de local (21) o, en fin, los derechos hereditarios en la materia (22).

Finalmente, el último paso en la conformación del régimen jurídico de las farmacias anterior a la regulación vigente en la actualidad, y en el que vuelven a quedar patentes tanto el espíritu intervencionista y limitador de la apertura de nuevas farmacias, como los planteamientos proteccionistas de los profesionales ya establecidos, lo constituye el fundamental RD 909/1978, de 14 de abril, regulador del establecimiento, transmisión e integración de Oficinas de Farmacia. Esta norma constituye sin duda una regulación más completa y más precisa que sus predecesoras de 1941 y 1957, en la medida en que aglutinó y dispensó un tratamiento unitario, amén de más detallado, a los diversos aspectos que hasta el momento se regulaban de manera dispersa en Órdenes ministeriales (23), al tiempo que introdujo una reglamentación origi-

(20) En materia de medición de las distancias que debían respetar las nuevas farmacias con las preexistentes, el art. 1.3 del propio Decreto de 31 de mayo de 1956 preceptuaba que «la medición de la distancia habrá de efectuarse por el camino vial más corto, sin deducción alguna, y se hará por el eje de la calle o camino». En desarrollo, o con el objeto de aclarar dichos parámetros, se dictó la Orden de 1 de agosto de 1959, de normas para la medición de distancias para la instalación de oficinas de farmacia.

(21) La cuestión de los traslados de boticas era objeto de una atención secundaria o marginal por parte del Decreto de 31 de mayo de 1957. En concreto contenía sólo dos breves alusiones. La primera de ellas, en el art. 5.1-a), por la que se eximía del cumplimiento de los cupos de población y de las distancias mínimas a los traslados forzosos de local por causa no imputable al titular de la farmacia. Y la segunda de las previsiones acerca del traslado se contenía en la Disposición Final, con arreglo a la cual se eximía de obtener nueva autorización a las farmacias «adquiridas por cesión, traspaso o cualquier título contractual, que ya existieran en 24 de enero de 1941, las autorizadas después de dicha fecha y las que en lo sucesivo se autoricen». Es obvio que la lacónica referencia a la exención de los requisitos generales de población y de distancias mínimas para los casos de traslado forzoso de las oficinas de farmacia requería una mayor precisión normativa, y con tal objeto se dictó la Orden de 23 de junio de 1961, sobre traslado forzoso de locales de farmacia.

(22) Al igual que sucedía con los traslados, a que se ha hecho referencia en la nota anterior, en el Decreto de 31 de mayo de 1957 el tema de los derechos sucesorios en materia de farmacias era tratado también de una manera tangencial, si bien hay que tener en cuenta que venía siendo habitual que los Estatutos de los Colegios de Farmacéuticos contuvieran algunas indicaciones sobre el mismo. En todo caso, la escueta atención prestada por el Decreto de 1957 se completó con la Orden de 16 de julio de 1959, sobre derechos de los herederos a continuar con la farmacia abierta.

(23) El espíritu de dar un tratamiento normativo unitario al régimen jurídico de las farmacias se puso de manifiesto incluso en el desarrollo posterior dado al Decreto 909/1979, de 14 de abril.

naria sobre aspectos que con anterioridad no habían sido objeto de atención. En esencia, merece la pena destacar que el RD 909/1978 mantuvo la limitación a la apertura de nuevas oficinas de farmacia sobre la base de la exigencia de módulos de población y de distancia (24); definió unos requisitos mínimos para los locales de farmacia (25); y, en fin, reguló con cierto determinismo el traslado (26) y la transmisión, tanto *inter vivos* (27) como *mortis causa* (28). Por otra parte, y fuera ya de lo que en términos estrictos podría-

En concreto, y al contrario de lo que sucedió con los Decretos de 24 de enero de 1941 y de 31 de mayo de 1957, que fueron objeto de un desarrollo disperso en una multiplicidad de Órdenes, este Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, fue objeto de un desarrollo general a través de dos Órdenes, una de 21 de noviembre de 1979, y otra de 17 de enero de 1980, sobre funciones y servicios de las Oficinas de Farmacia.

(24) La población y las distancias mínimas que debían separar las farmacias se establecían en el art. 3 del Real Decreto 909/1978. En cuanto a la población, se fijaba un cupo máximo de una farmacia por cada 4.000 habitantes, si bien dicha cantidad se exceptuaba ante la concurrencia de determinadas circunstancias, a saber: a) si en un Municipio el número de farmacias no se acomodaba, por exceso, a esa proporción de una por cada 4.000 habitantes, se permitía la instalación de una nueva farmacia por cada incremento de población de 5.000 habitantes; b) si la oficina que se pretendiera instalar hubiera de atender a un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes; c) en los Municipios resultantes de concentración o fusión con otros anteriores, y cuyo censo resultante fuese inferior a 12.000 habitantes y no formasen un casco urbano único, debían computarse únicamente los habitantes del núcleo donde ya se encontrase abierta una farmacia y de aquellos otros núcleos situados a una distancia no superior a 3 km de aquél.

Por cuanto se refiere a la distancia mínima entre farmacias, el propio art. 3.2 del RD 909/1978 la fijaba en 250 metros, o bien en «500 o más metros» en el caso de que la farmacia para cuya apertura se solicitase la autorización hubiese de prestar la atención farmacéutica a un núcleo de población de más de 2.000 habitantes.

(25) Los requisitos que habían de reunir los locales para que en ellos se pudiese proceder al establecimiento de nuevas farmacias eran los siguientes (art. 2 RD 909/1978): a) tener acceso libre, directo y permanente a una vía pública; b) tener una superficie mínima, en una o más plantas, de al menos 60 metros cuadrados; y c) que la distribución y los requisitos de sus instalaciones y servicios se ajustaran a las normas establecidas al respecto por la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, previo informe del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos.

(26) Con respecto a los traslados, el art. 7 distinguía entre traslados forzosos y voluntarios, y los sometía a ambos a autorización que debía ser otorgada con carácter reglado siempre que el nuevo local reuniese los requisitos generales señalados en notas anteriores y que se respetasen las distancias mínimas con otras boticas.

(27) Las reglas esenciales establecidas en el art. 5 RD 909/1978, de 14 de abril, en materia de cesión, traspaso, o venta de farmacia eran las tres siguientes: a) sólo era posible el traspaso a otro farmacéutico; b) la farmacia debía llevar abierta al público un mínimo de seis años; c) si la oficina que se pretendía traspasar distaba de otras farmacias menos de 250 metros, se reconocía a los farmacéuticos colindantes un derecho de adquisición preferente o de tanteo, siempre que la adquisición de la botica por su parte tuviera por objeto proceder a la clausura o amortización de la misma.

(28) La transmisión por causa de muerte en materia de farmacias se regulaban en el art. 6 RD 909/1978, de 14 de abril. El aludido precepto disponía que si el heredero era titulado en farmacia o si el cónyuge o hijos del farmacéutico fallecido estaban estudiando la carrera de farma-

mos calificar como intervención administrativa, cabe observar cómo el Real Decreto al que se dedica el presente análisis concretó las funciones de los Colegios Provinciales de Farmacéuticos en el procedimiento autorizatorio, ampliándolas con respecto a las que les reconocía la normativa previa. En tal sentido, además de otorgarles la competencia instructora, que ya les correspondía en virtud del Decreto de 31 de mayo de 1957, les asignó la formulación de la propuesta de resolución (29); atribución ésta que en la práctica no fue sino el preludeo de la posterior delegación a los propios Colegios del ejercicio de la función resolutoria de determinados expedientes (30).

Los contenidos del RD 909/1978, de 14 de abril, han servido, en fin, de fuente principal de inspiración del régimen vigente en la actualidad sobre ordenación farmacéutica. En efecto, tanto la Ley básica estatal como la generalidad de las normativas autonómicas se muestran claramente tributarias de la evolución histórica habida en la materia y, de modo particular, de este Real Decreto de 1978. No en vano, todas las regulaciones en cuestión profundizan en la sujeción de la actividad farmacéutica a una intervención administrativa más o menos intensa pero en todo caso basada en los mismos o similares elementos que el precedente RD 909/1978, esto es: sometimiento a autorización previa con arreglo a cupos de población y distancias mínimas, limitación de la transmisión, condicionamiento del traslado, exigencia de requisitos a cumplir por los locales, etc. En particular, interesa hacer hincapié en que la LSOF ordena con carácter básico que la ordenación territorial de los establecimientos farmacéuticos —función ésta de incumbencia autonómica— deberá hacerse por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia (art. 2.2), si bien deja en manos de cada legislador autonómico la concreción de dichos parámetros.

cia, podían seguir al frente de la misma, aunque en este último caso de sucesión por estudiante, caducaba la reserva de la titularidad de la botica si perdían dos cursos de la licenciatura de manera consecutiva o tres de manera alterna. Para el supuesto de que ninguno de los herederos fuese ni farmacéutico ni estudiante de farmacia, el Real Decreto permitía el traspaso a favor de terceros, estableciendo un orden de preferencia entre los distintos posibles adquirentes.

(29) Véase en ese sentido el art. 9 RD 909/1978, el cual atribuía a los Colegios Provinciales de Farmacéuticos el cometido de «tramitar y formular propuestas de resolución» en los expedientes de autorización de apertura de farmacia, de cesión, traspaso o venta a favor de farmacéuticos colindantes a menos de 250 metros de distancia con el objeto de clausurar o amortizar la farmacia traspasada, y en caso de cesión, traspaso o venta por los herederos del farmacéutico titular fallecido.

(30) En efecto, por Resolución de 30 de noviembre de 1978 se facultó a la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, titular de la competencia para resolver los procedimientos en la materia, para que delegase en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos la resolución de aquellos expedientes respecto de los cuales ya les correspondía formular la propuesta de resolución en virtud del art. 9.1 del RD 909/1978.

El modelo intervencionista dio lugar a nuevas controversias tras la entrada en vigor de la Constitución, de manera singular acerca de si dicho régimen era compatible con los principios de igualdad, libre ejercicio de profesión u oficio y libertad de empresa, reconocidos respectivamente en los arts. 14, 35 y 38 de la Norma Fundamental. Interesa por ello hacer algunas referencias al antedicho debate sobre la constitucionalidad o no del modelo intervencionista y a cómo el Tribunal Constitucional ha resuelto esta polémica cuestión en una línea legitimadora de los planteamientos legislativos tradicionales en el sector.

2. El debate acerca del sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención administrativa en el Derecho español interno. En particular, su legitimidad constitucional

Acaba de señalarse cómo tras la entrada en vigor de la Constitución surgió una interesante controversia —todavía viva en la actualidad— concerniente a la compatibilidad del mantenimiento del modelo de intervención administrativa en materia de farmacias con los principios de igualdad (art. 14 CE), libre ejercicio de profesión u oficio (art. 35 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE), consagrados por el Texto Fundamental. El aludido debate se halla planteado en unos términos claros, que dan lugar a dos posturas doctrinales perfectamente definidas y difícilmente conciliables.

Por un lado cabe identificar una línea interpretativa clásica o tradicional, decididamente favorable a los planteamientos limitativos de la libre apertura de oficinas de farmacia. Esta interpretación pivota fundamentalmente en torno a la idea de que si bien la dispensación de medicamentos es configurada por la Ley como una actividad privada o mercantil, la misma reviste un claro interés público que respalda la intervención de la Administración. Más exactamente, se aduce al respecto que la farmacéutica constituye —y en la actualidad es definida de ese modo por el Derecho positivo— una actividad sanitaria privada de interés general, toda vez que de su correcto desarrollo y prestación depende ni más ni menos que un interés tan importante como es la salud pública (31). Desde este

(31) No estimo oportuno entrar en este punto del trabajo a lucubrar sobre la cuestión dogmática relativa a la naturaleza jurídica de la actividad farmacéutica. Se trata de un extremo que ha sido estudiado por numerosos autores, y que se debate entre la calificación como «servicio público impropio» o, en la mayoría de las ocasiones, como «actividad privada de interés general». El propio Tribunal Supremo se refiere a la actividad de dispensación de medicamentos con ambas calificaciones de manera indistinta. Así por ejemplo, SSTs de 28 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4535), de 30 de septiembre de 1986 (RJ 1986/6109), y de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5248). Esa misma consideración está en fin presente en la propia legislación, de la que la muestra más evidente es el art. 1 LSOF, en el que se define a las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios privados de interés público».

punto de vista, la sujeción de las oficinas de farmacia a intervención administrativa estaría justificada, por un lado, en la necesidad de que la Administración controle el acceso de los ciudadanos a unos productos —los medicamentos— intrínsecamente peligrosos (32). Y por otra parte, pero en íntima conexión con la afirmación anterior, la razón de ser del intervencionismo en el sector residiría en la necesidad de garantizar un correcto abastecimiento de medicamentos a la totalidad de la población y en cualquier lugar del territorio nacional. La restricción del número de farmacias serviría así para evitar los eventuales desequilibrios territoriales a que podría conducir un régimen de libre apertura, el cual podría dar lugar a una situación de concentración de farmacias en las zonas económicamente más rentables, en perjuicio de las zonas rurales, que podrían llegar a quedar en situación de real desatención (33).

(32) Véase en ese sentido los clásicos estudios de Alejandro NIETO: *La Ley alemana de Farmacia de 28 de agosto de 1960*, RAP nº 35, mayo-agosto de 1961, págs. 361 y sgs; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Acción administrativa sanitaria...cit*, p. 129; y Luis MARTÍNEZ CALCERRADA: *Interpretación jurisprudencial de la legislación habilitante del número de farmacias*, en «Actualidad Administrativa» 12/1990, págs. 135 y sgs. No me resisto a transcribir las palabras del primero de los autores citados, las cuales reflejan a la perfección la que a su juicio es la razón de ser principal —aunque no exclusiva— del necesario sometimiento de la actividad farmacéutica a un régimen de intervencionismo administrativo: «No es un azar que durante siglos haya existido y exista en todos los países civilizados una fuerte intervención administrativa sobre farmacias y boticarios. Un Estado liberal puede abstenerse de intervenir y controlar el comercio de mercaderías ordinarias; nunca dejará de hacerlo en las farmacias, ya que la salud pública está en juego. El producto farmacéutico es tan importante como la actividad del médico: es su complemento. La existencia del uno sin la otra es inimaginable. Y por lo mismo que el ejercicio de la medicina ha estado y estará siempre estrechamente controlado por la Administración, también ha de estarlo la farmacéutica. No se trata solamente (aunque ya fuera por sí sólo bastante) de que haya medicinas peligrosas, cuyo tráfico debe regularse, o que el uso indebido o imprudente de la mayoría puede ser perjudicial, si no aparece rodeado de las mayores garantías. La realidad es que fuera del mundo de la farmacopea hay numerosas sustancias peligrosas y aun mortales: el presunto suicida no precisa necesariamente del recurso al veronal para quitarse la vida mientras haya azoteas elevadas, cuya utilización a tales fines nunca podrá evitarse; como tampoco es la morfina el único vicio que perjudica al organismo. Lo que caracteriza la especialidad farmacéutica no es la peligrosidad potencial de sus productos, sino el que esta peligrosidad forme parte de su propia naturaleza y destino. Esto tiene de común con la industria de las armas de fuego: puede matarse con veronal o con un raticida, con un martillo o con una pistola, pero siempre estará libre el tráfico de raticidas y martillos, y regulado el de pistolas y veronal, porque la peligrosidad de éstas es directa, radica en su misma esencia y fin, mientras que la de aquéllas es únicamente potencial, como desviación de su uso primario».

(33) Sobre la necesidad de garantizar una correcta atención farmacéutica al conjunto de la población con independencia del lugar o ubicación, como argumento a favor de un sistema de limitación o intervención administrativa en materia de farmacias, ha hecho hincapié Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *La constitucionalidad de la legislación sobre establecimientos farmacéuticos*, en «Revista de Administración Pública» nº 39, octubre-diciembre de 1983, pág. 596 y, más recientemente, en su trabajo: *El futuro de la oficina de farmacia*, en «Derecho y Salud» vol. 5/2, julio-diciembre de 1997, págs. 147 y sgs. En fechas más próximas ha incidido en esta consideración Francisca VILLALBA PÉREZ:

Frente a la postura a que acaba de hacerse referencia, hay que referirse a una segunda posición doctrinal que se muestra crítica con el régimen intervencionista habitual en nuestro Derecho farmacéutico de las últimas siete décadas y que, en lógica coherencia con sus postulados, aboga por la articulación de un modelo liberalizador del sector. Los argumentos aportados por los numerosos autores que se han posicionado en esta línea de entendimiento son variados. Así por ejemplo, se ha señalado que la justificación del sistema de limitación de apertura que caracteriza al Derecho farmacéutico español en el propósito de asegurar una mejor asistencia sanitaria a los ciudadanos no es en realidad sino una excusa para disfrazar su verdadera razón de ser, que no es otra que la protección de los intereses particulares de los boticarios ya establecidos frente a los licenciados que aspiran a abrir nuevas farmacias (34). Para reforzar esta última idea, los autores han hecho hincapié en la afirmación según la cual el sometimiento a intervención administrativa, y en particular la restricción del número de farmacias, no son indispensables para garantizar una correcta distribución y dispensación de los medicamentos a la ciudadanía (35), y que dicho objetivo se vería igualmente satisfecho mediante un sistema de libertad de establecimiento, sin perjuicio de que la Administración mantuviera su intervención a través de las técnicas tradicionales de limitación o policía (sujeción a autorización previa en un régimen de *numerus apertus*, regulación de la actividad, ejercicio de potestades de inspección o control y, como consecuencia de éstas, definición de un régimen sancionador, etc.) (36). Del mismo modo, se ha sostenido que la

La profesión farmacéutica, ed. Marial Pons, Madrid, 1997, págs. 105 y sgs, quien denuncia que «la oficina de farmacia en el medio rural esta sumida en un completo abandono por parte de los organismos oficiales».

(34) *Vid.* en ese sentido, entre otros varios, a José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento... cit*, págs. 9-10; y a Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia... cit*, pág. 152.

(35) En relación con la virtualidad del modelo de limitación del número de farmacias, se ha señalado igualmente que el mismo no es un elemento necesario para asegurar una rentabilidad mínima de las farmacias abiertas al público, sino que dicha rentabilidad depende más bien del precio del producto, es decir, del precio del medicamento, así como del nivel de vida y del Producto Interior Bruto de cada país. Sobre esta idea incide Ramón MARTÍN MATEO: *La Ordenación de las oficinas de farmacia... cit*, pp. 151-152, quien sobre la base de datos estadísticos explica cómo las farmacias no son precisamente más rentables en los países en los que existe un régimen de limitación que en aquellos con un modelo liberalizado como por ejemplo Gran Bretaña y Alemania.

(36) Véase al respecto a Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA y PÉREZ: *¿Cómo, cuándo y dónde se abre una farmacia?*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 29-30 y a Miriam CUETO PÉREZ: *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, págs. 55-57, autores ambos que abogan por un sistema de *numerus apertus* en el que, a fin de garantizar una correcta dispensación de los medicamentos, la actividad farmacéutica se someta a las potestades de policía o de limitación administrativa, y en la que la Administración lleve a cabo intervenciones puntuales en las zonas en que la iniciativa privada no cubra las necesidades de la pobla-

implantación de un régimen de liberalización es una exigencia derivada del propio ordenamiento jurídico español (37), aunque este último planteamiento ha sido rechazado por la jurisprudencia (38).

En cualquier caso, el fundamento que ha servido de sostén principal a la doctrina contraria a la limitación de las oficinas de farmacia, y que es lugar común de todos sus defensores, es sin duda la ya indicada consideración de que la misma resulta discordante con los principios constitucionales de igualdad, libre elección de profesión u oficio, y libertad de empresa. La argumentación dada a favor de esta interpretación puede sintetizarse en tres ideas diversas (39). Por un lado, el quebranto del principio de libertad de empresa derivaría del hecho de que, al limitarse el número máximo de farmacias se está impidiendo *de facto* a un importante colectivo de licenciados la creación o apertura de su propia oficina de farmacia. Asimismo, y puesto que se cierra a dichos facultativos la posibilidad de desempeñar la que posiblemente es la más genuina dedicación de un farmacéutico, todo ello con base en criterios objetivos ajenos a ellos y no a parámetros subje-

ción, por no ser rentable la apertura de una botica. En cualquier caso, la autora citada señala que en el actual contexto empresarial y laboral es difícilmente imaginable que ningún licenciado esté dispuesto a abrir una farmacia en los municipios de población reducida.

(37) José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento...cit*, págs. 44-48, afirmó que la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, introdujo una serie de principios con los que el régimen de limitación en la apertura de oficinas de farmacia era difícilmente compatible. Los principios en cuestión son los siguientes:

- a) La configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios vinculados al Sistema Nacional de Salud (art. 97 LM), unido al hecho de que la Ley General de Sanidad reconozca el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias conforme a los artículos 35 y 38 de la Constitución, y que el art. 89 consagre la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 CE.
- b) El principio de continuidad en la prestación del servicio farmacéutico (art. 3 LM).
- c) El principio de sujeción a previa licencia de la actividad de venta de medicamentos y a control técnico sanitario de los establecimientos (arts. 3, 78, 79 y 87).
- d) El principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado, conforme al que se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendientes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias (art. 93.1 LM).

(38) En efecto, esta posible interpretación según la cual la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento supusieron el fin o la abolición de la limitación en el número de farmacias fue expresamente rechazada por el Tribunal Supremo, concretamente en sus Sentencias de 11 de noviembre de 1995, y de 25 de enero de 1996 (RJ 1996/425).

(39) Para una detenida exposición y una más detallada argumentación sobre este particular, véanse los trabajos de José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento... cit*, págs. 31 y sgs. y 51-52; y, en fechas más recientes, Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE: *La propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia: su reforma a la luz del interés público*, en «Derecho y Salud» núm. 5, 1997, págs. 181 y sgs.

tivos de capacitación o aptitud profesional, se estaría negando la posibilidad de elegir libremente su profesión u oficio, vulnerando además el principio de igualdad (40). Y en fin, en íntima conexión con las dos afirmaciones precedentes, la discordancia con el principio de igualdad vendría a su vez ocasionada por la circunstancia de que el modelo de intervención vigente opera como un modo de protección de los farmacéuticos que ya cuentan con farmacia abierta, a costa o en perjuicio de los facultativos con aspiraciones de abrirla (41).

El debate acerca de la restricción de la apertura de las oficinas de farmacia no se ha quedado empero en el terreno doctrinal, sino que ha tenido su correspondiente reflejo jurisprudencial. En efecto, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo se han mantenido al margen de la polémica que

(40) Me parece de sumo interés precisar y aclarar la afirmación hecha en el texto según la cual los principios de igualdad y de libre elección de profesión u oficio se entenderían vulnerados no tanto por el hecho de que se impida a los titulados la posibilidad de elegir la gerencia de una oficina de farmacia como forma de vida, cuanto por la circunstancia de que el acceso a la titularidad de una farmacia no dependa de sus mayores o menores aptitudes como profesionales farmacéuticos, sino de datos objetivos ajenos a su persona, tales como la población o las distancias. Básicamente, conviene subrayar que en esta lectura de los dos principios constitucionales aludidos y en su aplicación al ámbito de la apertura de farmacias ha sido fundamental la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11 de junio de 1958, relativa precisamente a la ordenación de las farmacias en la entonces República Federal de Alemania, donde fue formulada sin ambages, y en la que se consagró la idea de que el legislador no es libre de someter el acceso a una profesión a los condicionamientos que considere más oportunos, sino que hay que distinguir aquellas exigencias relativas a una determinada formación de la capacidad individual (presupuestos subjetivos) —las cuales pueden reputarse legítimas—, y aquellas condiciones que son ajenas o independientes de las cualidades personales del solicitante (presupuestos objetivos) —que son por ende inconstitucionales—. Para un comentario de esta Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, véase el trabajo ya citado de Alejandro NIETO: *La Ley alemana... cit*, págs. 379-380, del que extraigo la exposición hecha en este lugar.

(41) Al afirmar que el régimen de apertura de farmacias vigente en España vulnera el principio de igualdad en la medida en que protege a los farmacéuticos que ya son titulares de una farmacia, a costa de los licenciados que aspiran a acceder a esa titularidad, los defensores de la liberalización del sector se están haciendo eco de una línea de entendimiento plenamente asumida y consolidada en la doctrina española. En efecto, hace ya más de cuatro décadas que, entre nosotros, Rafael ENTRENA CUESTA: *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública» n.º 37, enero-abril de 1962, pág. 74, hacía referencia a la doctrina del *beatí possidentes*, originariamente acuñada por el autor francés SAVATIER (*Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952), según la cual era contrario al principio de igualdad la protección legal de quienes desarrollan una determinada actividad en perjuicio de los aspirantes a ejercerla. Y ENTRENA CUESTA terminaba afirmando que «muchos ejemplos podrán citarse en este punto y, entre ellos, quizás pocos tan notorios como el que suponen las limitaciones para la apertura de las farmacias», conclusión ésta que con posterioridad ha sido recogida por numerosos estudiosos de la ordenación jurídica de las farmacias en España.

nos ocupa, sino que, por el contrario, ambos han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad del sistema, y han coincidido en declarar la legitimidad jurídica y constitucional del mismo. En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene proclamado en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio —cuyos planteamientos han sido posteriormente reiterados por otros pronunciamientos (42)— que la Constitución admite tanto un sistema de libertad de establecimiento como un modelo de apertura intervenida y limitada de farmacias, de modo que el régimen vigente es perfectamente legítimo y no vulnera principio constitucional alguno (43). Entrando más al fondo de los razonamientos del intérprete supremo de la Constitución, y con relación en primer lugar al principio de igualdad, caber subrayar cómo ha sentado que en absoluto afecta a dicho principio la circunstancia de que los titulados que quieran ejercer su profesión como titulares de una farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla.

Por cuanto se refiere a la eventual vulneración del principio de libertad de empresa, tradicionalmente el Tribunal Constitucional le ha otorgado un contenido esencial en el que está integrado «el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por lo tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (44). Partiendo de la anterior configuración, y en lo que concierne de manera específica a la apertura de farmacias, el Tribunal ha realizado no obstante dos matizaciones diversas que le conducen a reconocer la legitimidad del modelo de *numerus clausus*. Por una parte afirma que el principio de libertad de empresa no equivale al «reco-

(42) Obviamente, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno al contenido y alcance de los principios de igualdad, libre elección de profesión u oficio y libertad de empresa son muy numerosos, siendo de especial interés a los efectos del presente estudio aquéllos relativos a la apertura y, en general, al régimen de los establecimientos comerciales. Sin ningún ánimo de exhaustividad pueden citarse al respecto las SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 17/1990, de 7 de febrero; 225/1993, de 8 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; o 127/1994, de 5 de mayo. En cualquier caso la compatibilidad del régimen de intervención en materia de farmacias con los aludidos principios constitucionales ha sido objeto de pronunciamientos específicos por parte del Tribunal, pronunciamientos que son evidentemente los que se toman como referencia en esta exposición. Se trata de las SSTC 83/1984, de 17 de julio, 109/2003, de 5 de junio; y 124/2003, de 19 de junio. Especial interés reviste la segunda de las Sentencias mencionadas, toda vez que en ella se lleva a cabo un recorrido por la jurisprudencia del TC recaída en la materia con anterioridad.

(43) Al hilo de esta afirmación contenida en la STC 83/1984, de 17 de julio, ha afirmado Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 156, que «el Tribunal español no ha dado muestras de arrojo social ni de brillantez jurídica».

(44) Tomo la cita del Fundamento Jurídico 3-B) de la STC 225/1993, de 8 de julio, ya mencionada.

nocimiento de un derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad profesional, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden». Y en relación con ello concluye que la libertad de empresa no es un principio absoluto, y que su vigencia «no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado». Es decir, la libertad de empresa admite limitaciones al acceso al mercado, siempre que las mismas sean «proporcionadas a la finalidad de interés público a la que obedezcan», limitaciones que en el caso de las farmacias «encuentran aún mayor sustento por el hecho de que las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como “establecimientos sanitarios privados de interés público”, pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas» (45).

Un argumento similar al aducido a favor de la compatibilidad de la restricción del número de farmacias con el principio de libertad de empresa es el que lleva al Tribunal Constitucional a consagrar la avenencia entre aquella restricción y el principio de libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 CE. En este punto, el Tribunal parte de la distinción entre «elección de profesión» y «ejercicio de la profesión u oficio», para precisar que «el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 [de la CE] no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio» (46). A partir de la indicada diferenciación —que ha sido criticada y tildada de «relativa» por la doctrina (47)— el TC proclama la imposibilidad de que el legislador limite o condicione la libre elección de profesión u oficio pero, sin embargo, reconoce a los poderes públicos una facultad de intervención sobre el ejercicio de determinadas actividades —entre las que incluye la farmacéutica—, sometiéndolas a autorización o licencia administrativa previa, o a la superación de pruebas de aptitud, siempre y cuando dichas medidas se reputen necesarias para la protección de los intereses gene-

(45) Tomo las citas del Fundamento Jurídico 15 de la STC 109/2003, de 5 de junio, que a su vez sigue la línea interpretativa previamente marcada por las SSTC 83/1984, de 24 de julio; 17/1990, de 7 de febrero; y 127/1994, de 5 de mayo.

(46) STC 83/1984, de 24 de julio, FJ Tercero.

(47) En ese sentido, Leopoldo TOLIVAR ALAS: *La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio*, en el libro colectivo: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, ed. Civitas, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1.349-1.355; páginas en las que el autor estudia el alcance dado por el Tribunal Constitucional al derecho a la libre elección de profesión u oficio, precisamente en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio, relativa a la ordenación farmacéutica.

rales (48). No es éste, con todo, el único argumento que lleva al Tribunal Constitucional a admitir la aludida legitimidad del modelo de *numerus clausus*. Por el contrario, el Tribunal aduce también un razonamiento tan sencillo como es afirmar que no se produce quebranto del principio de libre elección de profesión u oficio por la sencilla razón de que regentar una botica es sólo una de las múltiples salidas profesionales de las que disponen los licenciados en farmacia, los cuales pueden por ende ejercer su profesión desarrollando otro tipo de ocupaciones (49).

Como señalaba, también el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el extremo que me ocupa en un sentido favorable a la legitimidad de la restricción del número de farmacias. Para ello ha desplegado un abanico de razonamientos que, en esencia, no son sino la asunción por su parte de los fundamentos aducidos por la doctrina científica en defensa de esta tesis, motivo por el cual no es menester abundar de nuevo en la exposición de los mismos (50). Ello no obstante, el Alto Órgano Jurisdiccional ha hecho gala de unos planteamientos moderados, al afirmar que, sin perjuicio de la aludida coherencia

(48) Véase en ese sentido el FJ 3 de la STC 83/1984, de 24 de julio; y el FJ 14 de la STC 109/2003, de 5 de junio.

La argumentación del Tribunal Constitucional en este punto merece a mi juicio una observación adicional. Y es que en principio la doctrina sentada en los pronunciamientos antedichos se refiere exclusivamente a la posibilidad de condicionar el ejercicio de la profesión a la obtención de autorización administrativa previa, o a la superación de pruebas de aptitud. Nótese como el Tribunal parece admitir que el acceso al ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos en oficinas de farmacia pueda someterse a condicionamientos atinentes a las capacidades y aptitudes del sujeto, pero no hace alusión alguna a criterios objetivos o ajenos a las aptitudes individuales de quien aspira a la titularidad de una farmacia. Pese a ello, esa fundamentación conduce al TC a declarar la legitimidad constitucional del modelo de planificación farmacéutica, en el que los parámetros determinantes del otorgamiento de la autorización son ni más ni menos que los cupos de población y las distancias mínimas entre farmacias.

(49) El razonamiento apuntado en el texto fue aportado originariamente, con la misma sencillez en su planteamiento, por el Tribunal Constitucional en su Auto 158/1992, de 28 de mayo, posteriormente recogido por la STC 109/2003, de 5 de junio. En el Fundamento Jurídico Segundo del mencionado ATC, en el que se planteaba precisamente la admisión a trámite de un recurso de amparo por entender que la revocación judicial de una autorización de apertura de oficina de farmacia en la entidad local menor aragonesa de Ontinar del Salz (Municipio de Zuera), puede leerse lo siguiente: «todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica, y el establecimiento de oficinas de farmacia, que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello».

(50) Una síntesis de los planteamientos del Tribunal Supremo en relación con el extremo que me ocupa puede verse, entre otras, en sus Sentencias de 31 de mayo de 1986 (RJ 1986/4479), de 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6729); de 13 de mayo de 1989 (RJ 1989/3708); de 24 de julio de 1990 (RJ 1990/6735); y de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5429).

constitucional de la intervención administrativa característica del sector, los postulados inherentes a los principios de libre ejercicio de profesión u oficio y de libertad de empresa impiden aducir el interés público como soporte de una tesis expansiva de las normas sobre limitación o intervención administrativa sobre la actividad farmacéutica. O lo que es lo mismo, en palabras del propio Tribunal Supremo, los indicados principios constitucionales imponen la necesidad de un entendimiento flexible y liberalizador de la normativa reguladora de la apertura y traslado de oficinas de farmacia. Sirva subrayar, en fin, que de la mano de la antedicha hermenéutica se ha ido consolidando una línea jurisprudencial presidida por un principio pro-apertura en la lectura o interpretación de los parámetros poblacionales y de distancias determinantes del otorgamiento de las autorizaciones (51).

III. LA CUESTIONABLE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE ORDENACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA CON EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1. El cuestionamiento de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica por parte de la Comisión Europea

Acaba de exponerse cómo el régimen español de ordenación de las oficinas de farmacia se ha caracterizado por estar en todo momento envuelto en una tan interesante como intensa polémica jurídica, centrada de manera fundamental en la legitimidad y oportunidad del modelo de planificación territorial de las mismas definido por las normas que disciplinan el sector. Puede no obstante advertirse que, tras el posicionamiento del Tribunal Constitucional a favor del indicado régimen de planificación territorial —posicionamiento cuyos términos y argumentos han quedado asimismo apuntados en el apartado precedente—, la controversia acerca de su adecuación al marco constitucional español podía considerarse superada o, cuando menos, consolidada la opción seguida por el legislador español.

En el escenario que acaba de quedar apuntado, el modelo español de planificación de las oficinas de farmacia ha vuelto a ser objeto recientemente de un nuevo embate, originado en esta ocasión por la presentación de numerosas denuncias por incumplimiento del Derecho comunitario, las cuales han

(51) Véase una formulación de este principio pro-apertura —también denominado en ocasiones principio *favor libertatis*—, entre muchas otras, en las SSTs de 28 de julio de 1988 (RJ 1988/6549), de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8631), de 21 de julio de 1992 (RJ 1992/6516), de 26 de enero de 1994 (RJ 1994/457), y de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996/2319).

dado pie a la reacción de la Comisión Europea (52). En efecto, en los últimos tiempos la citada institución comunitaria ha cuestionado numerosos extremos de la normativa sobre ordenación farmacéutica de varios Estados miembros; entre ellos España (53), a cuyo Gobierno remitió una carta de emplazamiento

(52) Es bien cierto que, como se ha indicado, tras el posicionamiento del Tribunal Constitucional español a favor de la constitucionalidad del régimen de planificación de oficinas de farmacia, cabía entender que desde la perspectiva del Derecho español interno la controversia acerca de la limitación del número de farmacias podía considerarse superada. La anterior circunstancia no supuso sin embargo el fin de la reivindicación de la liberalización del sector, sobre todo por parte de los licenciados en farmacia que no son beneficiarios de una autorización de apertura, los cuales han continuado reclamando en todo momento el establecimiento de un régimen jurídico de libre ejercicio de la profesión de boticario. Surgió así la denominada «Plataforma por el Ejercicio Libre de la Profesión», integrada por licenciados y doctores en farmacia españoles favorables a la libertad de establecimiento de oficinas de farmacia en España. Entre las actividades de la indicada Plataforma destaca, a los efectos del presente trabajo, la presentación de numerosas denuncias al Reino de España ante la Comisión Europea por el supuesto incumplimiento del Derecho comunitario; denuncias éstas que están en el origen de la acción de la Comisión a la que vengo haciendo referencia. La primera de las indicadas denuncias es la número 2001/5261. Con posterioridad al posicionamiento de la Comisión contrario a diversos aspectos de la regulación española sobre ordenación farmacéutica, las denuncias ha continuado presentándose. Es destacable, en tal sentido, la denuncia número 2006/4712-SG/CDC/2006/A/6327. Se trata en este último caso de un conjunto de denuncias de las que la Comisión acusó el correspondiente recibo, que se publicó en el DOUE de fecha 9 de septiembre de 2006, C 218/13.

(53) La acción de la Comisión Europea en orden a cuestionar la adecuación de la normativa sobre oficinas de farmacia al Derecho comunitario no tiene por objeto exclusivo el Derecho español, sino que se refiere o afecta igualmente a otros ordenamientos jurídicos. Al respecto es procedente hacer mención del comunicado de prensa de la propia Comisión Europea, IP/06/858, de fecha 28 de junio de 2006, en el que informa de sendos procedimientos por incumplimiento abiertos contra Italia, Austria y España.

Por lo que se refiere a la República Italiana, el precitado comunicado de prensa informa de que la Comisión ya ha interpuesto el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia en relación con dos aspectos, por considerarlos contrarios a la libertad de establecimiento (art. 43 TCE) y a la libre circulación de capitales (art. 56 CE). Por un lado, la Comisión cuestiona la prohibición de que las empresas que tienen una actividad de distribución de medicamentos (o están vinculadas a empresas que tienen esa actividad) adquieran una participación en el capital de empresas farmacéuticas privadas o farmacias municipales. Por otro lado, el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión pone en entredicho la norma transalpina que reserva en exclusividad la propiedad de las oficinas de farmacia privadas a titulados en farmacia o personas jurídicas integradas por éstos.

En cuanto a Austria, la acción de la Comisión se halla en la fase previa a la interposición del recurso por incumplimiento ante el TJCE, toda vez que por el momento tan sólo ha emitido un Informe motivado al amparo del art. 226 TCE, por supuesta infracción de la libertad de establecimiento ex art. 43 TCE. Los extremos de la normativa austriaca discutidos por la Comisión son numerosos. Por una parte, la posible discriminación para los no nacionales, derivada del hecho de que los nacionales no austriacos no puedan acceder a la autorización de explotación de farmacias que lleven abiertas menos de tres años. Se cuestiona asimismo la circunstancia de que se prohíba la apertura de farmacias en municipios en los que no haya consultorio médico; la limitación del número de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia entre ellas; la restric-

—de fecha 13 de julio de 2005— en la que ponía en entredicho la adecuación al Derecho comunitario de determinadas restricciones que en materia de establecimiento de oficinas de farmacia lucen en su normativa. Tras la correspondiente respuesta por parte del Gobierno español a la antedicha carta —respuesta de fecha 17 de octubre de 2005—, la Comisión, con arreglo a lo establecido en el art. 226.1 TCE, emitió Informe Motivado de 28 de junio de 2006, en el que imputa a la legislación farmacéutica española el incumplimiento del principio de libertad de establecimiento consagrado en el art. 43 TCE (54).

Los extremos de la normativa española que son discutidos por la Comisión Europea son en concreto tres. Por un lado, el modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia, el cual se traduce, como es de sobra conocido, en la supeditación del otorgamiento de nuevas autorizaciones de apertura

ción de la elección de la forma jurídica de la oficina de farmacia; y, en fin, la prohibición de explotación de más de una farmacia por un solo titular.

Como podrá comprobarse a continuación en el texto, algunos de los aspectos debatidos por la Comisión en relación con los Derechos italiano y austriaco son asimismo objeto del Dictamen Motivado dirigido al Reino de España.

(54) Conviene destacar que la posible incoherencia del régimen español de apertura de las oficinas de farmacia con el Derecho comunitario europeo ya fue sostenida en su día por algunos autores, si bien que con planteamientos diversos a los argüidos por la Comisión Europea en su Dictamen Motivado. Así lo entendió en su momento, por ejemplo, José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento...cit*, págs. 38-43, a la luz de la Directiva 85/433/CEE, de 16 de septiembre, por la que se regula el reconocimiento mutuo de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia; así como en virtud de la Directiva 85/432/CEE, de 16 de septiembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas. Si bien en su estudio de las indicadas normas jurídicas comunitarias el aludido autor reconoce expresamente que ambas Directivas dejan en manos de las legislaciones internas de los Estados miembros la distribución geográfica de las farmacias y su sometimiento o no a un régimen de *numerus clausus*, afirma que las mismas marcan una orientación futura en el sentido de liberalizar el sector. En concreto, arriba a dicha conclusión al hilo del art. 1 de la primera de la Directivas mencionadas, el cual establece que los Estados deberán velar porque los titulados en farmacia «sean habilitados al menos para el acceso a las actividades» de preparación, control, almacenamiento y dispensación de medicamentos en farmacias abiertas al público». Lo cierto es que, esté o no presente esa supuesta orientación de las antedichas Directivas hacia un régimen de libre apertura de farmacias, en el momento presente el protagonismo exclusivo en este terreno sigue siendo de las legislaciones estatales, y la española se mantiene, como nos consta, claramente aferrada al modelo de limitación.

Menos optimista, al tiempo que más crítico, se muestra Ramón MARTÍN MATEO en relación a la virtualidad de las apuntadas Directivas comunitarias. Este autor observa como la normativa comunitaria, que en principio y en coherencia con sus postulados liberalizadores —recogidos expresamente para el ámbito de las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas en el actual art. 47.3 del Tratado Constitutivo— debería haber impuesto la liberalización del sector, no lo hace, sino que respeta la situación precedente en cada Estado miembro. [*vid. sobre el particular su trabajo: La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 151].

al cumplimiento de determinados módulos mínimos de aumento de población, así como al respeto de unas distancias mínimas respecto de las farmacias pre-existentes. La Comisión cuestiona por otro lado las normas españolas sobre propiedad de las farmacias, y más exactamente las circunstancias de que la propiedad de las mismas se reserve a favor de los titulados en farmacia y se prohíba la acumulación de farmacias en manos de un solo titular. En fin, a juicio de la Institución comunitaria son asimismo contrarios a la libertad de establecimiento determinados aspectos del procedimiento de otorgamiento de autorizaciones de farmacia y, en particular, el hecho de que algunas normas autonómicas, como sucede significativamente con la valenciana, reconozcan una suerte de prioridad a los farmacéuticos con experiencia profesional en su territorio, en orden al otorgamiento de las nuevas autorizaciones.

El planteamiento de la Comisión Europea supone una clara amenaza para el mantenimiento del régimen jurídico español de las oficinas de farmacia vigente en la actualidad y que, en los términos expuestos, tiene su origen más remoto en el Decreto de 24 de enero de 1941. No en vano, a tenor del art. 226 TCE el antedicho Dictamen motivado de la Comisión constituye el preludeo del correspondiente recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, toda vez que el Estado español no ha procedido a la adaptación de la indicada regulación a la normativa comunitaria en los términos y en el plazo de dos meses indicados por el propio Dictamen motivado. Ello significa que, en caso de que la Comisión decida finalmente la formalización de la denuncia por incumplimiento, una eventual sentencia estimatoria de la misma implicaría la exigencia de emprender una reforma legislativa orientada hacia la liberalización del sector, en el sentido de eliminar las actuales restricciones cuantitativas a la apertura de nuevas oficinas de farmacia, de excluir la exigencia de la titulación en farmacia para poder acceder a la titularidad de ellas, y de permitir la concentración de varias boticas por un solo propietario o empresario.

Con independencia de que finalmente la Comisión materialice o no la denuncia por incumplimiento, y al margen asimismo de cuál sea en su caso la postura adoptada por el Tribunal de Justicia, lo cierto es que en España se ha reavivado de nuevo el debate acerca de la ordenación farmacéutica. En particular, me interesa destacar que —como era lógico y, por tanto, de esperar— tanto la Administración española como el propio sector farmacéutico han reaccionado posicionándose de manera decidida a favor del modelo vigente (55).

(55) Si bien es cierto que —en lógica coherencia con el futuro incierto que para el modelo español de ordenación farmacéutica vigente supone el planteamiento de la Comisión Europea— quienes han dedicado un mayor esfuerzo y han puesto un mayor énfasis en el debate han sido la Administración y el propio sector farmacéutico, no debe silenciarse cómo también quiénes postulan

Han proliferado de ese modo los informes en los que se aportan argumentos orientados a la defensa de la regulación española sobre oficinas de farmacia y su coherencia con la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE (56). En las páginas que siguen se lleva a cabo un estudio de los términos jurídicos en los que se halla planteada la controversia jurídica acerca de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica.

2. El título legitimador de la intervención de la Unión Europea en materia de ordenación farmacéutica: la sujeción de dicha materia a la libertad de establecimiento

Vistos los términos en que la Comisión Europea ha cuestionado la adecuación al Derecho comunitario del modelo español de planificación y titula-

la inadecuación del régimen español de ordenación farmacéutica al Derecho comunitario europeo han hecho sus aportaciones a favor de sus pretensiones. En este caso destaca el *Documento recopilatorio de apoyo a la Comisión Europea*, de octubre de 2006, elaborado por la Plataforma Nacional de Farmacéuticos por el Libre Ejercicio Profesional (FLEP), y que puede consultarse en las páginas web: <http://www.farmacialibre.net>, y <http://www.todofarmacia.org>.

(56) Entre los aludidos informes puede destacarse el *Informe relativo al contenido del Dictamen motivado de la Comisión Europea —referencia 2001/5261 C(2006) 2726 de 28 de junio de 2006— sobre presuntas restricciones a la libre competencia de la normativa española reguladora de las oficinas de farmacia*, emitido por el Ministerio de Sanidad y Consumo en respuesta al Dictamen motivado de la Comisión. En la misma línea de defensa del modelo español de ordenación farmacéutica frente al indicado Dictamen Motivado ha intervenido la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia, con sus *Alegaciones de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación al Dictamen motivado de la Comisión Europea sobre restricciones en materia de establecimiento de oficinas de farmacia en España*, de fecha 31 de julio de 2006. Por lo que se refiere a las instancias representativas del sector farmacéutico, cabe citar el *Dictamen relativo a la justificación del régimen de establecimiento de oficinas de farmacia en España (Frente al Dictamen motivado de la Comisión Europea de 28 de junio de 2006)*, emitido en fecha 27 de julio de 2006 por el equipo de abogados del Ariño y Asociados, Abogados, bajo la dirección del propio Gaspar Ariño Ortiz, a petición de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles. En el mismo sentido, y por parte también del sector farmacéutico, las *Observaciones de carácter jurídico/profesional al Ministerio de Sanidad para la contestación a la Comisión Europea en el procedimiento —Dictamen motivado— sobre restricciones de la legislación española reguladora de las oficinas de farmacia*, aportadas por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, de fecha 31 de julio de 2006. En fin, el Muy Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y la propia Federación Española de Farmacéuticos Españoles han suscrito un informe en junio de 2007, y que lleva por título *Marco legal de la farmacia en Europa. El modelo español de farmacia referente para el futuro de la farmacia en Europa*. Todos los informes, alegaciones y documentos que acaban de quedar apuntados —y junto a ellos abundante información actualizada sobre la controversia objeto de estudio— pueden encontrarse en la página web de la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de Sevilla: <http://www.aprofase.com>. Resulta asimismo de particular utilidad la recopilación documental sobre la materia contenida en la página web del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Segovia: <http://cofsegovia.portalfarma.com>.

ridad de las oficinas de farmacia, la primera cuestión a la que debe prestarse atención en este trabajo es la relativa a si la Unión Europea cuenta realmente con un título competencial que ampare o legitime su actuación en la materia, incidiendo o poniendo en entredicho las normativas del sector emanadas por los Estados miembros. Son dos los aspectos que sobre el particular apuntado interesa abordar. Por un lado, y dado que las oficinas de farmacia son caracterizadas por el Derecho español como establecimientos sanitarios y la dispensación de medicamentos como una prestación de índole sanitaria, conviene aproximarse al alcance del régimen competencial que en materia de «salud pública» recoge el art. 152 TCE. Y por otra parte, tras comprobar que a la Unión Europea no le es dado entrar a cuestionar los regímenes estatales de ordenación farmacéutica con base en sus competencias sobre «salud pública», es menester analizar hasta qué punto la tan reiterada ordenación debe respetar los designios derivados de las libertades fundamentales proclamadas por el Derecho comunitario y, en particular, las exigencias de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE.

A) La ausencia de competencias comunitarias sobre ordenación farmacéutica con arreglo al título relativo a «salud pública» (art. 152 TCE)

De conformidad con el orden de razonamiento expuesto en el párrafo precedente, se aborda en este punto del trabajo el estudio del alcance del reparto de competencias que en materia de «salud pública» se contiene en el art. 152 TCE. El objeto o razón de ser de dicho análisis consiste en determinar si el indicado título competencial legitima una actuación de la Unión Europea en materia de ordenación de las oficinas de farmacia, de modo que pueda cuestionar e incluso corregir los regímenes jurídicos estatales internos en la materia.

Es un hecho evidente por demás, que la ordenación farmacéutica, en tanto que materia objeto de regulación, tiene su acomodo lógico en el título competencial general relativo a la «salud pública», contemplado en el art. 152 TCE. A tal consideración conduce a mi juicio la circunstancia evidente de que el objetivo o interés justificativo de la actividad farmacéutica es ni más ni menos que la conservación y la recuperación de la salud de los ciudadanos (57). A su vez, la inclusión de la regulación de las oficinas de farmacia en la materia

(57) En palabras de María del Carmen VIDAL CASERO, «el principio esencial que domina las reglas articulares de la legislación farmacéutica está regido por el interés supremo de la salud pública» (vid. su libro: *Derecho farmacéutico I. Legislación, jurisprudencia, el ejercicio profesional*, ed. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2007, pág. 15).

«salud pública» se desprende con meridiana claridad de la propia caracterización que luce en el Derecho español, tanto de la actividad de dispensación de medicamentos, como de las oficinas de farmacia responsables de desempeñarla. En efecto, el ordenamiento jurídico español cuenta ya con una tradición de décadas, en la que la prestación farmacéutica —entendida ésta como la actividad orientada a garantizar el acceso de los ciudadanos a los medicamentos— se integra, como una más, entre las prestaciones del sistema público sanitario (58). Es esta una realidad que sigue siendo incuestionable en el momento presente, sin que sea preciso hacer mayores disquisiciones para demostrarlo. Basta en tal sentido con acudir a la normativa que disciplina el sector para comprobarlo, y en particular, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo art. 7 se define o delimita el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, dentro del cual se incluye expresamente la «prestación farmacéutica» (59).

(58) Para una visión sintética pero particularmente atinada de los términos en que, desde la segunda mitad del pasado siglo XX y hasta nuestro días, la prestación farmacéutica ha merecido la consideración de prestación de los servicios públicos sanitarios en España, es recomendable el trabajo de José VIDA FERNÁNDEZ: *La prestación farmacéutica como «subsistema» prestacional sanitario*, en el vol. col dirigido por José Luis MOLINERO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, ed. Comares, Granada, 2007, págs. 297-303. En particular, el citado autor observa como fue la Ley de 28 de diciembre de 1963, de Bases de la Seguridad Social, la que en su Base 6^a.27 incluyó la prestación farmacéutica como una más de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, con carácter gratuito, si bien que restringida a los tratamientos realizados en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social y a los que tuvieran su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en cuyo caso los afectados debían participar en el precio. A partir de ese punto de partida, la ampliación del alcance de la prestación farmacéutica, hasta llegar al contenido con el que hoy en día está dotada, ha ido de la mano del progresivo refuerzo o intensificación de que han sido objeto las prestaciones sanitarias públicas por parte del Derecho español.

No obstante lo anterior, cabe observar cómo con anterioridad a la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, es posible encontrar ya algunas manifestaciones de la preocupación del Estado por facilitar o garantizar el acceso de los ciudadanos a los medicamentos. Claro ejemplo de ello lo constituye la inclusión de la prestación farmacéutica entre las prestaciones incluidas en el denominado «seguro obligatorio de enfermedad», creado por Ley de 14 de diciembre de 1942, desarrollada por Reglamento aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943. Sobre el seguro obligatorio de enfermedad y la inclusión de la prestación farmacéutica entre las prestaciones del mismo, véase, entre otras aportaciones doctrinales, la monografía de Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO: *La ordenación sanitaria en España*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 64 y sgs (en particular, pág. 72).

(59) En efecto, el citado art. 7.1 LCC dispone en su párrafo primero que «El catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se considerarán prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos». Y en su párrafo segundo el mismo art. 7.1 LCC prosigue con una enumeración de las prestaciones incluidas en el catálogo en cuestión: «El catálogo compren-

En línea con la consideración legal de la asistencia farmacéutica como una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, el ordenamiento jurídico vigente aporta un segundo dato que contribuye a incluir la ordenación farmacéutica en el título competencial concerniente a la «salud pública». Se trata en este caso, tal como he anticipado en el párrafo anterior, de la calificación legal de las oficinas de farmacia. Tanto la LOF (art. 1) como la LGURM (art. 84.6) coinciden en definir las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios privados de interés público» (60). Esta caracterización de las boticas como establecimientos sanitarios implica sin duda un refuerzo de la idea de que la ordenación farmacéutica forma parte de la actividad sanitaria o de protección de la salud pública y, por tanto, ha de subsumirse en los esquemas competenciales en la materia, ya sea en el ámbito del Derecho interno de los Estados, como en el contexto comunitario europeo. Que la ordenación farmacéutica forma parte del título competencial concerniente a la salud pública o sanidad ha sido por otra parte reconocido sin ambages por parte del Tribunal Constitucional español (61) en muy numerosas Sentencias (62).

derá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, *la prestación farmacéutica*, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario».

Para un estudio de conjunto de las prestaciones que integran el aludido catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, véase la monografía de David LANTARÓN BARQUÍN: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios. Compendio de reflexiones jurídicas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

(60) La delimitación de las oficinas de farmacia tal cual aparece entrecomillada en el texto, luce en los citados preceptos de la LOF y de la LGURM. En una línea similar, aunque no coincidente, el art. 103 LGS, el cual se limita a señalar en su apartado 2 que «las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley».

(61) También la doctrina española ha concluido mayoritariamente que la ordenación farmacéutica integra la materia relativa a la sanidad interior, contemplada a efectos competenciales en el art. 149.1-16º CE. Véanse en tal sentido, sin ánimo alguno de exhaustividad, las aportaciones de José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA: *Las competencias de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica*, en «Revista Jurídica de Navarra» nº 20, 1995, págs. 83-87; Juan Francisco MESTRE DELGADO: *La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica*, en «Derecho y Salud» núm. 5/2, 1997, págs. 205-207; Francisca VILLALBA PÉREZ: *La profesión farmacéutica...cit*, págs. 235-241; Miriam CUETO PÉREZ: *Ordenación farmacéutica...cit*, págs. 21-24; Francisco Javier FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Las limitaciones a la libertad de apertura de nuevas oficinas de farmacia tras la reforma de la ordenación farmacéutica*, en el libro colectivo coordinado por Francisco SOSA WAGNER: *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo II, págs. 1.548-1.549.

Entre los autores españoles cabe identificar no obstante a quien en su momento sostuvo que la ordenación farmacéutica constituye una materia específica, ajena a la sanidad, y que por ello, ante la ausencia de un título competencial específico en la Norma Fundamental, debía considerarse que se trataba de una competencia residual, ex art. 149.3 CE. Sostuvo esta tesis Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 154.

(62) Por ejemplo, SSTC 32/1983, de 28 de abril; 42/1983, de 20 de mayo; 80/1984, de

Sentada, así pues, la idea de que la ordenación de las oficinas de farmacia forma parte de la materia relativa a la «salud pública», de modo que ha de reconducirse a los planteamientos competenciales de ésta, procede abordar a continuación el estudio de los términos en que el art. 152 TCE define el aludido régimen de distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea (63). La lectura del citado precepto del Tratado Constitutivo permite alcanzar dos ideas principales de singular trascendencia a los efectos del presente trabajo. De una parte, se observa cómo el papel reservado a las Instituciones comunitarias europeas en relación con la «salud pública» se centra de manera fundamental, aunque no exclusiva, en el desempeño de una labor complementaria a la de los Estados miembros. Ello implica, en fin, que la protección de la salud pública se configura como un sector excluido de la posibilidad de armonización normativa por parte de la Unión Europea. En efecto, las posibilidades de acción de la Unión Europea en materia sanitaria quedan en la práctica —y aunque con algún matiz— presididas por el principio de subsidiariedad, ex art. 5.2 TCE (64), y orientadas de modo fundamental a prestar apoyo o colaboración a las políticas sanitarias de los Estados miembros, al tiempo que a fomentar la cooperación entre ellos (65).

20 de julio; 109/2003, de 5 de junio; 152/2003, de 17 de julio; y 312/2006, de 8 de noviembre.

Para un estudio de la jurisprudencia constitucional acerca de la subsunción de la ordenación farmacéutica en el art. 149.1-16ª CE, relativo al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de «sanidad interior», me permito la remisión a mi trabajo: *La ordenación farmacéutica*, en el libro colectivo dirigido por Juan María PEMÁN GAVÍN: *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, vol. II, págs. 293-301.

(63) Interesa subrayar que la acción de la Unión Europea en materia de salud pública no contó con un título legitimador hasta el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), el cual introdujo en el TCE el art. 129. Con posterioridad, se dio un nuevo paso adelante en la implicación de la UE en materia de sanidad pública, con el Tratado de Ámsterdam, que modificó el precitado art. 129, el cual pasó a ser el vigente art. 152.

(64) Recuérdese que el principio de subsidiariedad de la acción de la Unión Europea se formula en el citado párrafo segundo del art. 5 TCE en los siguientes términos: «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».

(65) Sobre el carácter complementario de la acción de la Unión Europea respecto de la actividad de los Estados miembros han puesto el acento, de modo particular, Juan Mª PEMÁN GAVÍN: *Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la Sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, en «Revista de Administración Pública» nº 160, enero-abril de 2003, págs. 134-140 (trabajo éste incorporado a su recopilación de estudios sobre temática

Por otro lado, el segundo dato que se deduce del art. 152 TCE y que no debe pasarse por alto en este trabajo, se refiere a la circunstancia de que el citado precepto define una esfera competencial reservada a la soberanía de los Estados miembros y, por ende, infranqueable a la acción de las Instituciones comunitarias, al menos con arreglo a sus competencias sobre salud pública. Es inequívoco, en tal sentido, el apartado 5 del art. 152 TCE, a cuyo tenor: «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». Se trata por tanto de un reducto competencial reservado a la regulación por parte de la normativa interna de los Estados, el cual, como acertadamente se ha señalado por algún autor, implica que recaen sobre su exclusiva incumbencia aspectos tales como la determinación de los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria y el contenido de las prestaciones que se reconocen, las modalidades de organización y provisión de la asistencia o, en fin, las formas de financiación de las mismas (66).

La conclusión que se alcanza tras el análisis del alcance de las competencias comunitarias en materia de salud pública se muestra, en definitiva, evidente. Y es que la ordenación farmacéutica es reservada por el TCE a la soberanía de los Estados miembros, de modo que el título competencial sobre «salud pública» no otorga a las Instituciones de la Unión Europea la posibilidad de incidir en los regímenes internos articulados por los citados Estados. Así parece tenerlo asumido, por lo demás, la propia Unión Europea, tal como se deduce de las Directivas 432/1985 y 36/2005. En efecto, en los Considerandos que sirven de Preámbulo de la Directiva 85/432/CEE, de 16 de septiembre, del Consejo, de Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, puede leerse que «en particular, la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos continúan siendo competencia de los

sanitaria titulado: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, ed. Comares, Granada, 2005, págs. 317 y sgs.); César CIERCO SEIRA: *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a epidemias y otros riesgos sanitarios*, ed. Comares, Granada, 2006, págs. 102-107; y Carmen RODRÍGUEZ MEDINA: *Salud pública y asistencia sanitaria en la Unión Europea. Una Unión más cercana al ciudadano*, ed. Comares, Granada, 2008, págs. 18-23.

(66) Véanse en tal sentido las reflexiones de Juan M^º PEMÁN GAVÍN: *Asistencia sanitaria pública...cit.*, págs. 137-138. El autor matiza en todo caso que si bien la reserva competencial contenida en el art. 152.5 TCE a favor de los Estados ha determinado la inexistencia de disposiciones de Derecho comunitario derivado en las materias reservadas, no ha impedido la intervención legislativa de la Unión Europea en algunos extremos vinculados a la asistencia sanitaria transfronteriza. Tal es el sentido, por ejemplo, del Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio, sobre regulación comunitaria de la Seguridad Social de los trabajadores emigrantes.

Estados miembros». Y en términos sustancialmente coincidentes, la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, del Consejo y del Parlamento Europeo, de Reconocimiento de cualificaciones profesionales, reza en su Considerando 26 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». En fin, no ha de pasarse por alto que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado con rotundidad que el art. 152.5 TCE lleva a cabo un reconocimiento expreso de la competencia de los Estados miembros para organizar sus servicios sanitarios (67), entre los que obviamente hay que considerar incluida la dispensación de medicamentos a la ciudadanía.

B) La sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a las libertades fundamentales del Derecho comunitario como título legitimador de la intervención de la Unión Europea en el sector

Vista la imposibilidad de que con base en el título concerniente a «salud pública», ex art. 152 TCE, las Instituciones de la Unión Europea puedan intervenir en materia de ordenación de las oficinas de farmacia, es preciso detenerse en la cuestión relativa a si dicha intervención puede ampararse o justificarse en el eventual sometimiento de la actividad de dispensación de medicamentos a las libertades del Derecho comunitario y, en particular, a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. Cabe observar al respecto que precisamente éste es el argumento utilizado por la Comisión Europea para legitimar su Dictamen Motivado, de 28 de junio de 2006, en el que cuestiona el modelo de planificación y propiedad de las boticas en España. En concreto, y ante la oposición manifestada por el Ministerio de Sanidad y Consumo español a la aplicabilidad de la libertad de esta-

(67) En tal sentido, STJCE de de 13 de mayo de 2003 [asunto C-385/99, V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, y entre E.E.M. van Riet y Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (puntos 100 y 102)], y STJCE de 16 de mayo de 2006 [asunto C-372/04, Ivonne Watts contra Bedford Primary Care Trust y Secretary of State for Health (puntos 121 y 146)]. Interesa reproducir los citados apartados de este último pronunciamiento. Así, en el apartado 121 puede leerse que «el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y decidir qué volumen de recursos destinarán a su funcionamiento». Y en el punto 146 luce la misma conclusión, al afirmar el Tribunal de Justicia que «es preciso recordar que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

blecimiento al ámbito de las oficinas de farmacia, la Comisión considera que dicha aplicabilidad se halla reconocida por el TJCE en su Sentencia de 16 de mayo de 2006 (68). En dicho pronunciamiento judicial, tras el reconocimiento expreso por parte del Tribunal de Justicia de la competencia exclusiva de los Estados miembros «en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica» (69), puede leerse que el art. 152.5 TCE, atributivo de dicha competencia a los Estados, «no excluye, sin embargo que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 49 CE, o de medidas comunitarias adoptadas con arreglo a otras disposiciones del Tratado, ..., los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia» (70).

A pesar de la rotundidad de la STJCE traída al párrafo precedente, se han aportado algunos argumentos que cuestionan que la ordenación farmacéutica se encuentre sometida a la libertad de establecimiento y sus consecuencias. Dado que es éste un extremo crucial para determinar si el modelo español de planificación y propiedad de las oficinas de farmacia es o no ajustado al Derecho comunitario europeo, conviene prestarles atención. Se sostiene al respecto por parte de quienes defienden la coherencia de la legislación española en la materia con el Derecho de la Unión Europea, que la prohibición de que las autoridades comunitarias interfieran en los modelos de establecimiento de las farmacias de los Estados miembros deriva del reconocimiento expreso por parte de las Directivas 432/1985 y 36/2005 de la

(68) STJCE de 16 de mayo de 2006 (asunto C-372/04, *Ivonne Watts contra Bedford Primary Care Trust y Secretary of State for Health*).

(69) En efecto, el punto 146 de la antedicha STJCE de 16 de mayo de 2006, señala lo siguiente: «A continuación, es preciso recordar que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

(70) La STJCE de 16 de mayo de 2006, que acaba de ser parcialmente transcrita en el texto, recoge así doctrina ya formulada por el TJCE en sus Sentencias de 13 de mayo de 2003 [asunto C-385/99, *V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA*, y entre *E.E.M. van Riet y Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen* (punto 102)]; y de 5 de octubre de 2000 [asunto C-376/98, *Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo* (punto 78)].

El propio apartado 121 de la STJCE de 16 de mayo de 2006 incide en el mismo planteamiento, al afirmar que «aunque el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y decidir qué volumen de recursos destinarán a su funcionamiento, la realización de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado obliga no obstante inevitablemente a los Estados miembros a introducir adaptaciones en dichos sistemas, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia».

competencia exclusiva de los Estados en materia de distribución geográfica de las farmacias (71).

A las indicadas normas comunitarias me he referido en el apartado precedente. Sobre el sentido o alcance de las mismas señala la Comisión Europea en su Dictamen Motivado que los Considerandos carecen de valor normativo, teniendo como alcance exclusivo el determinar o fijar los límites de aplicación de las Directivas (72). Entiendo acertado este planteamiento de la citada Institución comunitaria. En efecto, no hay que olvidar que, en el caso concreto que nos ocupa, las Directivas en cuestión no tienen por objeto la ordenación de las oficinas de farmacia, sino que las mismas regulan un núcleo mínimo de actividades cuyo posible desempeño han de garantizar los Estados miembros a todos aquellos ciudadanos comunitarios que tengan determinada titulación. Lógicamente, siendo esa la razón de ser de las Directivas, no parece coherente atribuir a los Considerandos en los que se afirma que la competencia exclusiva en materia de distribución geográfica de oficinas de farmacia corresponde a los Estados miembros, otro sentido que el de definir el ámbito competencial en que ha de desenvolverse la actividad legislativa de la Unión Europea. O lo que es sinónimo, el sentido de los Considerandos en cuestión no es otro que el de reconocer que las Instituciones legislativas comunitarias carecen de competencia para armonizar las ordenaciones nacionales de las oficinas de farmacia; pero sin que ello implique a mi juicio, en contra de lo pretendido por algunos autores, una afirmación de que el régimen de apertura de boticas pueda llevarse a cabo al margen de la libertad de establecimiento.

(71) En tal sentido, por ejemplo, el dictamen dirigido por Gaspar ARIÑO ORTIZ: *Dictamen relativo a la justificación del régimen... cit*, págs. 20 y sgs. Igualmente, David BLANQUER: *Las oficinas de farmacia y las sociedades profesionales...cit*, págs. 32-34. Idéntica valoración del alcance de la Directiva 85/432/CE había sido sostenida, con anterioridad al envío del Dictamen Motivado por parte de la Comisión Europea, por Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *El sistema del medicamento en el Derecho de la Comunidad Europea (una propuesta metodológica)*, en «Derecho y Salud» núm. 3, enero-diciembre de 1995, págs. 42-43.

(72) Hay que notar la argumentación acerca del reconocimiento del valor normativo de las exposiciones de motivos de las Directivas comunitarias, y que en el caso concreto que nos ocupa los autores deducen sobre todo de la STJCE de 21 de marzo de 1991 (asunto C-60/89). Dicha Sentencia, si bien recurre al Considerando segundo de la Directiva 85/432/CEE, lo hace como argumento adicional al argumento principal que sirve al Tribunal para reconocer la competencia exclusiva de los Estados miembros para reservar la dispensación de los medicamentos a los titulados en farmacia en régimen de monopolio. El argumento principal de la STJCE es la Directiva 65/65 y el art. 34 de la Directiva 75/319/CEE, del Consejo, de 20 de mayo de 1975). Por otra parte, no hay que olvidar que una cosa es reconocer el monopolio de los titulados en farmacia para vender medicamentos, y otra bien distinta limitar el número de farmacéuticos que pueden ser titulares de una botica.

Entiendo en cualquier caso que, con independencia del valor —normativo o no— que se reconozca a los Considerandos de las Directivas comunitarias, una correcta comprensión del ámbito material de aplicación de la libertad de establecimiento conduce derechamente a afirmar la sujeción de la ordenación farmacéutica a los designios que de dicha libertad derivan. En el conocimiento del citado ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento es menester partir de la regulación contenida sobre el particular en el propio Tratado Constitutivo, la cual ha sido, obviamente, objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, que ha venido a aclarar las cuestiones más controvertidas que se plantean al respecto. Por lo que se refiere al TCE, el único precepto cuyo objeto es la delimitación de las actividades o profesiones respecto de los que las regulaciones de los Estados miembros han de ser acordes con los planteamientos de la libertad comunitaria de establecimiento es el art. 45. Dicho precepto establece en concreto las que pueden calificarse como únicas exclusiones expresas del alcance de la tan reiterada libertad fundamental. A tenor del mismo, quedan al margen de la misma aquellas actividades que «estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» (73), y aquellas otras actividades en relación con las cuales así lo haya acordado el Consejo, por mayoría cualificada, y a propuesta de la Comisión. Del precepto anterior se deriva que, con las excepciones que acaban de mencionarse, la libertad de establecimiento abarca al común de las actividades y profesiones. Siendo así, y en la medida en que la actividad farmacéutica no implica el ejercicio del poder público, y tampoco ha sido objeto de exclusión de las reglas de la libertad de establecimiento por parte del Consejo, se hace evidente la conclusión favorable a su sometimiento a esta libertad.

La premisa anterior no se ve contradicha por la circunstancia de que las competencias en la materia correspondan de manera exclusiva a los Estados miembros, sin posibilidad armonizadora alguna por parte de la Unión Europea, tal como sucede con la ordenación farmacéutica. Antes bien, resulta erróneo entender que las legislaciones internas de los Estados en materias de su exclusiva incumbencia puedan desarrollarse ajenas o de espaldas a los designios de las libertades fundamentales consagradas por el Derecho comunitario europeo. De hecho, la simple lectura del art. 43 TCE pone de manifiesto cómo

(73) Interesa observar que el TJCE tiene sentado que la noción de actividad que implique el ejercicio del poder público debe ser interpretada en términos restrictivos. En concreto, desde su Sentencia de 21 de junio de 1974 (asunto 2/74, *Reyners contra Bélgica*), el Tribunal tiene sentado que cuando una determinada profesión incluya el ejercicio de actividades que implican el ejercicio de poder público con otras que no tengan dicho contenido, la limitación a la libertad de establecimiento deberá circunscribirse a aquellas partes de la profesión que sí entrañen el ejercicio del poder público.

el mismo se dirige fundamentalmente a los Estados miembros, que son quienes más habitualmente pueden establecer normativas discriminatorias para los no nacionales. Podría decirse, en definitiva, que las libertades fundamentales del Derecho comunitario —y con ellas la libertad de establecimiento— tienen un carácter transversal, de modo que, salvo exclusión en los términos legitimados en cada caso por el propio Derecho comunitario, la legislación de cualesquiera materias ha de ser respetuosa con sus designios. Y ello tanto si la legislación es dictada por las autoridades europeas como por un Estado miembro en ejercicio de competencias exclusivas.

El planteamiento que acaba de quedar expuesto no es el resultado exclusivamente de una lucubración intelectual propia, sino que se halla avalado por la jurisprudencia del TJCE. En efecto, precisamente en relación con la libertad de establecimiento, el Tribunal ha señalado que «aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario» (74). De esta doctrina se deduce a mi juicio, en fin, que el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Estados para ordenar la distribución geográfica de las farmacias, contenido en los Considerandos de las Directivas 432/1985 y 36/2005, no legitima a dichos Estados para articular un régimen jurídico en la materia que limite o restrinja injustificadamente la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE. Por

(74) En esas palabras se expresa la reciente STJCE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05), relativa a cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales. Una mejor comprensión de la doctrina contenida en el citado pronunciamiento justifica a mi entender la transcripción de los breves apartados 39 y 40: «39. En primer lugar, el Gobierno danés alega que el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal están excluidos del ámbito de la libertad fundamental establecida en el art. 43 TCE porque, conforme al artículo 137 CE, apartado 5, en su versión modificada por el Tratado de Niza, la Comunidad no es competente para regular estos derechos. // 40. A este respecto, basta con recordar que, aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario».

El planteamiento que acaba de quedar expuesto no es formulado por primera vez en la citada STJCE de 11 de diciembre de 2007, sino que ésta se hace eco expreso de otros pronunciamientos anteriores en los que se sienta la misma línea de entendimiento. Dichas Sentencias son las siguientes: STJCE de 28 de abril de 1998 (asunto C-120/95, Decker y Caisse de Maladie des Employés Privés), apartados 22 y 23, STJCE de 28 de abril de 1998 (asunto C-158/96, Kohl y Union des Caisses de Maladie) apartados 18 y 19, STJCE de 4 de marzo de 2004 (asunto C-334/02, Comisión contra Francia, apartado 21), y STJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto C-446/03, Marks & Spencer contra, apartado 29).

el contrario, entiendo que dicha competencia exclusiva, interpretada con arreglo a la jurisprudencia del TJCE que acaba de ser comentada, implica exclusivamente la afirmación de que las Instituciones comunitarias no pueden entrar a regular o armonizar la materia, pero no exime a los Estados del deber de regular la ordenación de las oficinas de farmacia con arreglo a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento garantizada por el Derecho comunitario europeo.

La sujeción de las legislaciones estatales internas sobre ordenación farmacéutica a los diseños de la libertad de establecimiento no ha de identificarse, empero, con la existencia de una exigencia automática e ineludible de que por parte de los Estados se establezca un modelo de libre apertura de oficinas de farmacia, exento de condicionamientos de índole territorial y poblacional. De igual modo, la indicada sujeción tampoco tiene por qué implicar ineludiblemente la admisión de la titularidad de farmacias a favor de personas jurídicas o de personas físicas sin la correspondiente titulación en farmacia. Por el contrario, el análisis de la legitimidad del régimen español de ordenación farmacéutica pasa por el estudio del alcance o significado general de la libertad de establecimiento definida en el art. 43 TCE. Estudio que, como se comprobará de inmediato, permite constatar cómo el TJCE ha introducido algunas modulaciones y criterios de flexibilización a la inicial rigidez de la libertad de establecimiento que se desprende de los términos en que es perfilada en el precitado art. 43 TCE.

3. El alcance general de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE

Vista la sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a los diseños de la libertad de establecimiento recogida en el art. 43 TCE, el primer paso que debe darse en orden a determinar si el régimen español de ordenación farmacéutica es o no ajustado al Derecho comunitario europeo, en los términos en que es cuestionado por el Dictamen Motivado de la Comisión europea, consiste necesariamente en determinar cuál es el alcance y significado de la aludida libertad de establecimiento, cuya infracción atribuye la Comisión a la legislación española en la materia. Conviene para ello partir de la redacción del precitado precepto, a cuyo tenor:

«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 establecido 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».

Una interpretación literal del precepto que acaba de quedar transcrito conduce a la conclusión de que el mismo recoge lo que habitualmente se viene denominando *derecho al trato nacional*. Según reiterada jurisprudencia comunitaria, el aludido derecho al trato nacional implica el derecho de los ciudadanos comunitarios «de acceder a las actividades no asalariadas y de ejercerlas, así como el de constituir y gestionar empresas, en condiciones idénticas a las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para su propios nacionales» (75). En otras palabras, puede decirse que el derecho al trato nacional conlleva la necesidad de que la normativa de cada Estado miembro relativa al establecimiento de profesionales y empresas en un determinado sector de actividad, sea una sola y la misma tanto para los nacionales como para los extranjeros comunitarios, sin que por tanto sea legítimo el establecimiento de medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad (76).

Concluir la aproximación al contenido de la libertad de establecimiento con su identificación con el aludido derecho al trato nacional supondría dar una visión parcial o sesgada de las implicaciones que derivan de aquella libertad fundamental consagrada por el Derecho comunitario europeo. A los efectos de analizar la legitimidad del régimen español de ordenación de las oficinas de farmacia conviene tener presentes algunas consideraciones adicionales. Por un lado, que la libertad de establecimiento condiciona la actividad normativa de los Estados miembros, de modo que éstos no sólo han de garantizar la aplicación igualitaria de la norma a nacionales y a extranjeros comunitarios, sino que, además, deben abstenerse de articular regímenes jurídicos

(75) Así reza la STJCE de 11 de marzo de 2004 (asunto C-496/01, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, apartado 58). Como se ha señalado en el texto, este contenido de la libertad de establecimiento, que por lo demás se deduce con claridad meridiana de la propia redacción del art. 43 TCE, ha sido consagrado por numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

(76) Véase una aproximación al significado de la libertad de establecimiento en las obras de Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2003, págs. 87 y sgs.; y de Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS: *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 122 y sgs. Para una visión más sintética, Fernando DíEZ MORENO: *Manual de Derecho de la Unión Europea*, ed. Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 432 y sgs.

que impongan restricciones injustificadas a dicha libertad de establecimiento. Y por otro lado, pero en íntima conexión con esta última idea, conviene observar cómo el TJCE ha sentado asimismo la doctrina según la cual esa prohibición de adoptar medidas restrictivas de la libertad de establecimiento puede ser excepcionada por las legislaciones internas ante la concurrencia de determinadas circunstancias justificativas. Interesa detenerse de manera más detallada en los dos extremos que acaban de quedar apuntados.

En relación con la prohibición de establecer medidas limitativas, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia que, en efecto, el art. 43 TCE exige «la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento», y aclara que «deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio» de dicha libertad. En estos términos se ha pronunciado el TJCE en numerosas ocasiones (77), lle-

(77) Aunque en términos un tanto crípticos a mi juicio, el planteamiento expuesto en el texto acerca del significado de la libertad de establecimiento se contiene ya en la STJCE de 30 de marzo de 1993 (Christos Konstantinidis contra el Stadt Altensteig, Standesamt y el Landratsamt Calw, Ordnungsamt, asunto C-168/91). En dicha Sentencia se planteaba la adecuación a la libertad de establecimiento, a la sazón reconocida en el art. 52 TCE, de la transcripción en caracteres latinos del nombre de un nacional griego. Pues bien, el Tribunal, en los apartados 15, 16 y 17 de la Sentencia, establece lo siguiente: «15. Las normas de esta naturaleza únicamente deben considerarse incompatibles con el artículo 52 del Tratado en la medida en que su aplicación crea para un nacional helénico un entorpecimiento tal que, de hecho, perjudica al libre ejercicio del derecho de establecimiento que dicho artículo garantiza. 16. Ahora bien, así sucede si la legislación del Estado de establecimiento obliga a un nacional helénico a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre derivada de la transliteración en los Registros Civiles, si la pronunciación de dicha grafía se encuentra desnaturalizada y si tal deformación le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial. 17. Procede, en consecuencia, responder al órgano jurisdiccional de remisión que el artículo 52 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un nacional helénico se vea obligado, por la legislación nacional aplicable, a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre tal que la pronunciación se encuentra desnaturalizada y que la deformación que de ella se deriva le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial».

Con mayor claridad se halla formulado el alcance de la libertad de establecimiento en Sentencias posteriores, en las que se delimita en los términos que han sido transcritos en el texto. Así por ejemplo, STJCE de 15 de enero de 2002 (Comisión contra República Italiana, asunto C-439/99); o la muy reciente STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión contra República Italiana, asunto C-134/05). Particular interés presenta esta última, toda vez que en ella se declara contraria a la libertad de establecimiento la normativa italiana sobre establecimiento de empresas para el cobro extrajudicial de créditos, a cuyo tenor las empresas autorizadas por la Administración italiana para desempeñar dicha actividad, únicamente podían ejercerla en el territorio de las provincias para las que se haya obtenido la licencia, siendo además necesario disponer de local en todas aquellas provincias para las que se solicite la correspondiente autorización. Pues bien, sobre esta normativa entiende el TJCE, en el apartado 57 de su Sentencia, que: «Aun cuando dichas normas se apliquen de manera idéntica a los operadores establecidos en una provincia italiana y que deseen ampliar sus actividades en otras provincias a los operadores procedentes de otros Estados miembros que deseen ejercer sus actividades en varias provincias italianas, constituyen no obstante, para cualquier operador

gando, en aplicación de dicha línea de entendimiento, a estimar contrarias a la libertad de establecimiento normativas internas por considerar que las mismas suponían un obstáculo injustificado para el acceso de los operadores al mercado, y ello con independencia de que aquellas limitaciones se aplicasen en idénticas condiciones a todos los ciudadanos comunitarios, nacionales o no.

No obstante lo anterior, y como ya se ha señalado, la prohibición de establecer medidas limitativas que puedan suponer una restricción a la libertad de establecimiento, no tiene un carácter absoluto. Por el contrario, el propio Tribunal de Justicia ha admitido de manera expresa y reiterada la posibilidad de que las normativas internas determinen restricciones de acceso al mercado, si bien condiciona la legitimidad de las mismas al cumplimiento de dos exigencias. Por una parte, y en lo que sería una clara concreción del derecho al trato nacional, que las restricciones en cuestión se apliquen de modo idéntico a todos los operadores comunitarios, con independencia de cuál sea su nacionalidad. Y, por otro lado, es preciso que su articulación esté justificada. La jurisprudencia, en fin, se ha ocupado de precisar en qué circunstancias, o bajo qué específicas condiciones puede estimarse que las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento están justificadas; y ha señalado al respecto que lo estarán «si responden a razones imperiosas de interés general, y siempre que sean

no establecido en Italia, un considerable obstáculo para el ejercicio de sus actividades en dicho Estado miembro, que afecta a su acceso al mercado». Y concluye en el apartado 58, que: «En efecto, en la medida en que dichas normas exigen a un operador procedente de otro Estado miembro y que desee ejercer sus actividades en varias provincias italianas que no se limite a una sola implantación en el territorio italiano sino que disponga, por el contrario, de un local en cada una de esas provincias, salvo que apodere a un representante autorizado, le colocan en situación de desventaja en relación con los operadores italianos implantados en Italia que tienen ya un local en una al menos de dichas provincias y cuentan normalmente con más facilidades que los operadores extranjeros para establecer contactos con operadores autorizados a ejercer en otras provincias al objeto de otorgar a favor de éstos, en su caso, un mandato de representación».

Interesa observar, por último, que en algunas Sentencias (señaladamente en la capital, y ya citada, de 15 de enero de 2002), el Tribunal de Justicia ha considerado que la prohibición para los Estados miembros de establecer limitaciones injustificadas a la libertad deriva en iguales términos de la libertad de establecimiento, ex art. 43 TCE, que de la libertad de prestación de servicios, reconocida en el art. 49 TCE. Ello implica, por tanto, que las numerosas SSTJCE en las que se formula la aludida interdicción del establecimiento de medidas limitativas de la libre prestación de servicios, supongan en el fondo un refuerzo a la indicada prohibición como consecuencia de la libertad de establecimiento. En tal sentido cabe citar, a modo de ejemplo, las SSTJCE de 25 de julio de 1991 (Säger, asunto C-76/90), apartado 12; de 9 de agosto de 1994 (Vander Elst, asunto C-43/93) apartado 14; de 28 de marzo de 1996 (Guiot, asunto C-272/94), apartado 10; de 18 de junio de 1998 (Corsica Ferries France, asunto C-266/96), apartado 56; de 23 de noviembre de 1999 (Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96), apartado 33; y, en fin, STJCE de 20 de febrero de 2001 (Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (ANALIR) y otros contra Comisión Europea, asunto C-205/99), apartado 21, en la que se recopilan todos los pronunciamientos precedentes.

adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo» (78). Puede decirse, en definitiva, y a modo de síntesis, que la legitimidad de las excepciones a la libertad de establecimiento pasa por la concurrencia acumulativa de cuatro circunstancias, a saber: *a)* que no sean discriminatorias entre comunitarios por razón de nacionalidad, *b)* que estén justificadas en imperiosas razones de interés general, *c)* que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y *d)* que sean proporcionales a dicho objetivo, de suerte que no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del mismo (79).

4. La proporcionalidad como criterio determinante de la legitimidad o no del modelo español de planificación y titularidad de las oficinas de farmacia

Alcanzada la conclusión según la cual la ordenación de las oficinas de farmacia se encuentra sujeta a los parámetros derivados de la libertad de establecimiento, y visto asimismo el contenido o significado de esta libertad fundamental, procede abordar a continuación el estudio de los términos o condiciones en que la misma incide o condiciona al modelo español de ordenación farmacéutica. A tal efecto, es menester resolver la cuestión concerniente a si la ordenación farmacéutica debe plegarse de manera estricta a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento o, por el contrario, concurren en dicha materia circunstancias o razones que justifiquen la flexibilización, o incluso la exclusión, de la misma del ámbito de aplicación de la precitada libertad fundamental. Una vez obtenida una respuesta a este interrogante —respuesta que, me permito adelantar, será favorable a las posibilidades de flexibilización— es preciso analizar si el régimen español de ordenación farmacéutica, y en particular el modelo de distribución territorial y de propiedad de las oficinas de farmacia, cumple con las exigencias formuladas

(78) En esos términos se expresa la ya citada STJCE de 15 de enero de 2002, Comisión Europea contra Italia, asunto C-439/1999, apartado 23.

(79) Véase formulada esta doctrina en, por ejemplo, las SSTJCE de 31 de marzo de 1993 (Graus, asunto C-19/92), apartado 32; GEBHARD, apartado 37; ANAUR, apartado 25; de 4 de julio de 2000, Haim, asunto C-424/97, apartado 57; de 1 de febrero de 2001 (MacQuen, asunto C-108/96), apartado 26; de 15 de enero de 2002 (Comisión Europea contra Italia, asunto C-439/99), apartado 23; de 11 de julio de 2002 (Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GMBH y Kurt Gräbner, asunto C-294/00), apartado 39; de 2 de diciembre de 2004 (Comisión Europea contra Países Bajos, asunto C-41/02), apartado 47; de 13 de enero de 2005 (Comisión Europea contra Bélgica, asunto C-38/03), apartado 20; de 26 de enero de 2006 (Comisión Europea contra España, asunto C-514/03); de 15 de junio de 2006 (Comisión Europea contra Francia, asunto C-255/04), apartado 29; de 13 de septiembre de 2007 (Comisión Europea contra Italia, asunto C-260/04), apartado 33 y de 17 de julio de 2008 (Corporación Dermoestética, S.A. y To Me Group Advertising Media, asunto C-500/06, apartado 35).

por el TJCE para que, en tanto que excepciones a la libertad de establecimiento, puedan considerarse jurídicamente legítimas.

A) La legitimidad de la adopción de medidas restrictivas de la libertad de establecimiento en materia de ordenación farmacéutica

En cuanto al primero de los interrogantes planteados, esto es, acerca de la cuestión atinente a si en materia de ordenación farmacéutica concurren circunstancias que justifiquen el establecimiento de medidas restrictivas al acceso al mercado en el sector, la respuesta se presenta clara en sentido positivo. En efecto, el TJCE ha afirmado con rotundidad que las razones de salud o de interés sanitario revisten suficiente entidad o trascendencia como para fundamentar el establecimiento de limitaciones a la libertad de establecimiento (80). Siendo la dispensación de medicamentos a través de las oficinas de farmacia una actividad en la que, como ya se ha visto, está implicada de manera clara la salud de los ciudadanos, la posibilidad de que las legislaciones de los Estados miembros puedan establecer condiciones limitativas de la apertura de boticas parece, por tanto, obvia.

La anterior afirmación significa que el hecho de que por parte del ordenamiento jurídico español se establezcan requisitos de apertura de farmacias más rigurosas que las aplicables en otros Estados miembros, no significa que la regulación española haya de reputarse necesariamente contraria a la libertad de establecimiento (81). Por el contrario, cabe la posibilidad de que dichas

(80) Así lo ha reconocido en términos expresos la STCE de 1 de febrero de 2001 (asunto C-108/96, MacQuen), cuyos planteamientos reitera y hace suyos la STJCE de 11 de julio de 2002 (asunto C-294/00, Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH y Kurt Gräbner, apartado 46) y la STJCE de 17 de julio de 2008 (asunto C-500/06, Corporación Dermoestética, S.A. y To Me Group Advertising Media, apartado 37). Merece la pena la transcripción del apartado 28 del primero de los pronunciamientos citados, en el que puede leerse lo siguiente: «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, 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».

(81) Así lo afirma de manera particularmente clara, y con relación a materia sanitaria, la STJCE de 11 de julio de 2002 (asunto C-294/00), ya mencionada, al señalar en su apartado 46 que: «cabe recordar que el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario». La citada Sentencia de 11 de julio de 2002 recoge así la doctrina sentada en las SSTJCE de 12 de diciembre de 1996 (Risebühro Broede, C-3/95, apartado 42); de 1 de febrero de 2001 (C-108/96, Mac Quen y otros, apartado 33); y de 19 de febrero de 2002 (asunto C-309/99, Wouter y otros, apartado 108).

medidas restrictivas del acceso al mercado sean ajustadas a los imperativos del Derecho comunitario, siempre que las mismas cumplan con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia y que son, recuérdese, que no se apliquen de manera discriminatoria, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y que sean proporcionales a dicho objetivo que se pretende alcanzar. Se analiza por ello, a continuación, si el modelo español de planificación y de propiedad de las oficinas de farmacia cumple con las aludidas exigencias comunitarias, de suerte que el mismo pueda o no reputarse conforme a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. En particular, y en la medida en que se llegará a la conclusión de que el modelo español de ordenación farmacéutica se aplica de manera indistinta a nacionales que a extranjeros comunitarios, y de que es además adecuado para alcanzar el objetivo que persigue, la cuestión debatida se centra de manera fundamental en determinar si la limitación del número de boticas y la reserva de su propiedad a las personas físicas licenciadas en farmacia son o no medidas proporcionales al fin que con ellas se pretende alcanzar.

Como acaba de indicarse, no cabe duda de que el régimen español de ordenación farmacéutica se aplica de manera no discriminatoria a los titulados en farmacia de nacionalidad española y de cualquier otra nacionalidad de la Unión Europea. En efecto, no existe disposición normativa alguna que prevea dispensar un trato diferenciado a los farmacéuticos no nacionales, por lo que puede afirmarse que el ordenamiento español garantiza debidamente el denominado derecho al trato nacional, al que ya me he referido en este trabajo, y que forma parte del contenido de la libertad de establecimiento.

Entiendo, de igual modo, que la restricción del número de farmacias con arreglo a criterios de población y distancia entre ellas, así como la reserva de su propiedad a las personas físicas con la titulación correspondiente, ha resultado, en la práctica, adecuada para alcanzar el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud. Sobre este particular, es evidente que España cuenta con una asistencia farmacéutica de muy alta calidad. En tal sentido, son datos estadísticamente confirmados, amén de perceptibles a simple vista, que en España contamos con una distribución homogénea de farmacias en todo el territorio, tanto en áreas urbanas como rurales (82), y que

(82) Según datos manejados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, e incorporados en su Contestación de 24 de agosto de 2006 al Dictamen Motivado de la Comisión Europea, España cuenta con la tercera mejor *ratio* europea en cuanto a número de farmacias por número de habitantes. En concreto, contamos con una botica por cada 2.143 habitantes, proporción sólo mejorada en Grecia y Bélgica. El Ministerio pone igualmente de manifiesto que en nuestro país existen un total de 2.149 municipios con una población inferior a los 1.000 habitantes, y que de los 1.114 municipios con menos de 500 habitantes, sólo 36 carecen de botica. Por último, el Ministerio de Sanidad y Consumo hace hincapié en que un 99 por 100 de la población de España tiene una oficina de farmacia en el municipio en que habita.

la prestación recibida a través de las oficinas de farmacia genera por lo común un alto nivel de satisfacción en el usuario (83).

Así las cosas, y como anticipaba, el debate acerca de la legitimidad o no del modelo español de ordenación farmacéutica se centra a mi entender en determinar si la limitación del número de farmacias y la reserva de la propiedad de las mismas a las personas físicas con la formación universitaria correspondiente, son medidas proporcionales para alcanzar el objetivo de contar con un elevado grado de protección de la salud. O dicho de manera más clara, de lo que se trata es de dilucidar si la liberalización del sector mediante la introducción de un régimen de *numerus apertus* y la aceptación de la titularidad a favor de personas jurídicas y de personas físicas no tituladas en farmacia, permitiría una asistencia farmacéutica de la misma calidad —ciertamente elevada— que la ofrecida en la actualidad por las oficinas de farmacia en España. Esta es en mi opinión la cuestión controvertida sobre la que tendrá que pronunciarse el TJCE en caso de que, finalmente, la Comisión Europea concrete la denuncia contra España por incumplimiento del Derecho comunitario.

Resulta sin duda arriesgado aventurarse en adelantar la posición que en su caso pueda adoptar el Tribunal de Justicia ante la problemática planteada. Ello no obstante, sí es posible aportar algunos datos e ideas para la reflexión sobre el tema que me ocupa. Para ello juzgo de utilidad prestar atención separada a los dos extremos del régimen español de ordenación farmacéutica cuestionados por la Comisión Europea. Este planteamiento sistemático obedece a la consideración de que los parámetros de razonamiento acerca de la legitimidad de la limitación del número de farmacias son diversos a los criterios a tener en cuenta en orden a valorar la adecuación de la reserva de la propiedad de las boticas a las personas físicas licenciadas en farmacia (84). De

(83) El Ministerio de Sanidad mide el grado de satisfacción de los usuarios de las oficinas de farmacia con arreglo a las reclamaciones presentadas por aquéllos; reclamaciones que son del 0.22 por 100 del total de las reclamaciones presentadas en España.

(84) No olvido que el Dictamen Motivado de la Comisión Europea también pone en tela de juicio la coherencia con la libertad de establecimiento contemplada en el art. 43 TCE, del art. 18 de la Ley Valencia 6/1998, de 22 de junio, de ordenación farmacéutica de Valencia, y de los arts. 4 a 10 del Decreto 149/2001, de 5 de octubre de desarrollo de dicha Ley, en la medida en que privilegian la experiencia como farmacéutico adquirida en el territorio de la citada Comunidad Autónoma, a afectos de acceder al otorgamiento de una autorización de farmacia. La inconsistencia jurídica de semejante previsión es tan evidente que no estimo preciso, en cambio, abundar en la misma. Sirva en todo caso traer aquí la valoración de que dicho precepto llevó a cabo el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valencia, en su Dictamen de 19 de septiembre de 2002 (núm. 420/2002), concerniente al Anteproyecto de Ley de modificación del art. 18 de la Ley 6/1998: «Se introducen como nuevos criterios de selección, que habrán de tenerse en cuenta para establecer el correspondiente baremo, los siguientes: “la experiencia profesional, en especial la desarrollada en la Comunidad Valenciana y en el ámbito rural” y “la valoración mediante una prueba

igual modo, el tratamiento separado de una y otra cuestión responde al hecho de que, a mi juicio, la falta de proporcionalidad de la tan reiterada reserva de titularidad para con la finalidad de garantizar un elevado nivel de calidad en la protección de la salud, se muestra más clara o, si se prefiere la expresión, menos matizable que en relación con la sujeción de la apertura de nuevas farmacias a la concurrencia de determinados cupos de población y de distancias mínimas.

B) La falta de proporcionalidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de las personas físicas con la titulación correspondiente y de la prohibición de acumulación de farmacias

Llegados al punto de abordar el estudio acerca de la proporcionalidad o no del régimen español de propiedad de las farmacias, conviene partir de los argumentos aportados por quienes sostienen que tanto la reserva de la propiedad de las boticas a favor de las personas físicas tituladas en farmacia, como la prohibición de acumulación de oficinas de farmacia por un único titular, están justificadas en la finalidad de garantizar un elevado grado de protección de la salud.

En esencia, los razonamientos utilizados en ese sentido —de manera fundamental por el Ministerio de Sanidad y Consumo en su ya citada Contestación al Dictamen Motivado emitido por la Comisión Europea— giran en torno a dos ideas inextricablemente vinculadas. Por un lado, y en lo que concierne a la exigencia legal de poseer la titulación en farmacia para poder acceder a la propiedad de una botica, se argumenta que la misma se fundamenta en que la actividad a desempeñar en este tipo de establecimiento sanitario incluye obligaciones de servicios mínimos y otras prestaciones de interés general que sólo las personas con la formación correspondiente pueden

escrita de los conocimientos de atención sanitaria y farmacéutica”. El primar, en especial, la experiencia profesional desarrollada en la Comunidad Valenciana no constaba en el primer borrador del Anteproyecto ni en la propuesta de iniciación del expediente, del Director General para la prestación farmacéutica al Conseller de Sanidad, de fecha 6 de mayo de 2002, habiéndose introducido al aceptarse alguna de las alegaciones formuladas durante el trámite de elaboración del Anteproyecto, justificándose su inclusión “por lo que ello supone de integración laboral y profesional y de conocimiento de la realidad sanitaria del territorio al que se refiere la profesión”. Este Consejo ya se pronunció al respecto en su Dictamen 494/2001, de 20 de noviembre, emitido en relación con el Proyecto de Decreto del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de una Oficina de Farmacia, señalando que “resulta constitucionalmente ilegítimo por atentar al principio de igualdad de todos los españoles, pues no se encuentra justificación razonable y suficiente para primar el ejercicio profesional en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana”».

desarrollar de manera eficaz y con las debidas garantías de profesionalidad. Por otra parte, en íntima conexión con la idea interior, se afirma que la interdicción legal de la acumulación de farmacias por un solo propietario obedece al doble designio de garantizar la plena dedicación de cada profesional a un único establecimiento, y de evitar la concentración horizontal en el sector, lo que podría vaciar de contenido el derecho de opción de los usuarios entre las farmacias de una misma localidad.

Los argumentos que acaban de quedar apuntados resultan a mi juicio, y dicho sea con los máximos respetos, poco consistentes. Con relación a la reserva de la propiedad de las boticas a favor de los titulados en farmacia, parece obvio que en ella subyace la a mi juicio acertada consideración de que las oficinas de farmacia no son exclusivamente —y si se me permite la expresión— «tiendas de medicamentos», sino que las mismas revisten una función de claro interés general y de notable trascendencia para la protección de la salud de las personas, función que sólo un titulado en farmacia está capacitado para desplegar de manera adecuada. Es evidente, al respecto, que las tareas que, junto a la dispensación de medicamentos, atribuyen los arts. 84.1 LGURM y 1 LSOF a las oficinas de farmacia (85), convierten al titu-

(85) Resulta de interés recordar aquí cuales son las funciones de las oficinas de farmacia a tenor de los citados preceptos. El art. 84 LGURM dispone que «En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán en él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente».

Por su parte, el art. 1 LSOF enumera los cometidos a desempeñar por las oficinas de farmacia en los términos siguientes: 1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios. 2. La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas. 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. 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 las Comunidades Autónomas. Y 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.

lado en farmacia en el profesional idóneo —cuando no el único académicamente formado— para su cumplimiento. Ello no obstante, una lectura atenta de los cometidos atribuidos a las farmacias por el antedicho art. 1 LSOF pone de manifiesto que poco tiene que ver su cumplimiento con el régimen de propiedad de la farmacia. En efecto, se trata de funciones o de labores cuyo correcto desempeño requiere la presencia de un licenciado en farmacia, pero que no exigen que el mismo sea, además, el propietario de la oficina de farmacia. O dicho con otras palabras, la propiedad de la farmacia no parece conllevar un valor añadido al correcto cumplimiento de los cometidos de incumbencia de las farmacias, de modo que su consecución queda suficientemente garantizada aunque sean llevados a cabo por farmacéuticos asalariados.

La conclusión que acabo de sostener en el párrafo precedente se encuentra, por lo demás, avalada por el TJCE, que en su Sentencia de 21 de abril de 2005 (86) ha declarado sin ningún tipo de ambages que la reserva de la propiedad de las ópticas a las personas físicas diplomadas en óptica resulta una medida desproporcionada para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública y, por ende, contraria a la libertad de establecimiento regulada en el art. 43 TCE. Entiende en tal sentido el Tribunal de Justicia, que el mismo objetivo de protección de la salud «podría alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, por ejemplo exigiendo la presencia de ópticos diplomados asalariados y socios en cada óptica». Salvando las distancias que separan la actividad óptica de la actividad farmacéutica, es evidente que, en la medida en que analiza la proporcionalidad de una reserva de propiedad respecto de establecimientos como las ópticas, en los que está implicada la salvaguarda de la salud pública, los planteamientos de la STJCE comentada apuntan de manera clara a un reconocimiento del carácter desproporcionado de la reserva de propiedad de las farmacias a favor de los titulados en dicha disciplina.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, puntual conocedor del contenido de la STJCE de 21 de abril de 2005 que acaba de reseñarse, en su contestación al Dictamen Motivado de la Comisión Europea añade un argumento adicional a favor de la exigencia de la titulación en farmacia para poder acceder a la titularidad de una botica. El Ministerio afirma en concreto que la vinculación de la condición de propietario de farmacia a la necesidad de contar con el título académico correspondiente se justifica en la necesidad de garantizar la plena dedicación de cada profesional a un único establecimiento, con lo que ello implica de refuerzo de su responsabilidad frente a terceros derivada de una defectuosa prestación farmacéutica. Más exactamente,

(86) STJCE de 21 de abril de 2005 (asunto C-140/03, Comisión *vr.* Grecia).

se sostiene que abrir la posibilidad de que la función de dispensación de medicamentos se deje en manos de un farmacéutico asalariado —sin exigir que el titular sea farmacéutico— supondría que el titular de la farmacia se vería en la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil, toda vez que a él correspondería la obligación de resarcir los daños causados por su empleado. Ello tendría a su vez dos consecuencias. Por una parte, que el empleado, al no ser responsable directo de las consecuencias de su actuación, no tendría «los incentivos suficientes para incrementar la diligencia puesta en el ejercicio de su profesión, pues el coste de su responsabilidad está cubierto por el propietario». Y por otro lado, implicaría una reducción de la protección del usuario frente a daños ocasionados por una deficiente prestación farmacéutica, toda vez que al haber suscrita una póliza de seguros, el propietario de la farmacia no respondería con todo su patrimonio, sino sólo hasta donde alcanzase la indicada póliza de seguros.

Afirmar, como lo hace el Ministerio, que sólo el farmacéutico propietario será suficientemente diligente en la prestación farmacéutica es ciertamente elitista, al tiempo de injustificada e injusta desconfianza con respecto a la profesionalidad de aquellos licenciados en farmacia que trabajan por cuenta ajena. Al margen de estas consideraciones, la argumentación relativa a la responsabilidad demuestra, por lo demás, un claro desconocimiento del régimen de responsabilidad vicarial derivado del art. 1903 Cc, precepto éste que en su párrafo cuarto dispone que son responsables «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». De dicho precepto se deriva con meridiana claridad que el responsable de los daños causados por el farmacéutico empleado es el titular de la farmacia, quien responde con la totalidad de su patrimonio. Asimismo, hay que tener presente que la existencia de una póliza de seguro no reduce el nivel de protección del usuario, puesto que allí donde no alcance la póliza de seguro deberá responder el titular de la botica con su propio patrimonio. Y, en fin, en cuanto a la falta de diligencia del farmacéutico asalariado derivada del hecho de que la responsabilidad de su actuación recaiga sobre el propietario de la farmacia, basta recordar que sobre dicho farmacéutico asalariado pesa, además de la amenaza del despido, el posible ejercicio de la acción de repetición por parte del propietario de la farmacia, con arreglo a lo prevenido en los artículos 1.904 y 1.101 Cc (87).

(87) Recuérdese que el art. 1.904 Cc regula la acción de repetición que puede ejercitar el responsable por hecho ajeno frente al autor de la conducta causante de la lesión indemnizada. Dispone en concreto el párrafo primero del citado precepto del Código Civil, que: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho». Para una síntesis de la jurisprudencia acerca del régimen de ejercicio de esta acción de repetición pueden

Por último, no resulta ocioso observar cómo es la normativa interna española misma, la que en mi opinión contradice sus propios planteamientos pretendidamente justificativos de la conveniencia de reservar la propiedad de las boticas a los titulados en farmacia. Dicha contradicción se pone de manifiesto, en concreto, en aquellos supuestos, ciertamente numerosos, en que la legislación contempla la posibilidad de que se haga cargo de la oficina de farmacia un farmacéutico regente o un farmacéutico sustituto. No es éste el lugar adecuado para abordar un estudio detallado de los supuestos determinantes del nombramiento de uno de dichos farmacéuticos regentes o sustitutos. Sirva tan sólo apuntar que, en líneas generales, el farmacéutico regente es un farmacéutico no titular de la farmacia, pero que se hará cargo temporalmente de la misma en los supuestos de imposibilidad permanente o definitiva del propietario para ostentar y desempeñar las funciones propias de la botica (88). Por su parte, el farmacéutico sustituto es aquél que se nombra al objeto de que se haga cargo de la botica en sustitución del titular o del regente en situaciones transitorias de imposibilidad de los mismos (89). No cabe duda de que la previsión legal tanto de la regencia como de la sustitución están plenamente justificadas en la necesidad de que la atención farmacéutica no se vea interrump-

verse en las SSTS de 30 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5357) y de 4 de octubre de 1980 (RJ 1980/3614).

Por lo que se refiere a la incidencia del art. 1.101 Cc en el ámbito que nos ocupa, dicho precepto está sirviendo de argumento a la Jurisdicción de lo Social para legitimar la repetición del empresario frente a su empleado, reclamándole las cuantías satisfechas en concepto de indemnización de los daños causados por el citado asalariado. Una excelente muestra de la indicada línea de entendimiento la constituye la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Social, de 18 de abril de 2006 (AS 2006/1779), en la que puede leerse lo siguiente: «Cierto es que la ajenidad es una de las notas (acaso la genuina) del contrato de trabajo (art. 1 ET) y que comprende la ajenidad en los riesgos como obvio contrapeso de la ajenidad en los frutos a la que se refiere la doctrina científica y la jurisprudencial (STS de 29 de octubre de 1990), pero esta ajenidad en los riesgos (es decir, la no asunción por el trabajador, y sí exclusivamente por el patrón, de las pérdidas económicas que le produzca el trabajo) no se extiende a una exoneración de la responsabilidad, primaria, derivada de la negligencia o la transgresión de los deberes de obediencia y buena fe (art. 1 y 5 ET) que sujetan al trabajador que, se insiste, queda obligado a resarcir al empleador de los daños y perjuicios (responsabilidad civil, más bien se repite, responsabilidad laboral) causados por ello, conforme al citado régimen normativo civil general (art. 1101 del Código Civil), principalmente, aplicable en defecto de normas específicas laborales». La misma interpretación se sostiene en otros pronunciamientos como, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, Sala de lo Social (JUR 2004/241433)

(88) Las causas que justifican el nombramiento de un farmacéutico regente son realmente numerosas, y varían de unas legislaciones autonómicas a otras. Para un recorrido exhaustivo por las previsiones al respecto de las normas de la totalidad de las Comunidades autónomas, véase el libro de María del Carmen VIDAL CASERO: *Derecho farmacéutico l...cit*, págs. 286-287.

(89) Para un análisis completo de los supuestos que justifican el nombramiento de un farmacéutico sustituto en las leyes autonómicas de ordenación farmacéutica, me remito nuevamente al trabajo de María del Carmen VIDAL CASERO: *Derecho farmacéutico l...cit*, págs. 296-299.

vida por las circunstancias personales de los propietarios de las oficinas de farmacia. Ello no obstante, la existencia de ambas figuras constituye a mi juicio una muestra de que la garantía de una eficiente prestación farmacéutica pasa por que la misma sea desempeñada por un profesional con la titulación correspondiente, no siendo en realidad de tanta trascendencia que el mismo ostente, además, la propiedad de la botica (90).

C) El modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia y su cuestionable justificación en la necesidad de garantizar un elevado nivel cualitativo de la prestación farmacéutica

Tras el análisis y toma de postura acerca de los términos en que se plantea la compatibilidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de los farmacéuticos diplomados con la libertad comunitaria de establecimiento, procede abordar a continuación el mismo estudio en relación con el modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacia. Como se viene señalando a lo largo del presente trabajo, la indicada planificación territorial es posiblemente el aspecto que ha generado una controversia más constante y más intensa de cuantas envuelven o se han suscitado en torno al régimen jurídico de las farmacias. En la actualidad, el modelo español de limitación del número de boticas con arreglo a módulos de población y distancias mínimas se halla cuestionado por la Comisión Europea en los términos ya expuestos. Procede por ello prestar atención a los argumentos aducidos tanto por la doctrina como, señaladamente, por el Ministerio de Sanidad y Consumo en defensa del régimen jurídico diseñado en la materia por el ordenamiento español para, a continuación, aportar algunas reflexiones adicionales al debate

(90) Que la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de los licenciados en farmacia no es en realidad tan importante como se sostiene por el Ministerio de Sanidad y Consumo y por quienes defienden el régimen de reserva de propiedad, se pone de manifiesto de manera especialmente clara en las disposiciones legislativas que prevén el nombramiento de un farmacéutico regente en los casos de sucesión *mortis causa* en la titularidad de la botica. En efecto, son muy numerosas las normas autonómicas que, ante la muerte de farmacéutico-propietario contemplan que se haga cargo de la farmacia un regente durante un determinado período de tiempo; lapso temporal que se otorga a los descendientes para que enajenen la botica a un farmacéutico diplomado. Igualmente, en algunas Comunidades Autónomas se dispone que si el heredero del causante se halla cursando estudios de farmacia al tiempo de producirse el fallecimiento, se nombre un regente durante determinado número de años que se otorga a dicho heredero para concluir su licenciatura y hacerse cargo de la botica. Como puede constatarse, en ambos casos, tras el óbito del farmacéutico-propietario, la propiedad de la farmacia no corresponde a ningún licenciado en farmacia. Y ello es así, no sólo durante el tiempo indispensable para adjudicar la titularidad de la botica a un nuevo farmacéutico a través del correspondiente concurso, sino durante períodos más amplios —de hasta varios años— motivados en la «espera» a favor de los herederos en lugar de en la calidad de la prestación farmacéutica.

sobre la proporcionalidad de dicho régimen en orden a alcanzar un elevado nivel de protección de la salud.

La defensa del modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacia se sustenta de manera fundamental en dos argumentos diversos. Por un lado, se aduce que la restricción del número de farmacias constituye una medida que garantiza la existencia de boticas abiertas en el medio rural. Se afirma en ese sentido que una eventual liberalización del sector tendría como consecuencia una concentración de las farmacias en las zonas urbanas —donde la rentabilidad económica es mayor— en detrimento de los municipios de poca población, que verían como sus farmacias se cierran al preferir sus titulares ejercer la profesión en las citadas áreas urbanas. Por otra parte, el modelo de restricción del acceso al mercado en materia de apertura de farmacias se intenta justificar en la idea de que un modelo liberalizado resulta incompatible con el régimen de financiación de los medicamentos y con la exigencia de que en las farmacias se cuente con determinadas existencias de medicamentos en el propio establecimiento. Se entiende al respecto que una proliferación de oficinas de farmacia impediría a muchas de ellas cumplir con las indicadas exigencias al no permitírsele su volumen de negocio, lo que a la postre redundaría, o bien en una mala prestación farmacéutica a sus clientes, o bien en el cierre.

Al hilo de los argumentos favorables a la restricción del número de farmacias que acaban de quedar apuntados en el párrafo precedente, es posible realizar algunas reflexiones o consideraciones que conducen a mi juicio a matizarlos o a arrojar ciertas dudas sobre su acierto. Con relación al argumento relativo al posible efecto de desatención farmacéutica de las zonas rurales que la liberalización podría traer consigo, no cabe duda de que, desde una perspectiva empresarial, resulta más atractiva una farmacia en un área urbana, con mayor población, que en una zona rural, donde los beneficios económicos habrán de ser en principio inferiores. Así las cosas, la apertura de las oficinas de farmacia al mercado puede en principio dar lugar a una suerte de «efecto llamada», de manera que titulares de farmacias rurales opten por cerrar sus boticas para establecer su negocio en áreas de mayor rentabilidad. Frente a este temor —el cual, ciertamente, no carece de cierto fundamento (91)— conviene hacer diversas consideraciones. Por un lado, no hay

(91) Conviene destacar que en España ya contamos con una experiencia de casi liberalización del establecimiento de las oficinas de farmacia, sin que la repercusión sobre la prestación farmacéutica en las áreas rurales haya sido tan nefasta como auguran los defensores del modelo de planificación territorial vigente. Me estoy refiriendo a la Comunidad Foral Navarra, que mediante su Ley 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, el módulo poblacional mínimo para la apertura de nuevas farmacias en 700 habitantes, y las distancias mínimas en 150 metros. Pues bien, según se expone en el informe emitido en diciembre de 2005 por el Instituto Austríaco

que olvidar que las farmacias en áreas rurales, en el régimen actual de *numerus clausus*, constituyen negocios rentables o, de lo contrario, no habría —como de hecho hay— farmacéuticos dispuestos a ostentar la propiedad de las mismas. De ello se derivan a mi juicio dos ideas clave en el ámbito que me ocupa. De una parte, que si bien es posible que en un primer momento inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la liberalización se materializase el cierre de algunas farmacias de áreas rurales, dicho cierre debería ser en principio temporal, hasta que se saturase el número de farmacias de las áreas urbanas. O dicho con otras palabras, en la medida en que las farmacias rurales son rentables, la hipotética desatención en dichas áreas, en caso de producirse, quedará temporalmente acotada al período que tarde en saturarse el mercado en las áreas urbanas, lapso tras el cual la farmacia rural volverá a resultar atractiva para los profesionales del sector.

Por otro lado, juzgo de interés destacar que, en mi opinión, en la hipótesis de implantar un régimen de libre apertura de las oficinas de farmacia, el eventual cierre de algunas de ellas en zonas rurales no sería consecuencia tanto de la indicada liberalización, cuanto del mantenimiento de la actual prohibición legislativa de acumulación de farmacias por un solo propietario, que además ha de ser persona física titulada en farmacia. Entiendo, al respecto, que el posible establecimiento de algunos propietarios de farmacias rurales en áreas urbanas como consecuencia de la eliminación —o, en su caso, modulación— de los actuales criterios de planificación territorial de las oficinas de farmacia, no tiene por que entrañar el cierre de las farmacias rurales, siempre y cuando, de manera paralela a la liberalización, se diseñe un régimen que admita la acumulación de farmacias. Y si además de permitirse la propiedad múltiple de oficinas de farmacia se excluye la exigencia de ser persona física titulada en farmacia para acceder a la propiedad de las farmacias, entiendo que quedaría garantizada la continuidad de las farmacias de zonas rurales, toda vez que allí donde haya negocio habrá un empresario dispuesto a favorecerse de su explotación.

Como se ha indicado al inicio del presente apartado, la defensa del actual modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacias se apoya en un segundo argumento. Más exactamente se aduce que la definición de un modelo liberalizado en el sector es incompatible con el

de Sanidad, a petición de PGEU (Grupo Farmacéutico de la Unión Europea), y titulado: *La oficina de farmacia en Europa. Lecciones de la desregulación-estudio de casos concretos*, desde la entrada en vigor de dicha norma y hasta diciembre de 2005, en la Comunidad Navarra tan sólo se produjo el cierre en relación con ocho oficinas que estaban establecidas en áreas rurales.

Sobre el régimen navarro de ordenación farmacéutica véase el trabajo de Santiago CERVERA SOTO: *El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra*, en «Derecho y Salud», vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2001, págs. 1 y sgs.

modelo de financiación de los medicamentos y con la exigencia de que las boticas dispongan en todo momento de determinadas existencias. Acerca de la financiación, conviene recordar que la legislación española establece un sistema de co-pago de buena parte de los medicamentos prescritos por el sistema público de salud, de tal suerte que un porcentaje del precio lo paga el usuario, corriendo el resto de cuenta de la Administración (92). Se sostiene por ello, que en la medida en que la parte del precio del medicamento que corresponde abonar a la Administración es adelantada por el farmacéutico hasta su posterior restitución por el sistema público de salud, la proliferación de farmacias haría que la facturación de las boticas se redujese hasta el punto de que a muchas de ellas les resultaría inviable asumir la citada fórmula de financiación.

Otro tanto se aduce en relación con el deber legal de que las farmacias dispongan de determinadas existencias mínimas (93). Se entiende en particular que, de incrementarse de manera sensible el número de farmacias, muchas de ellas no podrían asumir el coste económico que el mantenimiento de dichas reservas de medicamentos implica, circunstancia ésta que a la postre repercutiría en una mala prestación farmacéutica o incluso en el cierre de establecimientos.

Frente a las argumentaciones que acaban de quedar expuestas, cabe considerar que la imposición a las farmacias de deberes legales de anticipar parte del coste de los medicamentos y de disponer de determinadas existencias, son opciones de política sanitaria a mi juicio plenamente coherentes e irrenunciables si se quiere garantizar un elevado nivel de protección de la

(92) La regulación de la fijación y revisión de los precios de los medicamentos se contiene en la actualidad en el Título VII de la LGURM (arts. 88 a 97), parcialmente desarrollado por el Real Decreto 1338/2006, de 21 noviembre, por el que se desarrollan determinados aspectos del art. 93 de la LGURM. Por lo que se refiere al modelo de co-pago del precio final del medicamento entre la Administración y los usuarios, dispone el apartado 3 del Anexo V del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que la contribución del usuario en el precio del medicamento se determinará de conformidad con los criterios establecidos en el LGURM. En concreto, la citada disposición establece que la participación en el pago del medicamento a satisfacer por el usuario será, con carácter general, del 40 por 100 del precio de venta al público; cantidad ésta que se eleva al 10 por 100 y al importe íntegro en relación con determinados medicamentos y colectivos.

Para una aproximación más detallada al régimen de fijación de precios y de co-pago de los medicamentos, véase la monografía de David LANTARÓN BARQUÍN: *Asistencia sanitaria»: contenido...* cit, págs. 168-179.

(93) Conviene observar que la determinación de las existencias mínimas de medicamentos de las que han de disponer de manera permanente las oficinas de farmacia es competencia de las Comunidades Autónomas.

salud. Ello no obstante, el planteamiento según el cual dichas exigencias derivadas de la regulación de la actividad farmacéutica son incompatibles con el incremento del número de farmacias, es a mi juicio equivocado. Creo, por el contrario, que el razonamiento correcto pasa por determinar si en un régimen de apertura de farmacias liberalizado o, en su caso, menos restrictivo que el vigente, los deberes de financiación y de existencias mínimas de medicamentos pueden traducirse en una disminución del número de farmacias o en una distribución territorial de las mismas desigual, de modo que la calidad de la prestación farmacéutica y, por ende, el grado de protección de la salud, se resientan o reduzcan.

La respuesta a la cuestión que acaba de plantearse es a mi juicio negativa. El razonamiento que en mi opinión conduce a esta conclusión reside en la circunstancia de que, en el régimen actual de restricción del número de farmacias, y hablando en términos económicos y de beneficios empresariales, las boticas abiertas son sobradamente capaces de dar cumplimiento a sus deberes, tanto en lo relativo a la colaboración en la financiación de los medicamentos, como en lo concerniente a la disponibilidad de las existencias establecidas en la ley. Siendo así, es lógico suponer que una mayor apertura del mercado en el sector repercutiría, obviamente, en un incremento del número de farmacias, pero difícilmente en una reducción de dicha cantidad de boticas que pudiera redundar en una disminución de la calidad en la prestación del servicio. Por otro lado, los datos estadísticos sobre la facturación media de las oficinas de farmacia en España ponen de manifiesto que es posible un mayor reparto del negocio de dispensación de medicamentos sin temor a que la aparición de nuevas farmacias ponga en peligro la tan reiterada calidad de la prestación (94). Finalmente, si en la práctica alguna farmacia resulta inviable en las condiciones económicas y de desempeño de la actividad impuestas por el ordenamiento jurídico, la consecuencia de ello es que será expulsada del mercado, pero sin que ello repercuta en un empeoramiento del nivel de protección de salud.

Con todo ello quiere decirse que una mayor flexibilidad en el otorgamiento de autorizaciones de farmacia dará lugar, sin duda alguna, a la apertura de nuevas farmacias. De ello es buena muestra, por lo demás, la Comunidad Foral Navarra, que ha visto cómo tras la entrada en vigor de su Ley 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, por la que se redu-

(94) Me parece relevante, en ese sentido, destacar el dato facilitado por el ya mencionado informe del Instituto Austriaco de Sanidad: *La oficina de farmacia en Europa...cit*, en cuya página 178 indica que «por término medio, una farmacia de España, tiene una facturación anual de cerca de 745.000 euros (datos para 2004), incluyendo medicamentos sin prescripción y productos farmacéuticos. La facturación media de la oficina de farmacia se ha duplicado en los últimos 10 años, siendo 5 veces mayor que en 1990».

ieron los módulos de población y las distancias mínimas a tener en cuenta para otorgar nuevas autorizaciones, se ha incrementado de manera sensible el número de dichos establecimientos. Pero ese incremento de farmacias no ha de significar necesariamente, en cambio, una desatención de las zonas rurales —pues ésta depende principalmente del régimen de propiedad y no del modelo de planificación—, ni en una disminución de la calidad prestacional —ciertamente excelente— que en la actualidad proporcionan las farmacias en España. Antes bien, considero que una liberalización del sector dará lugar, como en cualquier otro ámbito empresarial, a que tras el correspondiente incremento del número de farmacias —tal vez desproporcionado en un primer momento—, el propio mercado determine cuántas y cuáles de ellas pueden subsistir en una situación de rentabilidad económica adecuada, siendo el resto expulsadas del mercado. Todo ello en el bien entendido, repito, de que la realidad final de la distribución territorial de las oficinas de farmacia y, en particular, del nivel de calidad en la prestación farmacéutica, no se verán empeorados, sino, por el contrario, fortalecidos, amén de más y mejor repartido el negocio de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos.

IV. LA INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

No conviene concluir el presente estudio sin prestar atención, sea siquiera brevemente, a la incidencia que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva Bolkenstein, en referencia al Comisario holandés Frits Bolkenstein, que la impulsó, puede tener en materia de ordenación de las oficinas de farmacia. En lo que a nuestros efectos interesa, la indicada Directiva —que a tenor de su art. 44 debe ser transpuesta por los Estados miembros antes del 28 de diciembre de 2009— tiene como objeto principal establecer «las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios» (art. 1.1). Puede decirse, en suma, que la Directiva objeto de comentario pretende dispensar una regulación al sometimiento de las actividades de prestación de servicios a las reglas derivadas de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE (95). En tal sentido es clave el art. 9.1, el cual

(95) Sobre el objetivo general de la Directiva Bolkenstein, véanse las valoraciones de Tomas-Ramón FERNÁNDEZ: *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, en «Revista Española de Derecho Europeo» núm. 22, abril-junio de 2007, págs. 189 y sgs; y de Tomás de la

dispone que los estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan los cuatro requisitos que para excepcionar la reglas generales de la libertad de establecimiento ha formulado el TJCE, y que nos son ya conocidos: que las medidas restrictivas del libre acceso al mercado no sean discriminatorias, que estén justificadas en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para el fin perseguido, y que sean proporcionales a dicha finalidad (96).

Se da la circunstancia de que la propia Directiva establece que sus disposiciones no son de aplicación a los «servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado» [art. 2.2-f)]. Ello significa, en definitiva, que el régimen de apertura de oficinas de farmacia está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva Bolkenstein, toda vez que, como expresamente afirma el vigésimo segundo de sus Considerandos, en la referencia a los servicios sanitarios hay que considerar incluidos los servicios farmacéuticos (97).

La indicada exclusión de la ordenación farmacéutica del ámbito de aplicación de la Directiva podría ser identificada como un reconocimiento por parte de la Unión Europea —y en particular del Parlamento y de la propia Comisión, autores de la indicada norma comunitaria— de que la ordenación farmacéutica se desarrolla al margen de los designios de la libertad de esta-

QUADRA-SALCEDO JANINI: *¿Quo Vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, en «Revista Española de Derecho Europeo» núm. 22, abril-junio de 2007, págs. 237 y sgs. Interesa destacar que este último autor sostiene la interesante tesis según la cual la Unión Europea carece de competencias para emanar la indicada Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006.

(96) Juzgo de interés la referencia completa del citado art. 9.1 de la Directiva, toda vez que su lectura del mismo permite comprobar cómo el mismo no hace sino recoger los planteamientos de la jurisprudencia del TJCE acerca de las condiciones que deben mediar para que la normativa interna de los Estados miembros pueda excepcionar legítimamente el rigor de la libertad de establecimiento. El citado artículo dispone, así pues, lo siguiente: «Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

(97) Establece textualmente el Considerando 22 de la Directiva Bolkenstein, lo siguiente: «La exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio».

blecimiento. La consecuencia de esta interpretación sería obvia por demás, y es que los Estados miembros gozarían de libertad absoluta para regular el régimen de la apertura y de la propiedad de las oficinas de farmacia, sin más restricción que la prohibición de establecer medidas de acceso discriminatorias para el establecimiento de los titulados en farmacia comunitarios.

Frente a la anterior interpretación posible, entiendo que una lectura detallada de la Directiva Bolkenstein no permite sostener con la suficiente solvencia o consistencia que la ordenación farmacéutica quede «liberada» de la sujeción a la libertad de establecimiento. Creo más acertado entender, por el contrario, que el precitado art. 2.2-f) de la Directiva tiene una significación más modesta, ceñida a declarar que los servicios sanitarios no están afectados por la medidas de eliminación de las trabas al libre acceso al mercado que en ella se regulan, tales como, a simple modo de ejemplo, los mecanismos de simplificación administrativa (arts. 5 a 8) o el régimen de las autorizaciones otorgadas (arts. 9 a 15). Dicho con otras palabras, el hecho de que la propia directiva precise cuál es su ámbito de aplicación, y excluya del mismo a determinados sectores o actividades, no significa que los mismos no estén condicionados por la libertad de establecimiento. Significa simplemente que no están sujetos a la propia Directiva, sin perjuicio de que, por imperativo del propio art. 43 TCE, la regulación de las mismas deba desenvolverse dentro de los parámetros de aquella libertad, en los términos en que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

La línea de entendimiento propuesta en el párrafo precedente —que a mi juicio se halla avalada por el propio texto de la Directiva (98)— lleva a afirmar que la Directiva Bolkenstein nada añade ni nada quita al sometimiento de la ordenación farmacéutica a la libertad de establecimiento, ni a los términos en que la indicada sujeción se concreta con arreglo a la jurisprudencia comunitaria.

(98) En efecto, a mi juicio, que la Directiva Bolkenstein no delimita el ámbito general de aplicación de la libertad de establecimiento, sino que tanto sólo regula el alcance de la misma en relación con los servicios enumerados en definidos en sus arts. 2 y 4.1, sin prejuzgar cuál pueda ser la incidencia de la citada libertad fundamental en otros sectores, se reconoce en su Considerando 7, a cuyo tenor: «La presente Directiva establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistema de regulación. Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios...». Lógicamente, la posibilidad de armonización en materia farmacéutica no ha de ser posible, dado que, como se ha expuesto en este trabajo, la Unión Europea carece de competencias en materia de sanidad pública que se lo permitan.

V. CONCLUSIONES

La exposición realizada a lo largo del presente trabajo pone a mi juicio de manifiesto que, como consecuencia del Dictamen Motivado emitido por la Comisión Europea, el modelo español de ordenación farmacéutica se encuentra en la actualidad en una situación de verdad comprometida. En efecto, no estamos tan sólo ante una posible denuncia por incumplimiento del Derecho comunitario europeo que, en caso de ser finalmente planteada y de ser estimada por el Tribunal de Justicia, se traduzca en la exigencia para el legislador español de hacer una adaptación puntual de su normativa. Por el contrario, lo que la Comisión Europea cuestiona es el modelo mismo de ordenación farmacéutica vigente en España. Ello significa que una declaración del TJCE en el sentido de que la normativa española sobre apertura y propiedad de las oficinas de farmacia es contraria a los designios de la libertad de establecimiento que el art. 43 TCE consagra, implicaría la exigencia de que por parte del legislador interno se llevase a cabo un replanteamiento de raíz de la vigente regulación del sector. Replanteamiento que, por imperativo comunitario, y como es obvio, debería abocar a la definición de un régimen jurídico de mayor liberalización de la apertura de boticas. Esta mayor liberalización debería estar en su caso marcada por dos notas identificativas. Por un lado, la eliminación de los módulos de población y de las distancias mínimas entre farmacias y, por otra parte, la admisión de la propiedad de las boticas a favor de personas jurídicas y físicas sin la titulación en farmacia, que podrían a su vez ostentar la propiedad de una pluralidad de los indicados establecimientos sanitarios.

El ordenamiento jurídico español se juega ante la Unión Europea, por tanto, su forma de entender la dispensación de medicamentos a la ciudadanía o, lo que es sinónimo, su tradición en materia de ordenación de oficinas de farmacia. La cuestión sobre la que me interesa incidir en estos párrafos finales del trabajo es, con todo, si lo que está en riesgo a causa de los planteamientos de la Comisión Europea expresados en su Dictamen Motivado es únicamente un modelo y una tradición o si, por el contrario, lo que a la postre está amenazado es el excelente nivel de calidad que la prestación farmacéutica ha alcanzado en nuestro país. En el primer caso, es decir, si la única consecuencia de un cambio de orientación normativa ha de ser la superación de un modelo normativo arraigado pero injustificadamente privilegiado para unos pocos —los farmacéuticos propietarios— no queda sino dar la bienvenida a las modificaciones que sean precisas. En cambio, si la liberalización de la actividad farmacéutica en los términos aludidos ha de poner en jaque el elevado nivel cualitativo de la prestación, de modo que se produzca una desigual distribución geográfica de las boticas y se deje en situación de desa-

tención a determinados colectivos de ciudadanos, la prudencia y el objetivo final de la protección de la salud recomiendan el mantenimiento del modelo de ordenación farmacéutica vigente.

Los argumentos a favor de una y otra postura han sido detallados a lo largo del trabajo. Todos ellos son, por supuesto, respetables y dignos de ser tenidos en cuenta, habida cuenta del interés público al que obedece la actividad desempeñada por las oficinas de farmacia. Por mi parte, he pretendido aportar algunas reflexiones que, entiendo, conducen a no mirar con temor la apertura de la actividad de dispensación de medicamentos al mercado. No procede reiterar en este apartado conclusivo las argumentaciones expuestas, creo que con detalle, en las páginas precedentes. Sirva tan sólo recordar que considero que en nada afectaría a la calidad de la prestación farmacéutica de la que disfrutamos, la admisión de la propiedad de las farmacias por parte de personas —físicas o jurídicas— sin la titulación en farmacia, siempre y cuando al frente de la actividad se colocase un farmacéutico titulado. Del mismo modo, entiendo que en nada perjudicaría a la calidad de la atención farmacéutica una eventual admisión de la acumulación de farmacias por un mismo propietario. Y ello es así toda vez que, en mi opinión, y por los argumentos esgrimidos, la correcta atención farmacéutica queda garantizada por la intervención de un licenciado en farmacia, siendo irrelevante a quién corresponda la propiedad del establecimiento.

Otro tanto puede decirse acerca de la significación que sobre la correcta distribución geográfica de las farmacias y, con ella, sobre la garantía del acceso de la población a los medicamentos, puede tener la eliminación o, en su caso, la flexibilización de los parámetros que presiden la planificación farmacéutica. En particular, hay razones que permiten sostener que una mayor libertad en la apertura de farmacias no tiene necesariamente que implicar el cierre de las farmacias de áreas rurales. De igual modo, parece evidente que un incremento del número de boticas y, por ende, de la competencia entre ellas, puede repercutir positivamente en la calidad de la prestación.

Las anteriores consideraciones no permiten, en cualquier caso, aventurarse a anticipar cual será la postura que llegado el momento, y si la Comisión opta finalmente por denunciar al Reino de España por incumplimiento del Derecho comunitario, pueda adoptar el Tribunal de Justicia. Ello no obstante, con independencia del futuro que la acción de las Instituciones de la Unión Europea pueda deparar al modelo español de ordenación farmacéutica, creo que el mismo está necesitado de una reflexión por parte de la Administración y del legislador internos. Una reflexión serena y distanciada de los intereses privados de las partes implicadas, y centrada en las repercusiones —positivas y negativas, pues de ambos tipos puede haberlas— que una mayor libe-

ralización del sector puede tener sobre la calidad de la prestación farmacéutica. Se trata por tanto de un proceso de estudio, de análisis y de valoración que va más allá, o que incluso es ajeno a planteamientos estrictamente jurídicos en torno a si el régimen actual de la ordenación de las oficinas de farmacia en España es o no acorde con el Derecho comunitario.

Es obvio, en fin, que si tras dicha reflexión, si se me permite la expresión, aséptica o libre de contaminaciones y prejuicios basados en la inercia de la tradición y los postulados de las partes, se llega a la conclusión de que el óptimo nivel cualitativo de la atención farmacéutica en España se resentiría por ello, deberían evitarse las medidas liberalizadoras. Pero si, por el contrario, se constata que la prestación farmacéutica saldría indemne, o tal vez reforzada, de la mayor apertura del sector al mercado, las indicadas medidas liberalizadoras deberían ponerse en marcha de inmediato. De no hacerlo así, podrán darse cuantas justificaciones se quiera. Podrá aludirse, en particular, al riesgo de desatención para los ciudadanos de las zonas rurales, se podrá seguir haciendo hincapié en la garantía de la protección de la salud. Pero la realidad será muy otra. La realidad será que el modelo de ordenación farmacéutica por el que se restringe el número de farmacias y se reserva la propiedad de las mismas a los farmacéuticos titulados no responde sino a la voluntad de favorecer injustificadamente a los titulados con farmacia abierta, garantizándoles la rentabilidad económica mediante el blindaje de su cuota de mercado resultante de la vigencia de un régimen de limitación del número de farmacias. Y esa protección de los farmacéuticos que ya han accedido a la propiedad de una botica se estará llevando a cabo en perjuicio o en detrimento de otros ciudadanos con legítimas aspiraciones e idénticos derechos profesionales y empresariales que los ostentados por los farmacéuticos propietarios. No debería olvidar el legislador español, en tal sentido, que por las mañanas el sol sale para todos, y que no le es dado al ordenamiento jurídico procurar que para algunos luzca con más intensidad que para otros, salvo que ello esté justificado por superiores intereses públicos.