

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. YVES BOT

presentadas el 16 de diciembre de 2008¹

1. Mediante el presente recurso la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al mantener en vigor:

— una legislación que reserva el derecho a explotar una farmacia privada minorista exclusivamente a las personas físicas que estén en posesión de un título de farmacéutico y a las sociedades de explotación en las que sólo los farmacéuticos pueden ser socios, y

— disposiciones legislativas que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran una participación en las sociedades de explotación de farmacias municipales.

2. Es preciso señalar de entrada que el primer motivo alegado por la Comisión está estrechamente relacionado con la primera cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht des Saarlandes (Alemania) en los asuntos acumulados Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07), y Neumann-Seiwert (C-172/07), pendientes ante el Tribunal de Justicia, en los que presento asimismo conclusiones. Este primer motivo se refiere en sustancia al problema de si el artículo 43 CE y/o el artículo 56 CE se oponen a una disposición nacional que establece que sólo los farmacéuticos pueden poseer y explotar una farmacia.

3. Por las mismas razones expuestas en mis conclusiones presentadas en los asuntos Apothekerkammer des Saarlandes y otros, y Neumann-Seiwert, antes citados, propondré al Tribunal de Justicia que declare infundado el primer motivo invocado por la Comisión. Considero en efecto que los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual sólo los farmacéuticos pueden poseer y explotar una farmacia, ya que esa legislación está justificada por el objetivo de garantizar un abastecimiento adecuado de medicamentos a la población.

1 — Lengua original: francés.

4. También propondré al Tribunal de Justicia declarar infundado el segundo motivo.

I. El marco jurídico

A. *El Derecho comunitario*

5. El artículo 43 CE, párrafo primero, prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Según el artículo 43 CE, párrafo segundo, la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas.

6. En virtud del artículo 48 CE, párrafo primero, los derechos establecidos por el artículo 43 CE se reconocen también a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

7. Según el artículo 46 CE, apartado 1, el artículo 43 CE no se opone a las restricciones justificadas por razones de salud pública.

8. A tenor del artículo 47 CE, apartado 3, la progresiva supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros. No obstante, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión reconocieron que el efecto directo de los artículos 43 CE y 49 CE, afirmado respectivamente en las sentencias *Reyners*² y *Van Binsbergen*³ a partir del 1 de enero de 1970, fecha de finalización del período de transición, abarcaba también las profesiones sanitarias.⁴

9. Además, las actividades médicas, paramédicas y farmacéuticas han sido objeto de Directivas de coordinación. En el ámbito farmacéutico se trata por una parte de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas,⁵ y por otra de la Directiva 85/433/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia y que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas.⁶

2 — Sentencia de 21 de junio de 1974 (2/74, Rec. p. 631).

3 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974 (33/74, Rec. p. 1299).

4 — De esa forma, en el primer considerando de la Directiva 75/362/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, que contiene además medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (DO L 167, p. 1; EE 06/01, p. 186), se indica que, en aplicación del Tratado CEE, se prohíbe, a partir del final del período de transición, todo trato discriminatorio, por motivos de nacionalidad, en materia de establecimiento y de prestación de servicios.

5 — DO L 253, p. 34; EE 06/03, p. 25.

6 — DO L 253, p. 37; EE 06/03, p. 28.

10. Esas dos Directivas fueron derogadas y sustituidas por la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.⁷ A tenor del vigesimosexto considerando de la Directiva 2005/36:

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

11. Por otra parte el artículo 56 CE, apartado 1, dispone que, en el marco del capítulo IV del Tratado CE, dedicado a los capitales y los pagos, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

12. Finalmente es preciso citar el artículo 152 CE, apartado 5, según el cual:

«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 [...]»

B. *El Derecho nacional*

13. En Italia, la Ley n° 833, de 23 de diciembre de 1978, estableció el Servizio Sanitario Nazionale (Servicio nacional de salud). El artículo 25, apartado 1, de esa Ley dispone que las prestaciones sanitarias comprenden la asistencia de los médicos generalistas, de los médicos especialistas, de los enfermeros, de los hospitales y de las farmacias.

14. En Italia coexisten dos tipos de farmacias, a saber, por una parte las farmacias privadas y por otra parte las farmacias municipales.⁸

7 — DO L 255, p. 22.

8 — Según la República Italiana hay aproximadamente 1.600 farmacias municipales y 16.000 farmacias privadas.

1. El régimen de las farmacias privadas

15. El artículo 4 de la Ley n° 362, de 8 de noviembre de 1991, de reorganización del sector farmacéutico (en lo sucesivo, «Ley n° 362/1991») prevé un procedimiento de concurso para la tenencia de una farmacia, convocado por las regiones y las provincias, y reservado a los ciudadanos de los Estados miembros en posesión de sus derechos cívicos y políticos e inscritos en el Colegio de farmacéuticos.

16. A tenor del artículo 7 de la Ley n° 362/1991:

«1. La explotación de una farmacia privada quedará reservada a las personas físicas, conforme a las disposiciones en vigor, así como a las sociedades personalistas y a las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada.

2. Las sociedades mencionadas en el apartado 1 tendrán como objeto exclusivo la explotación de una farmacia. Sus socios serán farmacéuticos inscritos en el Colegio [profesional] de farmacéuticos y en posesión de las cualificaciones previstas en el artículo 12 de la Ley n° 475 de 2 de abril de 1968, según su modificación posterior.

3. La dirección de la farmacia explotada por la sociedad será encomendada a uno de los socios, quien será su responsable.

[...]

5. Cada una de las sociedades mencionadas en el apartado 1 podrá explotar una sola farmacia y obtener la autorización correspondiente, siempre que la farmacia esté situada en la provincia en la que la sociedad tiene su domicilio.

6. Cada farmacéutico podrá poseer una participación en una sola sociedad de las contempladas en el apartado 1.

7. La explotación de las farmacias privadas estará reservada a los farmacéuticos inscritos en el Colegio [profesional] de farmacéuticos de la provincia en la que la farmacia tiene su domicilio.»

17. Según el artículo 8 de la Ley n° 362/1991: mayoría privado cuyos socios no son necesariamente farmacéuticos.

«1. La participación en el capital de las sociedades mencionadas en el artículo 7 [...] será incompatible:

a) Con cualquier otra actividad ejercida en el sector de la producción y de la distribución de medicamentos así como de la difusión de informaciones científicas sobre los medicamentos

[...]»

19. Mediante sentencia de 24 de julio de 2003 la Corte Costituzionale italiana extendió a las sociedades de explotación de farmacias municipales la prohibición de ejercer conjuntamente la actividad de distribución, prevista en el artículo 8, apartado 1, letra a), de la Ley n° 362/1991, que hasta entonces se aplicaba únicamente a las sociedades que explotaban farmacias privadas.

20. El ejercicio conjunto de las actividades de distribución mayorista de medicamentos y de venta al público de medicamentos en las farmacias también fue prohibido por el artículo 100, apartado 2, del Decreto n° 219 de 24 de abril de 2006.

2. El régimen de las farmacias municipales

18. El artículo 12 de la Ley n° 498 de 23 de diciembre de 1992, sustituido por el artículo 116 del Decreto legislativo n° 267 de 18 de agosto de 2000, prevé la posibilidad de que los municipios constituyan, para la gestión de las farmacias municipales, sociedades anónimas cuyos accionistas no sean necesariamente farmacéuticos. En las farmacias municipales se autoriza por tanto la separación de la tenencia de la farmacia, de la que es titular la entidad local, y la gestión, encomendada a una sociedad de capital en su

21. Por otra parte el Derecho italiano también exige, tanto a las farmacias privadas como a las públicas, que la venta de los medicamentos sólo se encomiende a los farmacéuticos. El artículo 122 del texto único de las leyes sanitarias dispone en efecto que:

«La venta al público de sustancias medicamentosas dosificadas o de medicamentos sólo puede llevarse a cabo por los farmacéuticos y debe realizarse en la farmacia bajo la responsabilidad de su explotador.»

3. El Decreto-ley nº 223 de 4 de julio de 2006

ciones de ese Decreto-ley, en particular su artículo 5, se proponían poner fin al procedimiento administrativo.

22. La legislación italiana ha sido objeto de varias modificaciones por el Decreto-ley nº 223 de 4 de julio de 2006, de disposiciones urgentes para la reactivación económica y social, para el control y la racionalización del gasto público y de actuaciones en materia fiscal y de lucha contra el fraude fiscal (en lo sucesivo, «Decreto Bersani»).

25. Considerando que las modificaciones de la legislación controvertida por el Decreto Bersani no podían alterar su criterio sobre la falta de conformidad del Derecho italiano con el Derecho comunitario, la Comisión decidió interponer el presente recurso ante el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 226 CE.

23. En particular, el artículo 5 del Decreto Bersani ha suprimido varias de las disposiciones antes mencionadas. Se trata de los artículos 7, apartados 5 a 7, de la Ley nº 362/1991, y 100, apartado 2, del Decreto nº 219 de 24 de abril de 2006. También ha modificado el artículo 8, apartado 1, de la Ley nº 362/1991, suprimiendo el término «distribución» en esa disposición.

III. El recurso

26. Mediante su recurso la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

II. El procedimiento administrativo

24. Por considerar que la legislación antes mencionada no era compatible con los artículos 43 CE y 56 CE, la Comisión dirigió el 21 de marzo de 2005 un escrito de requerimiento a la República Italiana. Como sea que no le convencieron las explicaciones presentadas por ese Estado miembro, el 19 de diciembre de 2005 la Comisión le comunicó un dictamen motivado, al que respondieron las autoridades italianas el 17 de febrero de 2006. Esas mismas autoridades comunicaron a la Comisión el 6 de julio de 2006 el texto del Decreto Bersani, destacando que algunas disposi-

— Declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al mantener en vigor:

— una legislación que reserva el derecho a explotar una farmacia privada minorista exclusivamente a las personas físicas que están en posesión de un título de farmacéutico y a las sociedades de explotación en las que sólo los farmacéuticos pueden ser socios, y

- disposiciones legislativas que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran una participación en las sociedades de explotación de farmacias municipales,

28. La República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Letonia y la República de Austria han intervenido en apoyo de la República Italiana.

IV. Las alegaciones de las partes

- Condene en costas a la República Italiana.

A. Sobre la admisibilidad del recurso

27. La República Italiana solicita al Tribunal de Justicia que:

29. La República Italiana mantiene ante todo la inadmisibilidad del recurso. A su juicio, en la medida en que es notorio que la reserva de la tenencia de las farmacias exclusivamente a los farmacéuticos o a las sociedades controladas por farmacéuticos está prevista en la mayor parte de los Estados miembros, es preciso que el criterio de la Comisión se defina de forma uniforme en relación con esas legislaciones, evitando distinciones país por país o legislación por legislación.

- Declare inadmisibile el recurso;

- Con carácter subsidiario, lo declare infundado, con las consecuencias derivadas.

30. A continuación, la República Italiana observa que la Comisión alega con carácter principal la infracción de los artículos 43 CE y 56 CE, pero que no tiene en cuenta las Directivas para la aplicación de la libertad de establecimiento. Éstas contienen disposiciones expresas que confirman que los requisitos de acceso al sector no están aún armonizados, y que establecen que ese ámbito corresponde a la competencia de los Estados miembros. En esas circunstancias, incumbe a

la Comisión especificar con mayor precisión y concreción la presunta infracción, ya que, al regular la actividad de los farmacéuticos, la República Italiana ha aplicado correctamente dichas Directivas, y ha ejercido la competencia nacional reservada que éstas reconocen.

31. Por último, la República Italiana señala que, a pesar de la modificación derivada del Decreto Bersani, que suprime la prohibición de que las empresas de distribución adquieran una participación en las sociedades de explotación de farmacias, la Comisión sigue considerando que dicha prohibición puede aplicarse todavía por los tribunales italianos. Así pues, el incumplimiento imputado no es concreto y actual sino que derivaría de decisiones futuras e hipotéticas de esos tribunales.

B. *Sobre el primer motivo*

32. La Comisión alega que, al prohibir la explotación de una farmacia a las personas que no están en posesión de un título de farmacéutico, así como a las sociedades cuyos socios no sean todos ellos farmacéuticos, la República Italiana ha infringido los artículos 43 CE y 56 CE. En efecto, dicha prohibición no sólo obstaculiza sino que hace totalmente imposible que esas categorías de personas ejerciten las dos libertades fundamentales garantizadas por el Tratado que son la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

33. Según la Comisión, es cierto que el objetivo de protección de la salud pública constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales. Sin embargo, las disposiciones de la legislación italiana controvertidas en el presente procedimiento no son adecuadas para garantizar ese objetivo ni necesarias para lograrlo.

34. La Comisión alega en primer lugar que la prohibición de que exploten una farmacia personas que no estén en posesión de un título de farmacéutico, así como las sociedades cuyos socios no sean todos ellos farmacéuticos, no es apropiada para garantizar el objetivo de protección de la salud pública. A este respecto es preciso diferenciar los aspectos relativos a la explotación, la gestión o la administración de las farmacias de los relativos a las relaciones con terceros. La necesidad de poseer la cualificación profesional de farmacéutico se justifica en los últimos aspectos, pero no en los primeros, ya que la exigencia de protección de la salud pública sólo afecta al aspecto de la actividad farmacéutica que implica la relación con terceros, y más concretamente con los proveedores y con los pacientes. Además, la Comisión considera que la separación de la función puramente empresarial del propietario de la farmacia y la función de profesional de la farmacia, lejos de perjudicar el objetivo de protección de la salud pública, puede de hecho contribuir de manera positiva a éste, al permitir que el farmacéutico atienda ante todo a las funciones y las actividades más directamente ligadas a la actividad farmacéutica de servicio directo a los usuarios.

35. Además, prosigue la Comisión, la prohibición establecida por la legislación italiana se funda en una presunción indemostrada, la de que el farmacéutico que lleva a cabo la explotación ejerce su profesión con mayor aptitud que el farmacéutico que trabaja por cuenta ajena, y está menos inclinado a privilegiar su interés personal a costa del interés general. En ese aspecto la Comisión pone de relieve que el farmacéutico por cuenta ajena, dado que no persigue intereses personales de carácter económico, sino que asume responsabilidades profesionales específicas, debe ser más propenso que el propietario de la farmacia (con independencia de que éste disponga o no de la cualificación de farmacéutico), a cumplir sus funciones con observancia de la ley y las reglas deontológicas. La Comisión indica por otra parte que el margen de autonomía en el despacho de medicamentos al paciente del que dispone el farmacéutico es sumamente reducido. En especial, el farmacéutico está obligado a dispensar el medicamento prescrito sin posibilidad de sustituirlo, excepto en los casos estrictamente previstos por la ley.

36. En segundo lugar la Comisión manifiesta que las disposiciones controvertidas del Derecho italiano van más allá de lo necesario para realizar el objetivo de protección de la salud, ya que éste podría garantizarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales. En particular, la obligación de presencia de un farmacéutico en la farmacia es suficiente para garantizar al cliente la prestación de un servicio cualificado. Además, podría aplicarse a los explotadores de farmacias un sistema de controles adecuados y de sanciones eficaces. Tal sistema permitiría verificar y asegurar el funcionamiento correcto de esas farmacias con la finalidad de proteger la salud de los pacientes. De igual forma podría pensarse en incluir cláusulas de corresponsabilidad en el

contrato de trabajo que vincula al titular con el farmacéutico responsable de la explotación. La responsabilidad solidaria garantizaría que ambos estén incitados a realizar los objetivos y las obligaciones de servicio público ligados a la explotación de la farmacia.

37. La Comisión señala también que la facultad de explotar farmacias municipales, que la legislación italiana confiere a las sociedades anónimas sin participación pública mayoritaria, indica que el legislador italiano ha considerado que no era indispensable que los explotadores de farmacias sean farmacéuticos para asegurar la calidad del servicio farmacéutico así como la protección adecuada de la salud pública, siempre que un farmacéutico esté presente en el local y sea responsable de las actividades relacionadas con los medicamentos. Las mismas consideraciones son aplicables a las disposiciones que prevén la facultad de los herederos de una farmacia privada de explotarla durante determinado tiempo sin poseer la cualificación exigida.

38. La Comisión destaca por otra parte que incumben al farmacéutico deberes deontológicos similares, ya ejerza sus funciones en calidad de propietario o bien por cuenta ajena.

39. Finalmente, la Comisión considera que el razonamiento mantenido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia,⁹ acerca de las ópticas, es transferible a la actividad comercial de venta al por menor de medicamentos.

40. Frente a esos argumentos, la República Italiana, apoyada por la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Letonia y la República de Austria, alega que la legislación controvertida, en cuanto reserva la tenencia y la explotación de una farmacia privada únicamente a las personas físicas que estén en posesión de un título de farmacéutico y a las sociedades en las que sólo los farmacéuticos pueden ser socios, no infringe los artículos 43 CE y 56 CE. En efecto, esa legislación se aplica sin discriminación por razón de la nacionalidad, y las restricciones derivadas de ella pueden justificarse por el objetivo de protección de la salud pública, siempre que sean adecuadas y proporcionadas para salvaguardar ese objetivo.

41. La República Italiana destaca que tanto el Derecho comunitario originario como el derivado mantienen la competencia de los Estados miembros para definir el régimen de propiedad de las farmacias, controvertido en el presente asunto. A falta de armonización en el plano comunitario, incumbe a los Estados miembros, en especial, decidir el nivel de protección de la salud pública que debe

garantizarse en la distribución de los medicamentos por las farmacias.

42. La República Italiana alega que la correlación entre la tenencia/explotación de las farmacias privadas y la inscripción en el Colegio profesional de farmacéuticos de los poseedores y explotadores es un elemento fundamental de garantía de la calidad del servicio farmacéutico en Italia.

43. Según la República Italiana el carácter potencialmente nocivo de los medicamentos exige que su uso sea controlado y racionalizado. En la farmacia existe un conflicto objetivo entre el interés privado –que es asegurar su rentabilidad económica– y los objetivos de interés general. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de medicamentos a la población sobre las consideraciones económicas es preciso que las farmacias pertenezcan realmente a personas que tengan la capacidad profesional y la especialización necesarias. Sólo si los poseedores de farmacias, que ejercen una influencia en la gestión de éstas, disponen de conocimientos y de experiencia especializados completos la gestión antepondrá sistemáticamente la protección de la salud a los objetivos económicos. Si quienes no son farmacéuticos explotaran farmacias, existiría el riesgo de que se dejaran guiar por criterios no pertinentes desde el punto de vista farmacéutico.

9 — Asunto (C-140/03, Rec. p. I-3177).

44. Además, la República Italiana alega que la reserva de la explotación de las farmacias exclusivamente a los farmacéuticos permite impedir que los fabricantes o los mayoristas farmacéuticos puedan poseer farmacias. Esas empresas podrían verse incitadas a comercializar con preferencia los productos que fabrican o distribuyen en detrimento de las necesidades terapéuticas reales y de la libre elección de los pacientes. Por otra parte la lógica comercial a gran escala se orienta hacia la disminución de los costes de distribución y de almacenamiento y por tanto a la concentración de los puntos de venta en las zonas más densamente pobladas. La apertura no regulada de nuevas farmacias podría además originar un aumento de los gastos farmacéuticos.

45. Según la República Italiana esos riesgos se deducen de varios estudios relativos a los países o las regiones que han procedido a una liberalización total del acceso al sector de la farmacia —como la República de Estonia, el Reino de Noruega, o la Comunidad Foral de Navarra en el Reino de España—, que han demostrado graves retrocesos en términos de calidad de las prestaciones farmacéuticas.

46. La República Italiana afirma que la eficacia de la función de interés general de las farmacias no puede asegurarse con medidas menos restrictivas. Es cierto que un Estado miembro está facultado para prevenir que los farmacéuticos por cuenta ajena realicen la preparación y la venta de los medicamentos. Sin embargo ese farmacéutico por cuenta ajena no está en condiciones de ejercer su profesión con plena independencia ya que está sometido a las órdenes de su empleador no farmacéutico.

47. Por otra parte, según la República Italiana el rango superior de la salud excluye que una indemnización del equivalente económico permita una reparación plenamente compensatoria del daño. En consecuencia las garantías de seguro de responsabilidad profesional o las formas de indemnización derivadas de la responsabilidad por el hecho de tercero no permitirían garantizar de forma igualmente eficaz el objetivo de protección de la salud pública. Además, la opción de hacer concurrir la tenencia de la farmacia y la responsabilidad de la explotación en la persona de un empresario profesional que tenga la cualidad de farmacéutico permite añadir al conjunto de sus responsabilidades resultantes de las leyes civiles y penales las que derivan del código deontológico y que están sometidas al control del Colegio profesional de farmacéuticos.

48. Por último, en lo que atañe a la diferencia de régimen entre las farmacias privadas y las farmacias municipales, la República Italiana explica que en el caso de las farmacias privadas era necesario añadir un elemento adicional de garantía sanitaria, que diferencia su modelo de gestión del de las farmacias municipales, pues estas últimas están sometidas por su naturaleza a la vigilancia y el control de las corporaciones locales. La República Italiana indica al respecto que, en el modelo de sociedad mixta que tiene por objeto la prestación de servicios públicos locales, incluso si la participación privada es mayoritaria, la entidad local mantiene facultades de orientación, de control y de vigilancia en su condición de cogestor y socio de la sociedad. De igual forma, cuando la explotación se atribuye a un tercero, la conservación de la propiedad de la farmacia por parte de la entidad local puede garantizar la prosecución del interés público.

C. Sobre el segundo motivo

49. Mediante el segundo motivo la Comisión sostiene que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al mantener en vigor disposiciones que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de explotación de farmacias municipales.

50. Según la Comisión tal restricción de la libre circulación de capitales y de la libertad de establecimiento no se justifica por el objetivo de protección de la salud pública. La Comisión señala al respecto que el régimen de incompatibilidad general entre las actividades de distribución y de venta minorista de medicamentos es incoherente, ya que permite excepciones de un alcance considerable.

51. En particular, expone la Comisión, una persona puede explotar una farmacia y al mismo tiempo ser accionista de una sociedad de distribución siempre que no tenga en ésta una posición de decisión y control. Tal persona podría estar interesada en favorecer la venta en el mercado de productos distribuidos por la sociedad de la que es accionista. Además, existen otras situaciones en las que el farmacéutico accionista de una sociedad de distribución tiene la posibilidad de ejercer en

ésta un poder de control efectivo, directo o indirecto. El régimen de incompatibilidad es por tanto muy flexible para las personas físicas y las sociedades que explotan farmacias privadas.

52. En cambio, ese régimen es muy restrictivo para las sociedades multinacionales que desearan adquirir participaciones en las farmacias municipales. Pues bien, la Comisión considera que en este último caso el riesgo de conflictos de intereses puede ser menor o en cualquier caso menos grave, ya que el municipio conserva la propiedad de la farmacia municipal y ejerce, en virtud del contrato de servicios celebrado con la sociedad de gestión privada, un control directo y específico de esa farmacia.

53. Según la República Italiana, los principios expuestos en el marco de la oposición al primer motivo son también aplicables a las farmacias municipales. Por otra parte, el Decreto Bersani suprimió la prohibición de que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las farmacias municipales.

V. Apreciación

A. Sobre la admisibilidad del recurso

54. Resulta de reiterada jurisprudencia que, en el marco de un recurso por incumplimiento que pone en cuestión la compatibilidad con el Derecho comunitario de una legislación nacional, las posibles modificaciones introducidas en ésta no tienen influencia sobre la resolución que haya de dictarse acerca del objeto del recurso, en la medida que no se hayan efectuado antes de expirar el plazo señalado en el dictamen motivado.¹⁰

55. Por consiguiente, es preciso pronunciarse sobre la posible existencia del incumplimiento tomando en consideración la legislación vigente el 19 de febrero de 2006, fecha de expiración del plazo de dos meses fijado en el dictamen motivado notificado a la República Italiana el 19 de diciembre de 2005. Se ha de observar que en aquella fecha aún no se había adoptado el Decreto Bersani.

56. De ello deriva que no puede atenderse a la argumentación desarrollada por la Comisión y la República Italiana sobre la incidencia de ese Decreto en el presente procedimiento. En particular, no es necesario para el examen del

segundo motivo comprobar si la prohibición de que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de explotación de farmacias municipales sigue en vigor en el ordenamiento jurídico italiano a pesar de la adopción del Decreto Bersani, ya sea debido al mantenimiento de determinadas disposiciones legislativas o a una jurisprudencia que sostenga dicha prohibición.

57. Por tanto no es fundada la alegación por la República Italiana de que el incumplimiento que se le imputa no es concreto y actual dado que nacería de decisiones futuras e hipotéticas de los tribunales nacionales.

58. También deben refutarse las demás alegaciones presentadas por ese Estado miembro en apoyo de la inadmisibilidad del presente recurso. En efecto, es irrelevante a los efectos de la admisibilidad de un recurso por incumplimiento que la Comisión haya optado por actuar contra un Estado miembro y no contra otros cuya legislación es comparable. Por otra parte la Comisión ha señalado con precisión las disposiciones comunitarias respecto a las cuales solicita al Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento de la República Italiana, a saber los artículos 43 CE y 56 CE.

10 — Véanse en especial las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Comisión/Irlanda (C-392/96, Rec. p. I-5901), apartado 86; de 9 de diciembre de 2004, Comisión/Francia (C-177/03, Rec. p. I-11671), apartado 19, y de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia (C-412/04, Rec. p. I-619), apartado 42.

B. *Sobre el primer motivo*

59. Mediante este motivo la Comisión pone en cuestión, en relación con los artículos 43 CE y 56 CE, uno de los requisitos necesarios para poseer y explotar una farmacia privada en Italia, a saber, estar en posesión de un título de farmacéutico. Considera en efecto que la posesión de un título de farmacéutico no puede exigirse en lo que se refiere al régimen de propiedad de la farmacia. En cambio, estima que ese requisito es necesario y debe cumplirse para ejercer la función de director responsable de la farmacia y más en general para desarrollar cualquier tarea relativa a las relaciones con los clientes de la farmacia.

60. En la medida en que la Comisión imputa a la República Italiana el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del artículo 43 CE así como del artículo 56 CE, hay que verificar ante todo si la legislación nacional controvertida debe ser apreciada a la luz de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales o bien en virtud de sólo una de ambas libertades de circulación.

61. Con esa perspectiva es preciso señalar que, según el Tribunal de Justicia, para saber si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de

circulación, procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate.¹¹

62. Es preciso observar al respecto que el objeto principal de las disposiciones de la legislación italiana controvertidas mediante el primer motivo es establecer un requisito para el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia, en el presente caso la actividad farmacéutica en la condición de titular de una farmacia. En efecto, esas disposiciones reservan el derecho a poseer y explotar una farmacia privada únicamente a las personas físicas que estén en posesión de un título de farmacéutico así como a las sociedades personalistas y las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada en las que sólo los farmacéuticos sean socios. Al regular de esa forma la apertura de farmacias privadas en Italia, y por tanto los requisitos de establecimiento de las personas físicas y jurídicas en el sector de la farmacia, a mi juicio la legislación italiana afecta de modo preponderante a la libertad de establecimiento. Por consiguiente, esa legislación entra con prioridad en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a esa libertad.

63. En consecuencia, suponiendo que tal medida nacional pueda producir efectos restrictivos de la libre circulación de capitales, dichos efectos serían la consecuencia ineludible de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no justifican un examen de la citada medida a la luz de lo dispuesto en el artículo 56 CE.¹²

11 — Sentencia de 17 de julio de 2008, Comisión/España (C-207/07), apartado 35.

12 — Véase en particular la sentencia de 25 de octubre de 2007, Geurts y Vogten (C-464/05, Rec. p. I-9325), apartado 16 y la jurisprudencia citada.

64. Por tanto examinaré el primer motivo únicamente a la luz de la libertad de establecimiento, y más concretamente en relación con los artículos 43 CE y 48 CE.¹³

67. Las modalidades de ese reparto de competencias, según derivan del texto del artículo 152 CE, revelan la existencia de una competencia conjunta con predominio nacional.¹⁴

65. Antes de examinar si la regla en virtud de la cual sólo las personas habilitadas para ejercer en calidad de farmacéuticos pueden poseer y explotar una farmacia es conforme o no con los artículos 43 CE y 48 CE, expondré algunas observaciones previas sobre la naturaleza de las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad en materia de salud pública.

68. El mantenimiento de una esfera de competencia nacional en materia de salud pública se reconoce expresamente en el artículo 152 CE, apartado 5, que, recuérdese, prevé que «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».

1. Observaciones previas sobre la naturaleza de las competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad en materia de salud pública

66. En virtud del artículo 152 CE, no se ha atribuido a la Comunidad una competencia plena y exclusiva en materia de salud pública. En consecuencia, dicha competencia sigue estando compartida por la Comunidad y los Estados miembros.

69. La apreciación de que la atribución de competencia sanitaria a la Comunidad no supone la privación de competencia de los Estados miembros se deduce también de la naturaleza de las competencias nacionales y comunitaria, según resulta del artículo 152 CE. En efecto, se trata a la vez de competencias complementarias, en la medida en que la acción de la Comunidad completa las políticas nacionales en materia de salud pública, y de competencias coordinadas, ya que la acción comunitaria tiende a coordinar las acciones nacionales en ese ámbito.

13 — Observo por otra parte que en el recurso por incumplimiento que dio lugar a la sentencia Comisión/Grecia antes citada, la Comisión había abordado la misma clase de problemática, a propósito de la apertura de ópticas, sólo en relación con la libertad de establecimiento. No creo necesario ampliar en lo sucesivo esa problemática a la libre circulación de capitales.

14 — Según la expresión utilizada por Michel, V., «La compétence de la Communauté en matière de santé publique», *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/2, p. 157.

70. En suma, las disposiciones del artículo 152 CE contienen las bases de una política de salud pública poco integrada y al mismo tiempo delimitan una esfera de competencia nacional protegida.

71. A mi juicio la opción así realizada por los redactores del Tratado debe ser tomada en cuenta en su justa medida por el Tribunal de Justicia. En particular, cuando el Tribunal de Justicia conoce de una medida nacional relativa a la organización y a la prestación de servicios de salud y de asistencia médica su apreciación debe tener siempre en cuenta, a mi juicio, lo que puede asimilarse a una protección constitucional de la competencia nacional en ese ámbito.¹⁵

72. Evidentemente ello no significa que en el ejercicio de su competencia reservada los Estados miembros deban estar exentos de sus obligaciones comunitarias. Es sabido, en efecto, que los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación. Dichas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de esas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria.¹⁶

73. Por otra parte, hay que precisar que en el estado actual del Derecho comunitario no todos los requisitos para el ejercicio de las actividades farmacéuticas han sido objeto, lejos de ello, de medidas de coordinación, y menos aún de medidas de armonización, en el plano comunitario, como muestra el vigesimosexto considerando de la Directiva 2005/36. Recuerdo al respecto que el legislador comunitario ha señalado a modo de ejemplo que la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos deben seguir siendo competencia de los Estados miembros. También se puntualiza en el citado considerando que esa Directiva no altera las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben a las empresas la práctica de ciertas actividades farmacéuticas o imponen ciertas condiciones a dicha práctica. En esos ámbitos no armonizados la determinación de las normas continúa siendo competencia de los Estados miembros, siempre que se respeten las disposiciones del Tratado y, en particular, las que se refieren a la libertad de establecimiento.¹⁷

74. Para que se pueda mantener una regla nacional que prevea que las farmacias sólo pueden ser poseídas y explotadas por farmacéuticos dicha regla tiene que resultar por tanto conforme al artículo 43 CE, no obstante constituir la expresión de una competencia reservada de los Estados miembros en materia de salud pública, y más en especial en materia de organización y de prestación de servicios de salud y de asistencia médica.

15 — Véase Michel, V., op. cit., p. 177.

16 — Véase en especial la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania (C-141/07, Rec. p. I-6935), apartado 23 y la jurisprudencia citada.

17 — Véase en ese sentido la sentencia Comisión/Alemania, antes citada (apartado 25 y la jurisprudencia citada).

75. La circunstancia de que tal regla pertenezca a un ámbito de competencia nacional reservada, expresamente reconocido por el artículo 152 CE, apartado 5, no carece sin embargo de consecuencias. En efecto, en el marco de la apreciación de la justificación de dicha regla en relación con un interés general imperativo como es la protección de la salud pública, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta el reconocimiento de la competencia nacional inscrito en el Tratado. Con esa perspectiva el Tribunal de Justicia podrá aplicar su jurisprudencia según la cual, al apreciar el respeto del principio de proporcionalidad en el ámbito de la salud pública, hay que tener presente que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse este nivel.¹⁸

76. Hechas esas precisiones, hay que comprobar en primer lugar si la regla italiana que prohíbe a quienes no son farmacéuticos poseer y explotar una farmacia constituye una restricción de la libertad de establecimiento.

2. Sobre la existencia de una restricción de la libertad de establecimiento

77. La libertad de establecimiento reconocida por los artículos 43 CE y 48 CE confiere a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro el derecho de acceso a las actividades por cuenta propia en otro Estado miembro y su

ejercicio con carácter permanente en las mismas condiciones que las sociedades domiciliadas en ese Estado miembro. Esa libertad fundamental se extiende a la constitución y gestión de empresas así como a la apertura de agencias, sucursales o filiales. El artículo 43 CE exige la supresión de las medidas discriminatorias.

78. También resulta de reiterada jurisprudencia que las medidas, incluso indistintamente aplicables, que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio la libertad de establecimiento por los nacionales de los Estados miembros constituyen restricciones contrarias al Tratado.¹⁹

79. En virtud de la legislación italiana la explotación de una farmacia privada se reserva a las personas físicas que estén en posesión de un título de farmacéutico, así como a las sociedades personalistas y a las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada que tengan como objeto exclusivo explotar una farmacia y cuyos socios sean farmacéuticos inscritos en el Colegio profesional de farmacéuticos.

18 — Véase en especial la sentencia Comisión/Alemania, antes citada (apartado 51).

19 — Véanse las sentencias de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartado 11 y la jurisprudencia citada; de 14 de octubre de 2004, Comisión/Países Bajos (C-299/02, Rec. p. I-9761), apartado 15; Comisión/Grecia, antes citada (apartado 27), así como de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Rec. p. I-5785), apartado 32 y la jurisprudencia citada.

80. Esos requisitos tienen como efecto impedir que los nacionales de los Estados miembros que no sean farmacéuticos posean y exploten una farmacia privada en Italia. Dichos requisitos pueden calificarse como restricciones de la libertad de establecimiento debido a sus efectos en el acceso al mercado para las personas físicas o jurídicas que deseen abrir una farmacia privada en Italia. En efecto, al obstaculizar el acceso de nuevos operadores al mercado de referencia, los citados requisitos constituyen objetivamente barreras a las libertades de circulación de las que deben disfrutar en principio los operadores económicos.

81. Una vez comprobada la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento, hay que verificar si la prohibición de que quienes no son farmacéuticos posean y exploten una farmacia puede considerarse justificada en relación con el Derecho comunitario.

3. Sobre la justificación de la restricción comprobada de la libertad de establecimiento

82. Una restricción como la prevista por la legislación italiana puede considerarse conforme con el Derecho comunitario si cumple los cuatro requisitos siguientes. En primer lugar debe aplicarse de manera no discriminatoria. En segundo lugar debe estar justificada por un motivo legítimo o una razón imperiosa de interés general. Por último, tiene que ser adecuada para garantizar la realiza-

ción del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.²⁰

83. En primer lugar no advierto ningún elemento discriminatorio en la legislación controvertida, pues se aplica a todas las entidades que deseen abrir y explotar una farmacia en Italia, sin distinción por su Estado miembro de origen.

84. En segundo lugar la protección de la salud pública figura entre las razones imperiosas de interés general que, en virtud del artículo 46 CE, apartado 1, pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento.²¹ La legislación italiana debe pues examinarse en relación con ese objetivo, en particular en su faceta tendente a garantizar el adecuado abastecimiento de medicamentos a la población.

85. En tercer lugar, respecto a la adecuación de dicha legislación para garantizar la realización del objetivo de protección de la salud pública, es preciso comprobar si la prohibición de que posean y exploten una farmacia quienes no sean farmacéuticos es apropiada para servir eficazmente a dicho objetivo.

20 — Véanse en especial las sentencias de 5 de junio de 2007, Rosengren y otros (C-170/04, Rec. p. I-4071), apartado 43, así como Corporación Dermoestética, antes citada (apartado 35 y la jurisprudencia citada).

21 — Sentencia Corporación Dermoestética, antes citada (apartado 37).

86. Considero que así es. Con más precisión, opino que esa regla es apropiada para asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población con suficientes garantías en materia de calidad y variedad.

87. No me convence al respecto el argumento de la Comisión de que se deben diferenciar los aspectos internos (propiedad, administración y gestión de la farmacia) y externos (relaciones con terceros) de la actividad farmacéutica. En efecto, una persona, a la vez propietario y empleador, que posea una farmacia influye inevitablemente a mi juicio en la política seguida por ésta en materia de dispensación de medicamentos. Por tanto, la elección efectuada por el legislador italiano de vincular la competencia profesional y la propiedad económica de la farmacia resulta justificada en relación con el objetivo de protección de la salud pública.

88. No hay que perder de vista que la función que cumple el farmacéutico no se limita a la venta de medicamentos. El acto de dispensación de medicamentos también necesita otras prestaciones por parte del farmacéutico, como la comprobación de las prescripciones médicas, la elaboración de preparados farmacéuticos, o además la comunicación de informaciones y de asesoramiento que garanticen el buen uso de los medicamentos.²² También considero que el deber de asesoramiento que incumbe al farmacéutico tiene gran importancia en el caso de medicamentos

que no precisan una receta médica, cuyo número aumenta constantemente como efecto de decisiones tomadas por los Estados miembros a fin de preservar el equilibrio de las cuentas sociales. En esa situación el paciente sólo puede confiar en las informaciones que le dé el profesional de la salud que es el farmacéutico.

89. Dado que la actividad farmacéutica se caracteriza, como muchas profesiones sanitarias, por un reparto asimétrico de la información, es necesario que el paciente pueda confiar plenamente en el consejo que le dé el farmacéutico. Es importante pues garantizar la imparcialidad del asesoramiento farmacéutico, es decir un asesoramiento competente y objetivo.

90. Además, el farmacéutico se encuentra vinculado, por las razones expuestas, a una política general de salud pública, incompatible en amplia medida con una lógica puramente comercial, propia de las sociedades de capital, directamente orientada a la rentabilidad y el beneficio. El carácter específico de la función atribuida al farmacéutico exige por tanto reconocer y garantizar al profesional la independencia necesaria para la naturaleza de su función.

91. Así pues, la calidad del acto de dispensación de los medicamentos está a mi parecer estrechamente ligada a la independencia que debe demostrar un farmacéutico en el ejercicio de su función.

²² — Para una enumeración de las diferentes actividades del farmacéutico, véase el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2005/36.

92. Al decidir reservar la propiedad y la explotación de las farmacias privadas exclusivamente a los farmacéuticos, el legislador italiano ha querido precisamente garantizar la independencia de los farmacéuticos, haciendo la estructura económica de las farmacias impenetrable para las influencias externas, procedentes por ejemplo de los fabricantes de medicamentos o de los mayoristas. El citado legislador ha procurado en particular evitar los riesgos de conflictos de intereses que, según su análisis, podrían nacer de una integración vertical del sector farmacéutico, a fin en especial de combatir el fenómeno del consumo excesivo de medicamentos y de garantizar la existencia en las farmacias de una variedad suficiente de medicamentos. Además, el legislador italiano ha estimado necesaria la intervención de un profesional que actúe como un filtro entre el fabricante de medicamentos y el público, para controlar de forma independiente la buena administración de los medicamentos.

93. Un farmacéutico que sea propietario de su farmacia es independiente económicamente, lo que garantiza el libre ejercicio de su profesión. Al tener el pleno control de su instrumento de trabajo, dicho farmacéutico puede ejercer su profesión con la independencia que caracteriza a las profesiones liberales. Es a la vez un empresario cercano a las realidades económicas, que están vinculadas a la gestión de su farmacia, y un profesional sanitario, que cuida de equilibrar sus imperativos económicos con las consideraciones de la salud pública, lo que le distingue de un puro inversor.

94. Por ello considero que la actuación preventiva seguida por el legislador italiano

es apropiada para asegurar la protección de la salud pública.

95. Es preciso en último lugar verificar si la regla en virtud de la cual sólo un farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia es necesaria para realizar el objetivo de protección de la salud pública y si éste no podría lograrse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afectaran en menor grado a la libertad de establecimiento.

96. Con esa perspectiva, se debe señalar que, según el Tribunal de Justicia, al apreciar el respeto del principio de proporcionalidad en el ámbito de la salud pública hay que tener presente que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Dado que ese nivel puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación y, en consecuencia, el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no puede significar que estas últimas sean desproporcionadas.²³

23 — Sentencia Comisión/Alemania, antes citada (apartado 51 y la jurisprudencia citada).

97. Al establecer la regla de que sólo un farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia el legislador italiano ha utilizado ese margen de apreciación al optar por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población.

98. Al igual que otros Estados miembros, el citado legislador habría podido también adoptar otro modelo y elegir otros medios para proteger la salud pública, por ejemplo sometiendo la apertura de nuevas farmacias sólo a la observancia de requisitos relativos a la distribución geográfica de éstas, a la proporción de determinado número de habitantes por farmacia o incluso a reglas relativas al mantenimiento de una distancia mínima entre dos farmacias. Entre las otras medidas destinadas a garantizar que el objetivo de protección de la salud pública prevalezca sobre los intereses económicos, un Estado miembro podría optar por mantener el monopolio de venta de los medicamentos por los farmacéuticos y/o decidir regular el precio de los medicamentos.

99. En resumen, hay que tener en cuenta que, conforme a lo previsto por el artículo 152 CE, apartado 5, y a falta de armonización del conjunto de los requisitos de ejercicio de la actividad farmacéutica en la Comunidad, los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para configurar el modelo que mejor corresponda a sus aspiraciones en materia de protección de la salud pública.

100. Al verificar si una medida nacional, como la controvertida por el presente recurso, respeta el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia tiene que asegurarse en definitiva de que los Estados miembros no hayan sobrepasado los límites de su margen de apreciación. El Tribunal de Justicia también deberá verificar si medidas diferentes podrían contribuir de forma igualmente eficaz a garantizar un nivel elevado de protección de la salud pública.

101. Considero al respecto que, al disponer que sólo un farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia, la República Italiana no ha sobrepasado los límites de su margen de apreciación en materia de protección de la salud pública, y que por tanto dicha regla no va más allá de lo necesario para asegurar un nivel elevado de protección de la salud pública.

102. Así pues, no estoy convencido de que las medidas que se han expuesto ante el Tribunal de Justicia, y que según la Comisión deberían sustituir a la normativa italiana, pudieran garantizar un nivel igualmente elevado de protección de la salud pública.

103. Con carácter general es preciso destacar en primer lugar que la regla que prohíbe la tenencia y explotación de una farmacia por quienes no son farmacéuticos constituye una

medida destinada a prevenir la aparición de los excesos que antes he señalado, en particular los riesgos de conflictos de intereses que podrían acompañar a una integración vertical del sector farmacéutico y que podrían tener una incidencia negativa en la calidad del acto de dispensación de los medicamentos. Esa dimensión preventiva tiene una especial importancia cuando está en juego el imperativo de protección de la salud pública. Pues bien, el establecimiento de un régimen de responsabilidad tanto del explotador que no sea farmacéutico como de los farmacéuticos por cuenta ajena, y de un régimen de sanciones contra ellos, no me parece suficiente para garantizar un nivel de protección de la salud pública igualmente elevado, ya que se trata principalmente de medidas destinadas a corregir a posteriori los excesos cuando éstos se hayan producido efectivamente.²⁴

104. Por otra parte no creo que la mera obligación de presencia de un farmacéutico por cuenta ajena para ejecutar las tareas que implican una relación con terceros pueda garantizar, con la misma exigencia de calidad y de imparcialidad del acto de dispensación de medicamentos, el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población.

105. Es cierto que un farmacéutico por cuenta ajena está obligado a respetar las

reglas profesionales y deontológicas a las que está sometido. Sin embargo, en la medida en que no tiene el control de la política comercial de la farmacia y está obligado en la práctica a ejecutar las instrucciones de su empleador, no puede excluirse que un farmacéutico por cuenta ajena en una farmacia explotada por una persona que no es farmacéutico se vea inducido a anteponer el interés económico de la farmacia a las exigencias inherentes al ejercicio de una actividad farmacéutica. No se puede por tanto excluir que un explotador que no sea farmacéutico, quien no dispone de la competencia profesional suficiente para evaluar lo que exige el acto de dispensación de medicamentos, caiga en la tentación de reducir la actividad de asesoramiento de los pacientes, o bien de suprimir actividades poco rentables, como la elaboración de preparados farmacéuticos. De ello resultaría una pérdida de calidad del acto de dispensación de los medicamentos, contra la que el farmacéutico por cuenta ajena, obligado a cumplir las instrucciones recibidas de su empleador, difícilmente podría luchar.

106. En un aspecto más fundamental, es preciso recordar que, a mi juicio, la distinción entre los aspectos internos y externos de la actividad farmacéutica tiene carácter artificial, y que considero inevitable que, en la medida en que controla la farmacia, el explotador determine la política comercial de ésta. Es difícil por tanto asegurarse de que el explotador que no sea farmacéutico no interfiera en la relación que mantiene el farmacéutico con los clientes, incluso indirectamente, al decidir las existencias de medicamentos disponibles en la farmacia. Así pues, una mala gestión de las existencias repercutiría necesariamente en la calidad del acto de dispensación de los medicamentos.

24 — Los argumentos alegados por la Comisión en apoyo de su criterio me parecen en gran medida teóricos y por lo demás desmentidos por la realidad de la crisis financiera actual. En efecto, la existencia en el sistema bancario de autoridades de control y de regímenes jurídicos de responsabilidad civil, mercantil o penal ha expuesto trágicamente sus limitaciones y su impotencia para prevenir o controlar los excesos nacidos de una lógica de retribución prioritaria del capital invertido.

107. Por consiguiente, la regla italiana es necesaria porque implica que el farmacéutico propietario de la farmacia sea personalmente responsable ante sus compañeros de profesión de sus decisiones sobre la calidad de los servicios profesionales ofrecidos en su farmacia, que esté personalmente sujeto a todas las disposiciones legales, reglamentarias y deontológicas que regulan el ejercicio de la profesión de farmacéutico y que no sufra ninguna influencia por parte de terceros no farmacéuticos respecto a la gestión de los asuntos de su farmacia.

108. Por consiguiente, el vínculo entre la competencia profesional en el ámbito farmacéutico y la propiedad de la farmacia permite al explotador evaluar correctamente las consecuencias de sus decisiones comerciales en el cumplimiento de la función de interés público que le incumbe, a saber el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población.

109. Por último, el hecho de vincular la autorización de explotación de una farmacia a la persona del farmacéutico es un medio eficaz de asegurar el carácter apropiado del abastecimiento de medicamentos a la población, en particular porque el farmacéutico explotador se expone en caso de una infracción profesional no sólo a la revocación de su habilitación para el ejercicio sino también la de su autorización de explotación, con las graves consecuencias económicas derivadas de ello. Además de las consecuencias propias del Derecho disciplinario, las infracciones profesionales del farmacéutico afectan a su

situación económica, lo que constituye una incitación adicional para gestionar su farmacia dando prioridad al imperativo de la salud pública. La regla que exige unir en una sola persona la competencia y la deontología profesional y la responsabilidad económica de la farmacia es por tanto necesaria para garantizar la prioridad del interés general.

110. Habida cuenta de esos elementos, considero pues que la regla italiana en virtud de la que sólo un farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia no va más allá de lo necesario para garantizar un nivel elevado de protección de la salud pública, y en particular para asegurar un abastecimiento de medicamentos variado y de calidad a la población. El hecho de exigir que quien tiene el control económico de la farmacia, y en esa condición determina la política comercial de ésta, sea un farmacéutico me parece en consecuencia conforme con el artículo 43 CE.

111. No considero que el análisis que acabo de realizar sobre el carácter adecuado y proporcionado de la regla en virtud de la cual sólo un farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia pueda ser desvirtuado, en contra de lo que mantiene la Comisión, por el hecho de que en determinadas circunstancias el Derecho italiano permita la explotación de una farmacia por quien no sea farmacéutico. Los supuestos previstos son los siguientes.

112. En primer lugar se trata de la facultad concedida a los herederos del propietario de una farmacia privada de explotarla durante un período máximo de diez años a partir del fallecimiento del farmacéutico, a pesar de que no tengan la cualificación requerida. El legislador italiano ha intentado así conciliar la regla que prohíbe que quienes no son farmacéuticos posean y exploten una farmacia con la necesidad de proteger los intereses de la familia del farmacéutico. No me parece que esta excepción pueda desvirtuar la coherencia de la legislación italiana, dado que por una parte está temporalmente limitada, y por otra parte no perjudica al objeto esencial de esa legislación, a saber prevenir los riesgos de conflictos de intereses que podrían acompañar a una integración vertical del sector farmacéutico.

113. En segundo lugar se trata de la situación especial de las farmacias municipales. Al respecto, recuerdo que el artículo 116 del Decreto legislativo n° 267 de 18 de agosto de 2000 prevé la posibilidad de que los municipios constituyan sociedades anónimas cuyos socios no sean necesariamente farmacéuticos para la gestión de las farmacias municipales. Se permite por tanto en esa clase de farmacias la separación de la tenencia de la farmacia, que pertenece a la entidad local, y la gestión, atribuida a una sociedad de capital mayoritariamente privado cuyos socios no sean todos ellos farmacéuticos.

114. Esta excepción al principio de indivisibilidad de la propiedad y de la gestión de una farmacia no merma a mi juicio la coherencia

de la legislación italiana. En efecto, como ha demostrado la República Italiana, la corporación local que atribuye a una sociedad privada la gestión de una farmacia dispone de diversas facultades que le permiten orientar y vigilar la forma en la que dicha farmacia cumple su función de abastecimiento de medicamentos a la población.

115. El control por el municipio de la gestión de la farmacia se ejerce ante todo mediante la aplicación de las prescripciones que en cada caso se incluyen en la convocatoria de licitación, en los estatutos de la sociedad prestadora de los servicios y en el contrato de servicios. Esas prescripciones atañen a las modalidades concretas de gestión de la farmacia, y en particular a las cuestiones relativas a la supervisión ejercida por el municipio y a las sanciones en la que incurrirá el prestador en caso de gestión no conforme al objetivo de protección de la salud pública. Por otra parte, además del hecho de que la corporación local sigue siendo titular de la farmacia y de que puede resolver la relación contractual que le vincula con la sociedad encargada del servicio, es preciso señalar que esa corporación tiene la facultad de nombrar uno o varios administradores y auditores de cuentas.

116. El conjunto de esos elementos permite a mi juicio conseguir que la explotación de las farmacias municipales garantice en concreto la prioridad del interés general, y más en particular un abastecimiento adecuado de

medicamentos a la población. No considero por tanto que resulte afectada la coherencia de la legislación italiana.

117. Finalmente, opino que se ha de refutar la alegación de que el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en su sentencia Comisión/Grecia, antes citada, acerca de la explotación de ópticas, debe aplicarse a las farmacias.

118. La Comisión, en el recurso por incumplimiento que interpuso contra la República Helénica, solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase que este Estado miembro había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 43 CE y 48 CE. La Comisión reprochaba en primer lugar a dicho Estado miembro impedir que un óptico diplomado, persona física, explotara más de una óptica. En segundo lugar, discrepaba de la legislación nacional que supeditaba la posibilidad de que una persona jurídica abriera una óptica a los requisitos siguientes:

- que la autorización para abrir y explotar la óptica se expidiera a nombre de un óptico titulado, persona física, que el titular de la autorización para explotar la óptica participara al menos en un 50 % en el capital de la sociedad y en sus beneficios y pérdidas, que la sociedad fuera colectiva o comanditaria, y

- que dicho óptico participara, como máximo, en otra sociedad propietaria de una óptica, a condición de que la autorización para abrir y explotar ésta se expidiera a nombre de otro óptico titulado.

119. Tras haber comprobado la existencia de restricciones a la libertad de establecimiento,²⁵ el Tribunal de Justicia examinó de forma global la cuestión de si los diferentes aspectos controvertidos de la legislación griega estaban o no justificados por el objetivo de protección de la salud pública. El Tribunal de Justicia consideró que no lo estaban, dado que no se respetaba el principio de proporcionalidad.

120. De esa forma, el Tribunal de Justicia consideró que «el objetivo de protección de la salud pública invocado por la República Helénica 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 o socios en cada óptica, y por medio de normas en materia de responsabilidad civil por hechos ajenos, así como de normas que impongan un seguro de responsabilidad profesional».²⁶

²⁵ — Sentencia Comisión/Grecia antes citada (apartados 27 a 29).

²⁶ — *Ibidem* (apartado 35).

121. A mi juicio el Tribunal de Justicia debería seguir una orientación diferente en lo que atañe a la actividad de dispensación de medicamentos que se diferencia, por la amplitud de su repercusión en la salud pública, de la actividad de venta de productos de óptica.

122. El Tribunal de Justicia ha reconocido ciertamente que la venta de productos de óptica como las lentes de contacto no puede considerarse una actividad comercial como cualquier otra, ya que el vendedor debe estar en condiciones de asesorar a los usuarios en cuanto a la utilización de esos productos y a su cuidado.²⁷ Por ello consideró que una legislación nacional que prohíbe la venta de lentes de contacto y productos conexos en establecimientos comerciales que no estén dirigidos o gestionados por personas que reúnan los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión de óptico está justificada por razones de protección de la salud pública.²⁸

123. Sin embargo, en la medida en que los medicamentos son productos que pueden tener una incidencia más grave en la salud que los productos de óptica, y que en caso de mala utilización pueden incluso provocar la

muerte de sus consumidores, estimo que su entrega debe rodearse de garantías especiales. Me parece por tanto legítimo que un Estado miembro quiera alcanzar un nivel elevado de protección de la salud pública procurando preservar la calidad y la imparcialidad del acto de dispensación de los medicamentos.

124. Dado que la dispensación de los medicamentos no puede situarse en el mismo plano que la venta de productos de óptica desde el punto de vista de la protección de la salud pública, considero que un Estado miembro puede decidir, sin infringir el principio de proporcionalidad y por los motivos que ya he mencionado, la reserva de la tenencia y la explotación de las farmacias únicamente a los farmacéuticos.

125. Por todas esas razones propongo al Tribunal de Justicia declarar infundado el primer motivo alegado por la Comisión.

C. Sobre el segundo motivo

126. Mediante el segundo motivo la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 56 CE, al mantener en vigor

27 — Véase en ese sentido la sentencia de 25 de mayo de 1993, LPO (C-271/92, Rec. p. I-2899), apartado 11.

28 — *Ibidem* (apartado 13).

disposiciones legislativas que impiden a las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquirir una participación en las sociedades de gestión de farmacias municipales.

determinar si los artículos 43 CE y 56 CE se oponen a la prohibición de la participación de una empresa de distribución de medicamentos en el capital de una sociedad que gestiona una farmacia municipal.

127. Recuerdo en primer lugar que, al expirar el plazo fijado por el dictamen motivado notificado a ese Estado miembro, el Decreto Bersani, que suprime dicha prohibición, aún no se había adoptado. El Tribunal de Justicia no puede por tanto tomar en consideración dicho Decreto para pronunciarse sobre la posible existencia del incumplimiento alegado en el presente motivo.

128. En segundo lugar, en lo que atañe al alcance de este motivo, hay que indicar que, en contra de lo que da a entender la Comisión en algunos pasajes de sus escritos procesales,²⁹ dicho motivo no puede extenderse a las farmacias privadas, porque su formulación ya en la fase administrativa sólo comprende el caso de las farmacias municipales.

129. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe a mi juicio limitar su apreciación al problema de

130. A diferencia del primer motivo, en el presente no se trata de apreciar la conformidad con el Derecho comunitario de un requisito de ejercicio de la actividad farmacéutica en calidad de titular de una farmacia. Recuerdo en efecto que en el sistema de explotación de las farmacias municipales los municipios siguen siendo titulares de las farmacias, y que sólo atribuyen su gestión a una sociedad cuyo capital puede ser mayoritariamente privado. El problema por tanto es determinar si el Derecho comunitario se opone o no a la prohibición de que una empresa de distribución de medicamentos participe en la gestión de una farmacia municipal a través de su participación en el capital de la sociedad privada gestora.

131. Como tal prohibición no está destinada a aplicarse únicamente a las participaciones que permitan ejercer una influencia real en las decisiones de la sociedad que gestiona la farmacia municipal y determinar las actividades de ésta, puede a mi juicio estar

²⁹ — Véase en particular el punto 5 del escrito de réplica de la Comisión.

comprendida tanto en el artículo 43 CE como en el artículo 56 CE.³⁰

1. Sobre la existencia de restricciones a las libertades de circulación

132. Según el Tribunal de Justicia deben calificarse de «restricciones» en el sentido del artículo 56 CE, apartado 1, las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de acciones en las sociedades afectadas o disuadir a los inversores de los demás Estados miembros de invertir en el capital de éstas.³¹

133. En la medida en que la legislación italiana puede tener el efecto de disuadir a personas establecidas en otros Estados miembros, y que operan en el sector de la distribución farmacéutica, de adquirir participaciones financieras en sociedades que tengan por objeto la gestión de una farmacia municipal en Italia, dicha legislación constituye una restricción de la libre circulación de capitales.

134. En lo que se refiere a la libertad de establecimiento, resulta de una jurisprudencia reiterada que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales

que son de aplicación a la posesión por un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiera una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permita determinar las actividades de ésta.³²

135. Dado que las disposiciones nacionales controvertidas tienen al menos en parte el efecto de impedir que las empresas de distribución farmacéutica adquieran participaciones en el capital de las sociedades de gestión de farmacias municipales que les confieran una influencia real en las decisiones de esas sociedades y les permitan determinar sus actividades, es preciso estimar también que contienen restricciones de la libertad de establecimiento.

2. Sobre la justificación de las restricciones comprobadas

136. Al igual que la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales puede verse limitada por medidas nacionales justificadas por las razones mencionadas en el artículo 58 CE o por razones imperiosas de

30 — Véase por analogía la sentencia Comisión/España, antes citada (apartados 36 y 37).

31 — *Ibidem* (apartado 34 y la jurisprudencia citada).

32 — *Ibidem* (apartado 60 y la jurisprudencia citada).

interés general, siempre que no existan disposiciones comunitarias de armonización que establezcan medidas necesarias para garantizar la protección de esos intereses.³³

las que dispone el municipio respecto a la sociedad gestora de la farmacia municipal contribuyen a prevenir los riesgos de conflictos de intereses inherentes a la participación de quienes no son farmacéuticos en la gestión de esa clase de farmacias.

137. Considero al respecto que la imposibilidad de que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de gestión de farmacias municipales está justificada por el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección de la salud pública.

140. A mi parecer la imposibilidad de que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de gestión de farmacias municipales ofrece una garantía complementaria que permite evitar con mayor eficacia los riesgos de conflictos de intereses que podrían nacer de la participación de esa categoría de operadores económicos en la gestión de las farmacias municipales.

138. Recuerdo que en virtud de la legislación italiana los municipios tienen la posibilidad de constituir sociedades anónimas, cuyos accionistas no sean necesariamente farmacéuticos, para la gestión de las farmacias municipales.

141. Considero por tanto que la República Italiana podía mantener, sin infringir el principio de proporcionalidad, la prohibición de que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de gestión de las farmacias municipales.

139. He expuesto que esta excepción al principio de indivisibilidad de la propiedad y de la gestión de una farmacia no puede desvirtuar a mi juicio la coherencia de la legislación italiana, debido a las diversas garantías que permiten que la explotación de las farmacias municipales asegure en concreto la prioridad del interés general, y más en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población. En especial, las facultades de orientación y de vigilancia de

142. Por consiguiente procede a mi juicio declarar infundado el segundo motivo.

33 — *Ibidem* (apartado 41).

Conclusión

En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia:

- Desestimar como infundado el presente recurso por incumplimiento y
- Condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas, y declarar que las partes coadyuvantes cargarán con sus propias costas.