

La prohibición total de publicitar las farmacias es contraria al Derecho de la Unión

El Tribunal de Justicia declara que una prohibición total y absoluta de publicitar de las farmacias es contraria a la Directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE), así como a los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los que se establece, respectivamente, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela
Consejero académico (asesor externo) de Gómez-Acebo & Pombo

1. Preliminar

Tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero del 2025, *Apothekerkammer Nordrhein contra DocMorris NV*, C-517/231, en la que el tribunal estableció una serie de pará-

metros para distinguir la publicidad de los medicamentos de la publicidad de las farmacias y en la que admitió que, en determinadas situaciones, las legislaciones de los Estados miembros pueden prohibir la promoción de las farmacias, el Tribunal de Luxemburgo ha vuelto a ocuparse de la

¹ Para un comentario detenido de esta sentencia remito a GARCÍA VIDAL, Á., «¿Publicidad de medicamentos o publicidad de una farmacia? [Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de febrero del 2025, *Apothekerkammer Nordrhein contra DocMorris NV*, C-517/23]», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 104, 2025, págs. 119-132.

publicidad de las farmacias en su reciente Sentencia de 19 de junio del 2025 (as. *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-200/24, ECLI:EU:C:2025:459). La relevancia de esta nueva sentencia reside en que, en ella, el Tribunal de Justicia examina si el establecimiento por parte de una legislación nacional de una prohibición total de publicitar las farmacias respeta el Derecho de la Unión Europea.

La cuestión se le suscita al tribunal al hilo de la disposición contenida en la Ley de Derecho Farmacéutico de Polonia, en la que se dispone (art. 94a, apdo. 1) que «queda prohibida la publicidad de farmacias y puntos de venta farmacéuticos y sus actividades», si bien se añade que «la información relativa a la ubicación y al horario de apertura de las farmacias o de los puntos de venta farmacéuticos no constituye publicidad». En concreto, lo que se solicita al tribunal es que determine si una prohibición de este tipo respeta la Directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior), así como los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los que se establece, respectivamente, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

En efecto, según el artículo 8.1 de la Directiva sobre el comercio electrónico, «los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la infor-

mación facilitado por un miembro de una profesión regulada, condicionado al cumplimiento de normas profesionales relativas, en particular, a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas». A su vez, según el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, quedan prohibidas «las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro», libertad de establecimiento que comprende «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades». Y, de acuerdo con el artículo 56 del referido tratado, se prohíben «las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

A juicio de la Comisión Europea, la citada normativa polaca constituye una infracción de estas disposiciones del Derecho de la Unión, mientras que el Estado polaco argumenta —entre otros extremos— que la prohibición sólo se refiere a los mensajes que persiguen el objetivo explícito de aumentar las ventas de productos ofrecidos en farmacias y que se trata de una prohibición que busca garantizar un nivel elevado de protección de la salud pública. Sostuvo, además, que los farmacéuticos pueden prestar otros servicios distintos a los que ofrecen en las oficinas de farmacia o puntos de venta farmacéuticos, por lo que no estaríamos ante una prohibición absoluta de promocionar sus servicios.

2. La prohibición absoluta de publicitar las farmacias es contraria al principio general de admisión de las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas

El Tribunal de Justicia destaca que el artículo 8.1, de la Directiva de comercio electrónico enuncia el principio de que los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información facilitado por un miembro de una profesión regulada. Y, con ese presupuesto, declara que, dado que el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se refiere a todos los miembros de una profesión regulada, el Derecho nacional no puede considerarse compatible con esta disposición por el mero hecho de que algunos miembros de la profesión regulada de que se trate no estén comprendidos en la prohibición de publicidad establecida por ese Derecho. Porque, de ser así, los Estados miembros podrían eludir dicha disposición mediante prohibiciones que dejaran fuera una serie marginal de actividades ejercidas por los miembros de una profesión regulada. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no acepta el argumento de Polonia en el sentido de que algunos profesionales que prestan servicios distintos de los ofrecidos en una oficina de farmacia quedan al margen de la prohibición.

Como tampoco estima el tribunal la alegación de Polonia en el sentido de que no se vulneraría la Directiva de comercio electrónico porque los farmacéuticos pueden vender en línea medicamentos no sujetos a recetas, así como facilitar a los clientes

información relativa a los precios y al modo de entrega de dichos medicamentos. Según el Tribunal de Justicia, aunque esto es así, conforme a la normativa polaca «las farmacias no están autorizadas a recurrir a la publicidad de su servicio de venta a distancia», vulnerándose así el citado artículo 8.1 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

3. La prohibición total de hacer publicidad de las farmacias es contraria a los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios

3.1. Dado que la prohibición de promocionar farmacias contenida en la citada disposición polaca no sólo se refiere a la publicidad realizada en el marco de un servicio de la sociedad de la información, el Tribunal de Justicia también examina si la prohibición es contraria a los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, establecidos en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pues bien, el Tribunal de Justicia parte de su jurisprudencia previa (sentencias de 8 de junio del 2023, *Fastweb*, C-468/20, EU:C:2023:447, y de 4 de mayo del 2017, *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335) para recordar lo siguiente: 1) que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban el ejercicio de dichas libertades, lo obstaculicen o le resten interés; 2) que el concepto de *restricción* abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean

indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros, y 3) que «una legislación nacional que prohíbe, con carácter general y absoluto, toda publicidad relativa a una determinada actividad restringe la posibilidad de las personas que ejercen esta actividad de darse a conocer a su clientela potencial y de promocionar los servicios que se proponen ofrecer a ésta. Por consiguiente, debe considerarse que una legislación de ese tipo implica una restricción a la libre prestación de servicios». Sobre esa base, el Tribunal de Justicia concluye que la legislación polaca encaja en esta situación y que, por lo tanto, se restringe la libre prestación de servicios.

Además, en la medida en que la prohibición de publicidad dificulta el acceso al mercado por parte de las nuevas farmacias y en que «constituye un obstáculo adicional que han de superar los operadores de otros Estados miembros que deseen abrir una farmacia en Polonia», también restringe la libertad de establecimiento.

- 3.2. Con estas premisas, constatadas las restricciones a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, el tribunal examina si éstas pueden estar justificadas, toda vez que, conforme a su jurisprudencia previa, cabe admitir las restricciones que estén justificadas por una razón imperiosa de interés general y respeten el principio de proporcionalidad [sentencias de 18 de junio del 2019, Austria/

La publicidad de farmacias «puede beneficiar a los potenciales adquirentes de medicamentos»

Alemania, C-591/17, EU:C:2019:504, y de 6 de octubre del 2020, Comisión/Hungría (Enseñanza superior), C-66/18, EU:C:2020:792], siempre que el Estado que haya aprobado la legislación en cuestión pruebe la concurrencia de esas dos condiciones.

Pues bien, el Tribunal de Justicia rechaza las alegaciones de Polonia en el sentido de que existirían razones de salud pública que justificarían tales restricciones, pues los clientes de farmacias son un tipo de consumidor particularmente vulnerable a la publicidad y que, por lo tanto, deben ser protegidos contra las técnicas destinadas a incitarlos a aumentar sus compras (incluidas las de los medicamentos no sujetos a receta médica y los complementos). Según el Estado polaco, la prohibición de promocionar las farmacias se vincula con la prohibición de fomentar el uso irracional de los medicamentos, y la protección de la salud obligaría a que la competencia entre farmacias no deba basarse en la publicidad, sino en la máxima calidad de los servicios prestados y en la reputación así adquirida.

A juicio del Tribunal de Justicia, la publicidad de farmacias «puede beneficiar a los potenciales adquirentes de medicamentos, pues les permite obtener información de precios más bajos o de servicios adicionales ofrecidos por una farmacia determinada. Así,

como consecuencia de dicha publicidad, esas personas pueden decidir comprar sus medicamentos habituales en una farmacia distinta de aquella de la que eran clientes anteriormente, sin que ello implique un aumento de la cantidad de medicamentos comprados por dichas personas». En cambio, la prohibición de la publicidad «corre el riesgo de favorecer a las farmacias que operan en el mercado desde hace muchos años, en detrimento de las que desean entrar en dicho mercado e incrementar en él la cantidad o la calidad de los servicios ofertados».

Por lo demás, el tribunal niega que la prohibición de promocionar farmacias pueda fundarse en la prohibición de incitar al uso irracional de los medicamentos (art. 87.3 de la Directiva 2001/83/CE). Y ello porque, con este artículo 87.3 de la directiva, el legislador de la Unión no prohíbe toda publicidad de medicamentos, sino que «quiso permitir [...] la promoción de medicamentos sin incitar, no obstante, a su consumo excesivo», al establecer que la publicidad referente a un medicamento debe favorecer la utilización racional de este último, presentándolo de forma objetiva y sin exagerar sus propiedades, y que no puede ser engañosa.

En definitiva, el Tribunal de Justicia considera que Polonia no demostró que las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios derivadas de dicha disposición sean adecuadas para garantizar la consecución del objetivo de protección de la salud pública consistente

en luchar contra el consumo excesivo de medicamentos. Y, en todo caso, pudiera haberse logrado con medidas menos restrictivas que la prohibición total de la publicidad.

Finalmente, el Tribunal de Justicia también considera que la restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios tampoco puede fundarse en la protección de la independencia de la profesión de farmacéutico, entre otras cosas, porque «la prohibición de toda forma de publicidad para las farmacias, los puntos de venta farmacéuticos y sus actividades no sirve para proteger a los farmacéuticos de las presiones que los propietarios de las farmacias podrían ejercer para influir en la manera en la que los farmacéuticos asesoran a sus clientes. Tal presión podría subsistir con independencia de la existencia o no de publicidad de dichas farmacias». Y, en cualquier caso, la prohibición total y general de la publicidad de las farmacias tampoco es una medida proporcional, pues «una medida menos restrictiva podría consistir en autorizar dicha publicidad respetando requisitos que permitieran preservar la ética profesional de los farmacéuticos, regulando, en su caso de manera estricta, las formas y las modalidades que puede adoptar dicha publicidad».

4. Las implicaciones de la sentencia en el caso español

La doctrina del Tribunal de Justicia está llamada a tener un notable impacto en la práctica española. En efecto, en nuestro

La doctrina del Tribunal de Justicia tendrá un notable impacto en la práctica española

país no existe uniformidad en la normativa de las comunidades autónomas sobre la publicidad de las farmacias y, así, mientras que en algunas comunidades no se regula la publicidad de las oficinas de farmacia (como es el caso de Cataluña o el País Vasco), en otras se admite (como es el caso de Madrid en la Ley 13/2022, de 21 de diciembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid), en un tercer grupo se prohíbe. En este tercer bloque de comunidades se encuentran, por ejemplo, Aragón, Cana-

rias o Galicia, que prohíben la publicidad de las farmacias, salvo, en algún caso, la que se hace figurar en los envoltorios o envases para los productos dispensados (véanse la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón; la Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias, o la Ley 3/2019, de 2 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Galicia).