

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE GRANADA
REGISTRO GENERAL 817/05

MANDANTE: D. CARLOS SÁEZ SÁNCHEZ Y D^a. PATRICIA
RUEDA VARGAS

MANDADA: JUNTA DE ANDALUCÍA

DEMANDADA: D. MANUEL JALÓN MORENTE Y OTROS

AUTO Nº

En Granada, a 4 de diciembre de 2008.

Dada cuenta; y:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Por D. Carlos Sáez Sánchez y D^a. Patricia Rueda Vargas se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 21 de octubre de 2005 por la que se desestimaba el recurso de alzada formulado contra la resolución de la Delegación Provincial de Granada de 29 de julio de 2005, recaída en expediente nº 26/03, por la que se desestima la solicitud de autorización de oficina de farmacia para la Unidad Territorial Farmacéutica de Almuñécar, Granada.

SEGUNDO. – La desestimación de la solicitud de autorización de oficina de farmacia para la Unidad Territorial Farmacéutica de Baza, Granada, se basa en el artículo 2.5 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de las Oficinas de Farmacia, que limita la apertura de oficinas de farmacia, subordinándolas a un determinado número de habitantes.

TERCERO. – Tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, por providencia de 3 de diciembre de 2007, a la vista del dictamen motivado de la Comisión Europea de 28 de junio de 2006, remitido al Reino de España, se acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear la presente cuestión de legalidad judicial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. – NORMATIVA INTERNA. – Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de las Oficinas de Farmacia, establece en su artículo 2.3:

“El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán establecer módulos de población superiores, con un límite de 4.000 habitantes por oficina de farmacia. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes.”

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquellas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales."

En su artículo 2.4, la Ley 16/1997, de 25 abril, reguladora de los servicios de las Oficinas de Farmacia, señala: "*La distancia mínima entre oficinas de farmacia, teniendo en cuenta criterios geográficos y de dispersión de la población será, con carácter general, de 250 metros. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas; asimismo, las Comunidades Autónomas podrán establecer limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios."*

SEGUNDO. – NORMATIVA COMUNITARIA. – Al establecer la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las Oficinas de farmacia, estas limitaciones del número de farmacias en función del número de habitantes y de las distancias mínimas, considera este Juzgador que los artículos 2.3 y 2.4 pueden ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957, a la vista de que la Comisión, en su «dictamen motivado» de 28 de junio de 2006, ha concluido que los límites territoriales y demográficos del establecimiento de farmacias pueden infringir el artículo 43 del Tratado, por ser este sistema de limitación del número de farmacias es desproporcionado, incluso contraproducente,

...cto al objetivo del buen abastecimiento de medicamentos del
...orio de que se trate.

TERCERO. – El modelo tradicional en el Derecho Español de regular la apertura de oficinas de farmacias se funda en la instauración de un régimen autorizatorio que restringe la concesión de nuevas autorizaciones de apertura a varios parámetros. En efecto, además de la condición de Licenciado en Farmacia del peticionario, la concesión a la que nos referimos se otorga según módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia. Actualmente, y de conformidad con la Ley estatal 16/1997, corresponde a las Comunidades Autónomas, definir los procedimientos y regulaciones concretas que tengan en consideración las particularidades propias de cada territorio. Y son los parámetros de la Ley estatal 16/1997 los utilizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía para denegar a los demandantes la apertura de la farmacia solicitada.

CUARTO. – Como debe ser conocido para ese órgano judicial comunitario sin necesidad de reproducir su contenido, el artículo 43 del Tratado CE exige la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento por parte de nacionales comunitarios, de manera que deben reputarse restricciones cuantas medidas prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante al ejercicio de esas libertades (Sentencia 15/01/02, Comisión contra Italia C-439/99).

La regulación controvertida se justifica en aras de lograr una adecuada prestación de un servicio tan esencial como el farmacéutico, permitiendo su prestación de forma racional y efectiva a toda la población potencialmente usuaria del mismo.

Pudiera pensarse que una limitación del número de autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia pudiera ser compatible con la libertad de establecimiento, cuando es así que las razones de adecuada protección de la salud pública, son valores de interés general capaces de justificar restricciones a las previsiones del artículo 43, lo que así ha sido considerado en determinadas ocasiones el TJCE, Sentencia 30/XI/1995, *Abhard*, C-55/94.

Sin embargo, prima facie no parece que medidas tendentes a limitar en número las farmacias pudiesen ser el instrumento más eficaz para asegurar la prestación del servicio.

Es evidente que una mayor liberalización del régimen de intervención administrativa podría suponer un mayor número de farmacias en zonas más pobladas, sin que necesariamente supusiere una disminución de las ya existentes en zonas menos pobladas. Existen de hecho regulaciones como la de la Comunidad Foral de Navarra que con el límite de 700 habitantes hace que la liberalización sea de facto casi completa.

La lógica pudiera hacer pensar que precisamente una menor restricción en orden al otorgamiento de autorizaciones en relación con los parámetros de orden físico, fomentaría la apertura y por tanto existiría una mayor oferta en la prestación del servicio. Ha de considerarse además que las actuales limitaciones tampoco aseguran necesariamente que se instalen oficinas en lugares menos poblados.

La planificación territorial en relación con la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas deontológicas de los Colegios Profesionales, tampoco parece ser que pueda ser un elemento de justificación de la restricción, ya que aquellas deben imponerse cualquiera que sea la ubicación del establecimiento.

En definitiva, se plantea este Juzgador, si el sistema por el que opta la Ley estatal, y más en concreto si los parámetros o módulos de población de 2800 habitantes y 250 metros de distancia mínima entre oficinas de farmacia que contienen los preceptos ya transcritos pudieran ser restricciones a la libertad de establecimiento, incompatibles con la regulación que consagra el artículo 43 del Tratado C.E.

QUINTO. – PRESUPUESTO FÁCTICO Y JURÍDICO. – La decisión administrativa controvertida en el procedimiento nacional basa la denegación de una solicitud de apertura de farmacia en que, con la población existente en el municipio para donde se solicita, existen las oficinas de farmacia por habitantes que la Ley estatal establece.

Si se concediese a la solicitante la autorización de apertura de una oficina de farmacia no se estarían respetando los límites de población legales, existiendo una oficina de farmacia de más para el mismo número de habitantes.

SEXTO. – RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 43 DEL TRATADO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE AL LITIGIO Y LA NECESIDAD DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. – Con las limitaciones de población y distancia los españoles y los nacionales de cualquier otro Estado Miembro de la Unión, con la titulación correspondiente, no pueden abrir un establecimiento de farmacia donde estimen conveniente, restringiéndose al mismo tiempo que la libertad de establecimiento, la competitividad en la prestación de un servicio público como es la dispensa de medicamentos.

Si se considerase por el TJUE que los límites de población y distancias mínimas son contrarios a la normativa comunitaria por vulnerar la libertad de establecimiento y restringir la competencia, la decisión de la Administración de la Junta de Andalucía, denegatoria de la solicitud de apertura de un establecimiento de farmacia, sería contraria al Derecho Comunitario y la sentencia debería ser estimatoria.

Caso contrario, si los límites mencionados son conformes con el ordenamiento jurídico comunitario, la Junta de Andalucía habría denegado correctamente la apertura de un establecimiento de farmacia y la sentencia sería desestimatoria del procedimiento entablado.

PARTE DISPOSITIVA

1º) La suspensión del término para dictar sentencia en tanto el no se pronuncie sobre la admisión a trámite de la presente, y, en afirmativo, en tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada.

2º) Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 234 del Tratado la siguiente cuestión:

¿Son los artículos 2.3 y 2.4 de Ley estatal 16/1997, de 25 abril, reguladora de los servicios de las Oficinas de Farmacia, en cuanto establecen los límites territoriales y demográficos del establecimiento de farmacias, contrarios al artículo 43 del Tratado de la Comunidad Económica Europea al ser un sistema de limitación del número de farmacias desproporcionado, incluso contraproducente, respecto al objetivo del buen abastecimiento de medicamentos del territorio de que se trate?

3º) Como anexo documental al presente se remitirán los siguientes documentos:

ANEXO I.- Demanda

ANEXO II.- Contestación a la demanda

ANEXO III.- Resolución impugnada

ANEXO IV.- Providencia de 3 de diciembre de 2007, por la que, a la luz del Dictamen motivado de la Comisión Europea de 28 de junio de 2006, dirigido al Reino de España, se acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear la presente cuestión prejudicial.

ANEXO V.- Alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal en relación al planteamiento de la cuestión prejudicial

ANEXO VI.- Legislación interna que se cita, a los únicos efectos de facilitar su consulta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez D. Antonio Cecilio Videras Noguera, titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Granada. Doy fe.

Antonio Cecilio Videras Noguera