



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME DE RECOMENDACIONES EN RELACIÓN A LOS MÉRITOS PROFESIONALES PARA EL ACCESO A LA TITULARIDAD DE FARMACIAS DE NUEVA CREACIÓN

LEA/AVC 529 -NORM-2021

Pleno:

Alba Urresola Clavero, Presidenta

Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Enara Venturini Álvarez, Vocal

Ainara Herce San Martín, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, ha dictado en su reunión celebrada el 20 de diciembre de 2021 el siguiente informe en relación con a los méritos profesionales para el acceso a la titularidad de farmacias de nueva creación.



SUMARIO:

<u>I. ANTECEDENTES DE HECHO, COMPETENCIA DE LEA/AVC Y OBJETO DEL INFORME</u>	3
<u>II. REGULACION PARA EL ACCESO A LA TITULARIDAD DE OFICINAS DE FARMACIA DE NUEVA CREACION EN EUSKADI</u>	3
<u>III. VALORACION EXPERIENCIA PROFESIONAL PARA EL ACCESO A LA TITULARIDAD DE NUEVAS FARMACIAS</u>	7
<u>IV. CONCLUSIONES</u>	18
<u>V. RECOMENDACIONES</u>	19

I. ANTECEDENTES DE HECHO, COMPETENCIA DE LEA/AVC Y

OBJETO DEL INFORME

1. Esta Autoridad Vasca de la Competencia ha recibido una consulta con relación al baremo de méritos aplicables a los profesionales farmacéuticos de distintos ámbitos asistenciales para el acceso a la titularidad de una farmacia.

A juicio de la persona que ha consultado a esta LEA/AVC, en dicho baremo no se valora igual la experiencia profesional de los farmacéuticos en oficinas de farmacia que en otros ámbitos de ejercicio profesional farmacéutico. Sigue señalando que la diferencia de valoración entre unos y otros es tan grande que por mucho que en otros aspectos (publicaciones, idiomas, docencia, etc..) se consiga la puntuación máxima, la diferencia es insalvable. De esta manera concluye, que sólo puede optar a la titularidad de oficinas de farmacia de nueva creación, el personal que trabaja en una farmacia.

2. Como quiera que la diferencia de valoración expuesta por la consultante podría conllevar una restricción de acceso a la titularidad de oficinas de farmacia de nueva creación para farmacéuticos que no desarrollan su actividad profesional en oficinas de farmacia, procede emitir el presente informe en ejercicio de las competencias que atribuye el artículo 3.3 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, de promover la competencia en los mercados realizando informes sobre sectores, con propuestas que ayuden a corregir o mejorar una competencia efectiva.

II. REGULACION PARA EL ACCESO A LA TITULARIDAD DE

OFICINAS DE FARMACIA DE NUEVA CREACION EN EUSKADI

3. La salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por su parte, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza un alto nivel de protección de la salud humana y confirman la importancia de dicho objetivo.

4. Corresponde a los Estados miembros de la Unión Europea decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel.



5. El artículo 43 de la Constitución Española señala que el derecho a la protección de la salud se protege por los poderes públicos a través de *“medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*. Dentro de estas prestaciones y servicios se encuentra la farmacéutica.

6. La Constitución establece en su artículo 149.1.16 que el Estado tiene competencia exclusiva, sobre sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Sin embargo, como señala la STC 80/1984, de 20 de julio, los requisitos y competencias del mandato del artículo 149.1.16 de la CE, *“debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria, como ocurre con la del País Vasco, puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados.”*

7. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone en su artículo 103, que la custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponderá:

a) A las oficinas de farmacia legalmente autorizadas.

b) A los servicios de farmacia de los hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud.

Las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios y están sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.

Sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

8. Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de oficinas de farmacia, dispone en su artículo 1, que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar los siguientes servicios básicos a la población:

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

2. La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas.

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



4. *La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos.*
5. *La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes.*
6. *La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia.*
7. *La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria.*
8. *La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.*
9. *La actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.*
10. *La colaboración en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.*

Asimismo, en su artículo 3 dispone, que corresponde a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia.

La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas.

9. En el mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantía y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, establece en su 3 que las oficinas de farmacia, servicios de farmacia de hospitales, centros de salud y demás estructuras de atención a la salud están obligados a suministrar o a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas.

10. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la regulación de la ordenación farmacéutica se ha realizado a través de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco (LOFPV).

El artículo 2 de la LOFPV, concibe la atención farmacéutica como el servicio de interés público comprensivo del conjunto de actuaciones, tanto en el ámbito asistencial como de salud pública que deben prestarse por profesionales sanitarios, bajo la responsabilidad de un farmacéutico, en los establecimientos y servicios farmacéuticos.

El artículo 3 establece que son establecimientos y servicios farmacéuticos:

- a) *De dispensación:*

- Las oficinas de farmacia,
- los botiquines
- los servicios de farmacia en los hospitales y centros sociosanitarios
- los depósitos de medicamentos de los hospitales y centros sociosanitarios
- b) De distribución: los almacenes mayoristas de distribución de productos farmacéuticos.

El artículo 6 establece que sólo los farmacéuticos podrán ser titulares y propietarios de farmacias abiertas al público. Cada farmacéutico sólo podrá ser propietario y titular de una sola farmacia. La adquisición de la condición de cotitular conlleva la adquisición de la condición de copropietario.

El artículo 34.2 establece que, para acceder a la titularidad de la oficina de farmacia en el supuesto de formularse más de una solicitud, reglamentariamente se establecerá un baremo atendiendo a las circunstancias y méritos profesionales y académicos. Dichos procedimientos sólo pueden resolverse a favor de farmacéuticos o cotitulares de oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona farmacéutica cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente.

Los méritos alegados en los expedientes de creación de una nueva oficina de farmacia por quienes sean adjudicatarios de la autorización de funcionamiento de la misma no podrán ser tenidos en cuenta en los sucesivos expedientes de creación de oficinas de farmacia.

11. El Decreto 338/1995, de 27 de junio, por el que se regulan los procedimientos de creación, traslado, cierre y funcionamiento de las oficinas de farmacia, recoge como Anexo un Baremo de Méritos para el acceso a la titularidad de las oficinas de farmacia de nueva creación.

El vigente baremo de méritos trae causa de la modificación de dicho Decreto operada por el Decreto 24/2004, que establece el siguiente baremo,

1. Ejercicio profesional

- *Ejercicio como farmacéutico en una oficina de farmacia, en los últimos 15 años, 2 puntos por año.*
- *Ejercicio como farmacéutico en un servicio de farmacia o en un depósito de medicamentos en centros de Atención Primaria, Hospitales y Centros Sociosanitarios.*
- *Ejercicio como farmacéutico en la Administración Sanitaria, Corporación Farmacéutica o distribución o industria farmacéutica, en actividades relacionadas con la atención farmacéutica. En los últimos 15 años, 1,5 puntos por año.*
- *Ejercicio como farmacéutico en otros ámbitos no contemplados en los apartados anteriores. En los últimos 15 años, 0,75 por año.*

Asimismo, establece los siguientes criterios de valoración:

- 1. Cuando se trate de acreditar ejercicios profesionales compatibles entre sí, sólo se computará el de puntuación más alta de entre los que se hayan desarrollado simultáneamente en el tiempo, salvo que se trate de ejercicios a tiempo parcial.*

2. *El ejercicio profesional a tiempo parcial se computará en el mismo porcentaje que dicho ejercicio representa en relación con el ejercicio profesional a tiempo completo.*
3. *La acreditación del ejercicio profesional se realizará mediante informe de vida laboral, acompañado, en su caso, de certificación de la autoridad correspondiente.*
4. *El cómputo del ejercicio profesional se realizará por meses.*
5. *No se computarán los méritos que tengan su causa en el ejercicio profesional en condición de titular o cotitular de una oficina de farmacia, cuando el solicitante para el acceso a la titularidad de la oficina de farmacia que se convoca sea titular o cotitular de una oficina de farmacia a la fecha de la publicación en el BOPV de la convocatoria, o lo haya sido en los doce meses anteriores a dicha fecha y la haya transmitido a título gratuito.*
Lo expuesto en el párrafo anterior no será de aplicación si junto con la solicitud de acceso a la titularidad de la oficina de farmacia que se convoca, se presenta compromiso de cierre de la oficina de farmacia de la que se es titular o, en su caso, compromiso de cierre por parte de la totalidad de cotitulares de la oficina de farmacia de la que es cotitular el solicitante. Se entenderá que este compromiso únicamente habrá de materializarse si el solicitante resulta adjudicatario de la oficina de farmacia convocada.
6. *Se computarán al 50% los méritos que tengan su causa en el ejercicio profesional en condición de titular o cotitular de una oficina de farmacia, cuando el solicitante para el acceso a la titularidad de la oficina de farmacia que se convoca haya sido titular o cotitular de una oficina de farmacia en los doce meses anteriores a la fecha de la publicación en el BOPV de la convocatoria y la haya transmitido a título oneroso a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 17.3 de la Ley 11/1994, de 17 de junio de 1994.*
En caso de empate al aplicar el baremo, se estará al siguiente orden de prioridad:
 - Farmacéutico con mayor puntuación en el apartado a) de ejercicio profesional.*
 - Farmacéutico con mayor puntuación en el apartado b) de ejercicio profesional.*
 - Farmacéutico con mayor puntuación en el apartado c) de ejercicio profesional.*
8. *Cuando las actividades de experiencia docente o de formación postgrado hayan sido realizadas en el extranjero, el cómputo de los méritos que de ellas se deriven se realizará por la Comisión de Valoración aplicando por analogía los criterios que establece este baremo.*
9. *Únicamente podrán hacerse valer los méritos obtenidos o aducidos con anterioridad a la fecha de publicación en el BOPV de la convocatoria para el acceso a la titularidad de una nueva oficina de farmacia.*

12. Además, valora el ejercicio docente, las publicaciones relacionadas con la atención farmacéutica, en los últimos 10 años, la formación post grado, títulos propios en materias relacionadas con la atención farmacéutica, euskera e idiomas de la Unión Europea.

III. VALORACION EXPERIENCIA PROFESIONAL PARA EL ACCESO A LA TITULARIDAD DE FARMACIAS DE NUEVA CREACION

13. El vigente modelo de ordenación farmacéutica español se caracteriza por su carácter regulado y contar con intensas técnicas de intervención. Esto es así desde el Decreto de 24 de enero de 1941 y la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad

Nacional, donde se cambió el modelo de libertad de establecimiento a la hora de instalar una nueva oficina de farmacia por la planificación.

14. El Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe “*La competencia en España: balance y nuevas propuestas*” del año 1995¹, señaló que esta intervención da como resultado ciertas limitaciones al acceder al mercado farmacéutico,

“(....) Por un lado, se limita la libertad de establecimiento. Se trata de un ámbito minuciosamente regulado y limitado a nivel nacional, donde se establecen restricciones a la autorización de aperturas de nuevas oficinas respecto a la distancia mínima entre dos oficinas de farmacia, así como al número de habitantes de su zona de influencia.

Por otro lado, el Tribunal entendió que había elementos restrictivos de la competencia. El claro ejemplo es el acceso restringido a la propiedad y titularidad de una oficina de farmacia, la cual solamente puede obtenerse mediante un título profesional de farmacia, atendiendo a un baremo de méritos.”

15. Como señaló el extinto Servicio de Defensa de la Competencia de Euskadi en su Informe del año 2007 “*Competencia, regulación y oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma de Euskadi*”²,

“(....) Por muy intensa que sea la necesidad de ordenación de un determinado sector se deberá respetar el principio de libertad de empresa y la participación de los sujetos privados. Así el legislador ha ubicado siempre la actividad farmacéutica en un ámbito de libre ejercicio profesional, y por tanto, la base de su ordenación no se sitúa sólo en la Administración pública territorial sino en los colegios profesionales (Administración corporativa). Todo lo anterior se traduce en un régimen jurídico caracterizado por las siguientes notas: autonomía e independencia funcional frente a la Administración, autonomía organizativa y principio de libre elección de los clientes y competencia entre profesionales. (....)

16. El mercado de las oficinas de farmacia cuenta con una restricción de acceso fundamental, como es la necesidad de contar con la titulación de licenciado o grado en farmacia. Sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Dicha restricción se encuentra justificada en razones de interés general, como es la protección de la salud pública.

17. Ni la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, ni ningún otro acto de aplicación de las libertades fundamentales, establecen normas de acceso a las

¹ La Competencia en España: balance y nuevas propuestas. 1995 Tribunal de Defensa de la Competencia. https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185743_7.

² Informe jurídico-económico y de competencia: Competencia, regulación y oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma de Euskadi “Servicio Vasco de la Competencia. Vitoria-Gasteiz. 2007.

actividades del ámbito farmacéutico destinadas a establecer las condiciones en las que se pueden crear nuevas farmacias en el territorio de los Estados miembros.

18. El establecimiento de normas para el acceso a las nuevas farmacias corresponde a los Estados miembros de la Unión europea, si bien éstos deben respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que estas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria (Sentencias Hartlauer, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-4103, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 18, Blanco-Chao, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07).

19. En el ámbito interno, el artículo 3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de oficinas de farmacia, establece que corresponde a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia³.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Decreto 24/2004 (modifica el Decreto 338/1995 que regula los procedimientos de creación, traslado, cierre y funcionamiento de las oficinas de farmacia) establece criterios de valoración y baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia de nueva creación. A través de los mismos, se valora el ejercicio profesional (máximo de 30 puntos), el ejercicio docente (máximo 3 puntos), publicaciones (máximo 3 puntos), formación post grado (máximo 13

³ Véanse: Decreto 173/1992, de baremo para autorización de nuevas oficinas, de 4 de agosto, de la Generalitat de Catalunya; Decreto 198/2003, que establece los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia, de 3 de octubre, de la Generalitat Valenciana; Orden 77/2001, que establece el baremo para la valoración de méritos aplicables a los procedimientos de apertura de oficinas de farmacia, de 16 de febrero, de Murcia; Orden 11/2005, que establece los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia en Castilla-León, de 3 de diciembre; Decreto 15/2007, que regula el procedimiento para la autorización de nuevas Oficinas de Farmacia, de 30 de marzo, de La Rioja; Decreto 108/2007, Oficinas de farmacia: Regulación de los procedimientos de autorización, instalación y apertura, de 15 de mayo, de Canarias; Decreto 7/2003, que aprueba la planificación farmacéutica y establece los requisitos técnico sanitarios, el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización, transmisión, traslados, modificaciones y cierre de las Oficinas de Farmacia, de 30 de enero, de Cantabria; Decreto 72/2001, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, de 19 de julio; Decreto Foral 197/2001, que dicta normas de desarrollo de la Ley Foral 12/2000 de Atención Farmacéutica en materia de Oficinas de Farmacia, de 16 de julio, de Navarra.



puntos), euskera (máximo 5 puntos) e Idiomas de la Unión Europea (máximo de 2 puntos). Concretamente dichos aspectos se valoran de la siguiente manera:

1. EJERCICIO PROFESIONAL (máximo 30 puntos)	
- Farmacéutico en una oficina de farmacia	<u>Máximo de 30 puntos</u> (2 puntos por año hasta 15 años)
- Farmacéutico en un servicio de farmacia o en un depósito de medicamentos de centros de atención primaria, hospitales y centros sociosanitarios. - Farmacéutico en la administración sanitaria, corporación farmacéutica, distribución o industria farmacéutica, en actividades relacionadas con la atención farmacéutica.	<u>Máximo de 22,5 puntos</u> (1,5 puntos por año hasta 15 años)
- Farmacéutico en otros ámbitos no contemplados en los apartados anteriores	<u>Máximo de 11,25 puntos</u> (0,75 puntos por año hasta 15 años)
2. EJERCICIO DOCENTE (máximo 3 puntos)	
- Docente como tutor de prácticas tuteladas de alumnos de la Licenciatura de Farmacia, en centros autorizados en los últimos 10 años	<u>Máximo 1 punto</u> (por alumno y periodo lectivo completo 0,1 puntos)
- Docente como tutor de alumnos que realicen el FIR en Farmacia Hospitalaria, Farmacia Industrial y Galénica o Análisis y Control de Medicamentos y Drogas en los últimos 10 años	<u>Máximo 1 punto</u> (por alumno y curso 0,2 puntos)
- Docente como catedrático o profesor titular de Universidad dentro de áreas de las ciencias de la salud, en materias relacionadas con los productos farmacéuticos en los últimos 10 años	<u>Máximo 3 puntos</u> (0,3 puntos por curso en la facultad de farmacia y 0,15 puntos por curso en otras facultades)
- Docente en cursos de formación continuada, en materias relacionadas con la atención farmacéutica en los últimos 10 años	<u>Máximo 2 puntos</u> (por cada hora lectiva impartida por curso 0,05 puntos)
3. PUBLICACIONES RELACIONADAS CON LA ATENCIÓN FARMACÉUTICA (máximo 3 puntos)	
- Por autor de libro publicado en los últimos 10 años	<u>Máximo 3 puntos</u> (0,5 puntos)
- Por autor de artículo publicado en revista identificada con el código ISSN en los últimos 10 años	<u>Máximo 3 puntos</u> (0,2 puntos)
- Por autor de artículo publicado en revista no identificada con el código ISSN en los últimos 10 años	<u>Máximo 3 puntos</u> (0,1 puntos)
- Por ponencia, póster o comunicación oral, en reuniones o congresos científicos en los últimos 10 años	<u>Máximo 3 puntos</u> (0,1 puntos)



4. FORMACIÓN DE POSTGRADO (máximo 13 puntos)	
- Universitaria	<u>Máximo 3 puntos</u> (Grado de licenciatura en farmacia 0,25 puntos; diploma de estudios avanzados 0,50 puntos; grado de doctor en farmacia 1 punto; máster 1 punto; especialista o similar 0,25 puntos)
- No universitaria	<u>Máximo 10 puntos</u> (Título de farmacéutico especialista en Farmacia Hospitalaria, en Farmacia Industrial y Galénica o en Análisis y Control de Medicamentos y Drogas, 4 puntos; título de farmacéutico especialista en otras modalidades 1 punto; formación en materias relacionadas con la atención farmacéutica, en los últimos 10 años, hasta 5 puntos en base a duración del curso y número de créditos)
5. EUSKERA (máximo 5 puntos)	
- Certificado EGA	<u>Máximo 5 puntos</u> (5 puntos)
- Ciclo elemental de la Escuela Oficial de Idiomas o equivalente	<u>Máximo 2,5 puntos</u> (2,5 puntos)
6. IDIOMAS UNIÓN EUROPEA (máximo 2 puntos)	
- Título de inglés, francés o alemán, de la Escuela Oficial de Idiomas o equivalente	<u>Máximo 2 puntos</u> (1 punto)
- Por acreditación del ciclo elemental de inglés, francés o alemán, de la Escuela Oficial de Idiomas o equivalente	<u>Máximo 1 punto</u> (0,5 puntos)

TOTAL: 56 PUNTOS

No se computan los méritos que tengan su causa en el ejercicio profesional en condición de titular o cotitular de una oficina de farmacia, cuando el solicitante para el acceso a la titularidad de la oficina de farmacia que se convoca sea titular o cotitular de una oficina de farmacia a la fecha de la publicación en el BOPV de la convocatoria, o lo haya sido en los doce meses anteriores a dicha fecha y la haya transmitido a título gratuito.

20. Ni el Decreto 338/1995, de 27 de junio, por el que se regulan los procedimientos de creación, traslado, cierre y funcionamiento de las oficinas de farmacia, ni su modificación, a través del Decreto 24/2004, justifican la diferente valoración que se



ofrece a la experiencia profesional de los farmacéuticos en oficinas de farmacia respecto de la experiencia en otros ámbitos donde se desarrolla la actividad farmacéutica.

21. Por su parte, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas), establece las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas.

22. La Ley Paraguas se aplica a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro.

Sin embargo, los servicios farmacéuticos se encuentran excluidos de la aplicación de la citada Ley Paraguas. Por ello, no cabe analizar los méritos relativos a la experiencia profesional recogidos en el vigente baremo, atendiendo a los requisitos establecidos por dicha Ley para el acceso y libre ejercicio de la actividad de servicios, como son los establecidos en su artículo 9.2 que seguidamente se pasan a relacionar:

- a) No ser discriminatorios.*
- b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.*
- c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.*
- d) Ser claros e inequívocos.*
- e) Ser objetivos.*
- f) Ser hechos públicos con antelación.*
- g) Ser transparentes y accesibles.*

23. No obstante, lo anterior, la normativa reguladora de dicho sector debe ser compatible con el Artículo 49 Tratado de Funcionamiento Unión Europea (TFUE), derecho de libre establecimiento en el seno de la Unión Europea.

24. La protección de la salud pública puede justificar restricciones a las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, entre las que figura la libertad de establecimiento, artículo 49 del TFUE (véanse, las sentencias, Hartlauer, apartado 46, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 27.)

Concretamente, las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad (Sentencias, Comisión/Italia, apartado 52, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 28).



25. Las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que **sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario** para alcanzar dicho objetivo (sentencias, Hartlauer apartado 44, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 25, Blanco Chao, apartados 61 y 63, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07).

26. La Sala General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha podido conocer y analizar los méritos profesionales necesarios para el acceso a la titularidad de nuevas farmacias, con ocasión de la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, por el recurso contencioso administrativo interpuesto contra Decreto 72/2001, del Principado de Asturias, regulador del acceso a la titularidad de oficinas de farmacia. (Asunto C-570/07).

27. La referida Sentencia ha analizado, entre otras cuestiones, la diferencia de trato que otorga el Decreto del Principado de Asturias a los farmacéuticos por su experiencia profesional. En concreto, por el incremento en un 20 % de los méritos por ejercicio profesional en el Principado de Asturias (punto 6 del anexo) y por el orden de prelación en caso de empate (punto 7, letra c, del anexo).

Al respecto, la Sala General de TJUE ha señalado que la Directiva 2005/36, en su artículo 45, apartado 2, letras e) y g), otorga a los titulares de un título profesional de formación universitaria de farmacia habilitación para el acceso a las actividades de preparación, control, almacenamiento y distribución de los medicamentos en las farmacias abiertas al público, así como para las actividades de difusión de información y asesoramiento sobre medicamentos.

Por ello, la Sala no estima justificada dicha desigualdad de trato y entiende contraria al artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432 y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g) de la Directiva 2005/36. La Sala del Tribunal entiende que se produce una discriminación no sólo respecto de los farmacéuticos que prestan servicio en el resto de Comunidades Autónomas, sino también respecto del resto de farmacéuticos de la Unión Europea, discriminación que no encuentra acomodo en la normativa de la Unión Europea.

28. En aplicación de dicha doctrina jurisprudencial interesa mencionar la Sentencia 1264/2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (ECLI:ES: TSJAS: 2010:5103) y la Sentencia 928/2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS: 2019:928).

29. En relación al baremo de méritos del ejercicio profesional recogidos en el Decreto 24/2004, de 3 de febrero, de modificación del Decreto por el que se establece el procedimiento para la transmisión de oficinas de farmacia, cabe señalar que no contempla una mayor valoración de la experiencia profesional en función del ámbito territorial en el que se haya desarrollado y por ello no genera una desigualdad con respecto a farmacéuticos que desarrollan la profesión en otras Comunidades Autónomas del Estado o en otros Estados de la Unión Europea.

Sin embargo, sí valora de forma sustancialmente diferente la experiencia profesional dependiendo del ámbito donde se haya desarrollado la profesión de farmacéutico, en los términos arriba expuestos.

El principio de no discriminación prohíbe no sólo las discriminaciones directas o manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan al mismo resultado. (Sentencia TJUE Blanco Pérez y Chao Gómez, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07).

30. El servicio farmacéutico sólo puede ser prestado por aquellos que cuenten con la titulación universitaria de farmacia. Dicha titulación habilita a realizar actividades de preparación, control, almacenamiento y distribución de los medicamentos en las farmacias abiertas al público, así como para las actividades de difusión de información y asesoramiento sobre medicamentos.

El Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI), establece en su artículo 59 que la formación de farmacéutico acreditada debe implicar que la persona solicitante ha adquirido los conocimientos y competencias siguientes:

a) Un conocimiento adecuado de los medicamentos y de las sustancias utilizadas en su fabricación.

b) Un conocimiento adecuado de la tecnología farmacéutica y de los ensayos físicos, químicos, biológicos y microbiológicos de los medicamentos.

c) Un conocimiento adecuado del metabolismo y de los efectos de los medicamentos, así como de la acción de las sustancias tóxicas y de la utilización de los medicamentos.

- d) Un conocimiento adecuado para la evaluación de los datos científicos relativos a los medicamentos, con objeto de poder facilitar la información adecuada sobre la base de ese conocimiento.*
- e) Un conocimiento adecuado de los requisitos legales y de otra índole relacionados con el ejercicio de la farmacia.*

Además, el artículo 60 establece que la profesión de farmacéutico incluye las actividades siguientes:

- a) Preparación de la forma farmacéutica de los medicamentos.*
- b) Fabricación y control de medicamentos.*
- c) Control de los medicamentos en un laboratorio de control de medicamentos.*
- d) Almacenamiento, conservación y distribución de medicamentos al por mayor.*
- e) Suministro, preparación, control, almacenamiento, distribución y dispensación de medicamentos seguros y eficaces de la calidad requerida en farmacias abiertas al público.*
- f) Preparación, control, almacenamiento y dispensación de medicamentos seguros y eficaces de la calidad requerida en hospitales.*
- g) Información y asesoramiento sobre los medicamentos en sí, también sobre su uso adecuado.*
- h) Informe a las autoridades competentes de las reacciones adversas de los productos farmacéuticos.*
- i) Acompañamiento personalizado de los pacientes que se administran sus medicamentos.*
- j) Contribución a las campañas locales o nacionales de salud pública.*

Si las personas tituladas en farmacia están habilitadas para llevar a cabo dichas actividades, este Consejo Vasco de la Competencia estima que la desigualdad de trato que establece el baremo de méritos relativos a la experiencia en el ejercicio profesional en función del ámbito donde las desarrollen, no resulta justificada, ni idónea, ni proporcional para el pretendido fin de la protección de la salud pública y, además, conlleva discriminación entre los propios titulados de farmacia, vulnerando con ello el derecho fundamental al libre establecimiento dispuesto en el artículo 49 del TFUE.

31. La medida debe ser proporcional y debe contener la regulación imprescindible para atender a la protección de la salud pública, una vez constatada que no existen otras medidas restrictivas de derechos, o que imponga menos obligaciones a los destinatarios. Esto es, debe ser necesaria y adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

En supuesto que nos ocupa, se otorga un notable peso al ejercicio profesional, hasta un 56% de los puntos totales, y además se otorga una mayor puntuación y por lo tanto ventaja competitiva a los farmacéuticos con experiencia profesional en oficinas de farmacia, respecto de otros farmacéuticos que desarrollan su actividad profesional en otros ámbitos públicos o privados relacionados con la actividad farmacéutica.

Por tanto, no resulta proporcional la medida, al minusvalorar la experiencia profesional de los farmacéuticos que desarrollan su actividad profesional en ámbitos distintos de las

oficinas de farmacia, ya que cuentan con idéntica cualificación profesional a los farmacéuticos de oficina de farmacia y pueden tutelar de igual manera la salud pública en su ejercicio profesional. Por idéntico motivo, resulta discriminatorio.

32. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar la diferencia de trato en la valoración de la experiencia profesional de las personas tituladas en farmacia para acceder a nuevas oficinas de farmacia. Dicho análisis lo ha realizado a través del contraste de supuesto litigioso con el principio de igualdad establecido en el artículo 14 CE. Así, en su Sentencia de 27 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo⁴, ha analizado un supuesto idéntico al ahora analizado y ha concluido que la diferente valoración de la experiencia profesional de los titulados farmacéuticos que otorga la Administración sanitaria andaluza para el acceso a las oficinas de farmacia es contraria al artículo 14 de la CE. Así en su Fundamento de Derecho Tercero, ha señalado que,

(...) los cometidos esenciales desarrollados en una oficina de farmacia son la adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios, la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales y la información y el seguimiento del tratamiento farmacológico a los pacientes (art. 1 de la Ley 16/1997).Que las funciones de custodia, conservación y dispensación de los medicamentos aparecen legalmente atribuidas, además de a las oficinas de farmacia, también a los servicios de farmacia de los hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud, para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, control o supervisión (artículo 103 de la Ley 14/1986).

Que aquellos cometidos esenciales de las oficinas de farmacia antes señalados son coincidentes con las funciones que con carácter general son reguladas y consideradas para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria (artículo 87 de la Ley 25/1990). Y que esos mismos cometidos figuran asignados a los servicios o unidades de farmacia hospitalaria (artículo 91 de esa misma Ley 25/1990).

4.- Lo anterior pone de manifiesto que, en aspectos muy esenciales de sus cometidos, hay una coincidencia entre los farmacéuticos que trabajan en una Oficina de Farmacia y los que realizan otra modalidad profesional relacionada con el medicamento.

5.- La Administración no ha precisado cuáles son los concretos aspectos de la práctica profesional de los farmacéuticos que trabajan en oficinas de farmacia que, por darse sólo en ellos o con un alcance diferente, ha tenido en cuenta para atribuir en los concursos de adjudicación de esas oficinas una superior valoración a dicha práctica frente a la que acrediten los farmacéuticos que hayan realizado otra modalidad profesional también relacionada con los medicamentos.

No ha aclarado cuál es la concreta finalidad, conectada con el mejor funcionamiento de la oficina de farmacia, que persigue lograr con esa mayor valoración (...).”

⁴ STS 8936/2007 - ECLI:ES:TS:2007:8936.

33. Igualmente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo⁵, ya analizaba la diferente valoración de la experiencia profesional de los titulados en farmacia y en su fundamento de derecho decimocuarto señalaba,

"Tampoco puede considerarse ilegítimo constitucionalmente desde la perspectiva de la igualdad el que se considere en igualdad el mérito de los servicios prestados en oficinas de farmacia o en otras actividades en que se exija el título de licenciado en farmacia, pues se trata de servicios en todo caso realizados con la aptitud profesional de los titulados de esta clase reconducibles a un criterio de mérito admitido legalmente, sin que el artículo 14 de la CE imponga que se trate de manera preferente a unos respecto a otros ni tampoco que deban aceptarse los criterios particulares del recurrente sobre la mayor preparación de unos frente a los otros".

34. En atención a lo arriba expuesto, la diferente valoración de la experiencia profesional establecida en el Decreto 24/2004, para el acceso a las nuevas oficinas de farmacia, resulta contrario a derecho por vulnerar el artículo 49 del TFUE y artículo 14 de la CE. Desde la perspectiva del derecho de la competencia en los mercados, la referida norma introduce restricciones no justificadas de acceso a las nuevas oficinas de farmacia respecto de las personas farmacéuticas que no han desempeñado su actividad en oficinas de farmacia.

35. Por ello, el Anexo del Decreto 24/2004 debería ser objeto de modificación en lo que respecta al Baremo de puntos para el acceso a las nuevas oficinas de farmacia relativos a la experiencia profesional de los titulados farmacéuticos. La modificación debería suprimir las diferencias de valoración injustificadas en lo que respecta a la experiencia profesional de dichos titulados, en los términos arriba expuestos.

36. La Administración Pública está sujeta al principio de legalidad ex artículos 9.1 y 9.3 de la CE y particularmente a la normativa de defensa de la competencia y aquella que promueve la competencia en los mercados. Por ello, siendo manifiesta la restricción de acceso a las oficinas de farmacia de nueva creación, la Administración pública competente debería remover dichos obstáculos y situar en iguales condiciones competitivas a los farmacéuticos que pretendan acceder a la titularidad de oficinas de farmacia de nueva creación.

37. En este sentido, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a través de su artículo 4, contempla que las Administraciones Públicas que establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su

⁵ STS 5248/2001 - ECLI:ES:TS:2001:5248

necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias

38. A tal efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, las autoridades competentes para la regulación llevarán a cabo una evaluación de la proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legales o reglamentarias, o de modificar las existentes, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio.

La evaluación se realizará de manera objetiva e independiente, siendo necesario que expliquen en el expediente de elaboración de la norma, el procedimiento seguido para asegurar que se ha cumplido debidamente con estos principios. Se indicará si existen potenciales conflictos de interés entre los destinatarios de la norma y, si existieran, la forma en que se han valorado y la solución aportada.

Las razones para considerar que un requisito para el acceso o ejercicio de una profesión regulada está justificado y es proporcionado se fundamentarán en datos cualitativos y, cuando sea posible y pertinente, en datos cuantitativos.

Las autoridades competentes para la regulación deben hacer un seguimiento del respeto del principio de proporcionalidad de las disposiciones legales o reglamentarias, nuevas o modificadas, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, tras su adopción, teniendo debidamente en cuenta cualquier cambio que se haya producido desde la adopción de dichas disposiciones. En los expedientes de elaboración de las normas a las que se refiere el apartado uno, se detallará la forma en la que se realizará el seguimiento del respeto al principio de proporcionalidad.

IV. CONCLUSIONES

39. Sólo las personas tituladas en farmacia pueden acceder a la titularidad de una oficina de farmacia y dicha condición resulta una restricción de acceso al mercado, si bien se encuentra justificada en razones de interés público, como la protección de la salud.

40. Sin embargo, no se encuentra justificada, ni es idónea, ni proporcional con la protección de la salud pública, la diferente valoración que realiza el Decreto 24/2004 en lo relativo a la experiencia profesional para el acceso a la titularidad de las nuevas oficinas de farmacia, al valorar con mayor puntuación la experiencia profesional de los farmacéuticos de una oficina de farmacia, respecto a la experiencia profesional de los farmacéuticos que realizan su actividad en un servicio de farmacia o en un depósito de



medicamentos en centros de Atención Primaria, Hospitales y Centros Sociosanitarios, así como en la Administración Sanitaria, Corporación Farmacéutica, Distribución, industria farmacéutica o en otros ámbitos relacionados con los medicamentos.

41. La Administración Pública está sujeta al principio de legalidad ex artículos 9.1 y 103 de la CE y particularmente a la normativa de defensa de la competencia y aquella que promueve la competencia en los mercados. Por ello, debe suprimir las restricciones arriba relacionadas y conciliar el acceso a las oficinas de farmacia de nueva creación con el derecho fundamental al libre establecimiento (art. 49 TFUE) y al principio de igualdad (art. 14 CE).

42. Las autoridades competentes para la regulación deben hacer un seguimiento del respeto del principio de proporcionalidad de las disposiciones legales o reglamentarias, nuevas o modificadas, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio.

V. RECOMENDACIONES

43. Hacer un seguimiento del respeto del principio de proporcionalidad de las disposiciones legales o reglamentarias, nuevas o modificadas, que restrinjan el acceso a las profesiones sanitarias reguladas, o su ejercicio.

44. En concreto, en lo que respecta a los criterios de valoración y baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia de nueva creación establecidos en el Decreto 24/2004, suprimir las diferencias de valoración en lo que respecta a la experiencia profesional de las personas tituladas en farmacia, con independencia del ámbito profesional relacionado con los medicamentos en los que haya desenvuelto su actividad profesional.

45. Asimismo, suprimir las restricciones de idéntica naturaleza que en otros instrumentos normativos de su competencia impida el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia, aunque no sea a oficinas de farmacia de nueva creación.