



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección : 001

OVIEDO

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000771 /2001

De D. JOSE MANUEL BLANCO PEREZ Y OTRA

PROCURADORA Dña. MARGARITA ROZA MIER

Contra PRINCIPADO

Codemandado: D. CELSO FERNANDEZ GÓMEZ

Procurador: IGNACIO SAL DEL RIO

AUTO

ILMO. SR.PRESIDENTE

JESÚS MARÍA CHAMORRO GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

MARÍA JOSÉ MARGARETO GARCIA

FRANCISCO SALTO VILLEN

En Oviedo, a veintidós de octubre de dos mil siete.

05 NOV 2007

ANTECEDENTES DE HECHOS

ÚNICO.- Que por la Procuradora Sra. Roza Mier en representación de Dña. M^a Pilar Chao Gómez y D. José Manuel Blanco Pérez se presentó en fecha 21 de julio de 2006 escrito solicitando se interponga cuestión de prejudicialidad ante el TJCE, escrito del que se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal con el resultado que obra en autos. Por Auto de esta Sala de fecha 30 de noviembre de 2007 se acordaba suspender



**PRINCIPADO DE
ASTURIAS**



la tramitación del presente procedimiento en tanto se resolvía la cuestión prejudicial, recibándose en este Tribunal resolución del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se acordaba que las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias son manifiestamente inadmisibles.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el Procedimiento Ordinario 771/01 que se sigue ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se impugna en vía Contencioso Administrativa, por dos particulares de nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, el Decreto 72/01, de 19 de Julio, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines del Principado de Asturias. El mencionado Decreto se dicta en desarrollo de lo que establece el art. 103.3 de la Ley 14/1986, General de Sanidad y el art. 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

El Decreto asturiano regula en sus Capítulos I y II la planificación farmacéutica y los procedimientos para la autorización, designación de local y apertura de nuevas Oficinas de farmacia. Se parte del principio de que en cada zona farmacéutica habrá un número determinado de oficinas de farmacia, en virtud de determinados criterios, fundamentalmente el de la población que corresponda a cada módulo.

Al establecerse esta limitación y estas condiciones, partiendo de los principios de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las Oficinas de farmacia, considera esta Sala que la normativa referenciada, y en concreto los arts. del Decreto de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias que regulan la apertura de nuevas Oficinas de farmacia, pueden ser contrarios a lo dispuesto en el art. 43 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957, y como quiera que la Comisión, en su Dictamen D 1/20 3361, de 18 de Julio, ha concluido que la limitación del número de farmacias en función del número de habitantes y de las



distancias mínimas entre farmacia, es contraria al art. 43 del Tratado, esta Sala, a instancia de los recurrentes también comparte las dudas sobre su adecuación al Derecho Comunitario.

En el proceso judicial en el que se plantea esta cuestión, se impugna de forma directa una disposición de carácter general, que por tanto supone un juicio de carácter abstracto en relación a determinar si la norma reglamentaria objeto del litigio infringe o no el ordenamiento jurídico, en la medida que se pueda vulnerar el principio de jerarquía normativa y se pueda menoscabar el contenido de normas de rango legal. En consecuencia, no existe en este proceso judicial un componente factico que circunstancie los elementos a valorar en el control de legalidad de la norma impugnada, sino que el análisis del contenido de la norma, y de aquellas otras de rango superior que pueda eventualmente contrariar, es el contenido de la labor que este Órgano Judicial nacional debe realizar para otorgar la debida tutela judicial. Insistimos en que la pretensión de los recurrentes es en relación a una norma jurídica.

Desde este momento debe esta Sala indicar que las dudas sobre la conformidad del Decreto al Derecho Comunitario no lo son en relación al conjunto de su articulado, sino con respecto a algunos preceptos cuestionados por los recurrentes, y ello sin perjuicio de que existan preceptos impugnados que ninguna duda susciten a esta Sala, y otros que además son combatidos por los recurrentes con motivos de impugnación adicionales a los estrictamente fundados en la eventual conculcación del Derecho Comunitario.

SEGUNDO.-Ciertamente este Tribunal se plantea acudir al TJCE a través de la cuestión prejudicial, cuando los recurrentes finalmente se dirigen a la Sala en ese sentido. Y ciertamente también el fundamento de esa petición de parte es el Dictamen de la Comisión Europea DA/203371, de 18 de Julio, cuya fotocopia ya fue en su momento remitida a esa instancia judicial comunitaria.

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.

A este esquema responde el Decreto que se impugna en el litigio y en el que se dicta este Auto. En concreto los artículos 2 y siguientes contienen una ordenación de esos parámetros en el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en relación con el módulo de habitantes, Art. 2 y las distancias mínimas entre oficinas, artículo 4, siendo así que los artículos 3 y 5 de la norma, determinan de forma detallada las reglas para medir las distancias y determinar las poblaciones. Los preceptos rezan literalmente de la siguiente manera:

“Artículo 2. Módulos de población.

1. En cada zona farmacéutica el número de oficinas de farmacia corresponderá al módulo de 2.800 habitantes por oficina de farmacia. Una vez superada esta proporción podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por la fracción superior a 2.000 habitantes.

2. En todas las zonas básicas de salud y en todos los concejos podrá existir al menos una oficina de farmacia.

Artículo 3. Cómputo de población.

A los efectos de este Decreto, el cómputo de la población se hará sobre la base de los datos derivados de la última revisión del padrón municipal.



Artículo 4. Distancias mínimas.

1. La distancia mínima entre los locales de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 250 metros, independientemente de la zona farmacéutica a la que pertenezcan.

2. Esta distancia mínima de 250 metros deberá ser guardada igualmente en relación con los centros sanitarios de cualquier zona farmacéutica, ya sean éstos públicos o privados concertados de asistencia extrahospitalaria u hospitalaria, con consultas externas o dotados de servicios de urgencia, estén los mismos en funcionamiento o en fase de construcción.

Este requisito de distancia a los centros sanitarios no será de aplicación en las zonas farmacéuticas con una única oficina de farmacia ni en las localidades que, contando actualmente con una única oficina de farmacia, no sea previsible, dadas sus características, la apertura de nuevas oficinas de farmacia.

En ambos supuestos, es necesario que consten las razones en que se base la no aplicabilidad del requisito de la distancia a centro sanitario.

Artículo 5. Medición de distancias.

1. La medición de las distancias entre oficinas de farmacia o entre éstas y los centros sanitarios se practicará por el camino más corto, siguiéndose una línea ideal de medición con sujeción a lo dispuesto en este artículo. El itinerario deberá transcurrir por vías públicas y accesos urbanos utilizables de acuerdo con las normas de aplicación al tráfico peatonal. Las circunstancias a considerar para la práctica de la medición serán las existentes en el momento que se produzca la designación del local de la nueva farmacia que se pretende instalar o la solicitud de traslado de la preexistente.

2. A los efectos de medición de distancias se entiende por vía pública y accesos urbanos utilizables de acuerdo con las normas de aplicación al tráfico peatonal las calles, plazas y caminos de uso público, y a falta de éstas, los terrenos de uso público por donde puedan pasar peatones. Por acceso se entiende la entrada al local donde se pretende instalar o trasladar la oficina de farmacia, al local de aquella que ya está instalada, o al local donde esté ubicado el centro sanitario. Por chaflán se entiende el

plano situado en la esquina de dos vías públicas, que constituye una fachada oblicua respecto a la dirección.

3. La medición se empieza a practicar en el punto central del acceso desde la vía pública al local de la oficina de farmacia ya instalada. Si los accesos son varios, se toma en consideración el punto central del acceso desde la vía pública a la oficina de farmacia que ofrezca el itinerario más corto respecto al acceso al local donde se quiere ubicar la nueva oficina de farmacia.

4. Esta medición, por lo que respecta a los centros sanitarios, debe practicarse desde el punto central del acceso principal desde la vía pública a los citados centros y, si estos centros tienen más de un acceso principal, desde aquel que ofrezca el itinerario más corto respecto al acceso al local donde se quiere ubicar la nueva oficina de farmacia.

5. La medición finaliza en el punto central del acceso desde la vía pública al local donde se quiere ubicar la nueva oficina de farmacia. Si los accesos son varios, se toma en consideración el punto central del acceso que ofrece el itinerario más corto respecto al acceso de la oficina de farmacia ya instalada.

6. A partir del punto inicial de medición, debe seguirse por una línea perpendicular al eje de la vía pública a la que tenga salida el local. La medición debe continuar por este eje, cualesquiera que sean las características de la vía pública, hasta que se encuentre el eje de la siguiente vía o vías públicas. La medición se prolongará por el citado eje hasta el punto en que coincida con la intersección de la línea perpendicular que se pueda trazar desde el punto final de medición hasta el eje de la vía pública por la que se venía efectuando la medición. Se continuará por la citada línea perpendicular hasta el punto final de medición.

7. Si el itinerario de la medición debe pasar por chaflanes, la línea de medición no debe separarse de la fachada del chaflán más de la distancia existente entre el eje de la vía pública de menor amplitud de las que confluyan en el chaflán y la esquina de éste.

8. La medición debe efectuarse sin tomar en consideración la línea perpendicular que se pueda trazar desde el centro del acceso hasta el eje de la vía pública a la que tiene salida, en los casos en los que los peatones puedan ir de un

local a otro sin necesidad de cruzar ninguna de las vías públicas a las que tengan salida sus accesos.

9. La medición por pasos elevados o subterráneos debe practicarse por su eje. Las escaleras deben medirse teniendo en consideración su pendiente.

10. Si el itinerario de la medición debe transcurrir por una plaza, parque público o cualquier otro espacio abierto, debe practicarse por el camino peatonal más corto. En este caso, la medición debe realizarse por el eje de la acera y por los de los pasos destinados a la circulación de peatones. Si éstos no existen, debe medirse por el camino más corto que el peatón pueda seguir por terrenos de uso público autorizado.

11. Si para cruzar una plaza y otro espacio abierto las ordenanzas municipales permiten hacerlo por su centro, la medición debe practicarse en línea recta, o, en su caso, por la línea que permita realizar el itinerario más corto. Las manzanas abiertas o conformadas por edificaciones aisladas tienen la consideración de espacio abierto a los efectos de esta norma”.

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 impugnada ante esta Sala se justifica en aras de lograr una adecuada prestación de un servicio tan esencial como el farmacéutico, garantizando su prestación de forma racional y efectiva a toda la población potencialmente usuaria del mismo.

Pudiera pensarse que una limitación del número de autorizaciones para la 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 considerado en determinadas ocasiones el TJCE, Sentencia 30/XI/1995, Gebhard, 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 aquellos parámetros de orden físico, fomentaría la apertura y por tanto facilitaría una mayor oferta en la prestación del servicio. Ha de considerarse además que esas 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 esta Sala, a instancia de los recurrentes, si el sistema por el que opta el Decreto impugnado, 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, compatibles con la regulación que consagra el art. 43 del Tratado C.E, afección que podría extenderse a cualquier nacional de un Estado



miembro de la Unión Europea que pudiera pretender instalar una oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha decidido:

1º) Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

2º) Plantear al Tribunal de Justicia, al amparo del art. 234 del Tratado la siguiente cuestión:

- a) Si es el art. 43 del Tratado de la Comunidad Económica Europea contrario a la regulación que se contiene en la legislación de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en relación a la autorización de instalación de Oficinas de Farmacia.

Así lo acordaron los señores al margen, y rubrica el Ilmo. Sr. Presidente, doy fe.

