
INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A LA PROHIBICIÓN POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE MADRID Y CASTILLA Y LEÓN DE QUE PUEDAN REALIZARSE RETINOGRAFÍAS EN ÓPTICAS**Expediente: UM/073/21****PLENO****Presidenta**D^a Cani Fernández Vicién**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torre

ConsejerosD^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 6 de octubre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 9 de septiembre de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha informado de una barrera al ejercicio de la actividad económica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), consistente en la prohibición por parte de las Comunidades Autónomas de Madrid y de Castilla y León de que se realicen retinografías en establecimientos de óptica.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la prohibición por parte de las Comunidades Autónomas de Madrid y Castilla y León de que puedan realizarse retinografías¹ en establecimientos de óptica.

Según expone el reclamante en su reclamación, las Comunidades Autónomas de Madrid y de Castilla y León prohíben la realización de esta prueba diagnóstica en ópticas al estar prohibida la realización de informes oftalmológicos en este tipo de establecimientos.

El reclamante ha desarrollado un software a través del cual es posible realizar retinografías en establecimientos ópticos y enviarlas a un equipo de oftalmólogos para su evaluación y posterior informe y remisión, en su caso, a un especialista en caso de que se hayan detectado anomalías en la citada prueba.

Ambas Comunidades han sancionado a sendas ópticas por haber realizado este tipo de pruebas diagnósticas al considerar que las actividades de los establecimientos de óptica son incompatibles con cualquier tipo de interés o actividad en que resulte implicado un médico especialista en oftalmología.

El reclamante estima que dichas prohibiciones resultan contrarias a los artículos 3,9,16 y 18 LGUM.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.*

¹ Prueba diagnóstica que, mediante la utilización de un instrumento óptico especial denominado retinógrafo, permite realizar fotografías en color de la retina o fondo de ojo. Esta técnica proporciona una información sobre el estado de la retina y de hecho, tiene como objetivo la detección precoz y seguimiento de patologías oculares.

Los servicios sanitarios se encuentran dentro de las actividades económicas del artículo 2 de la LGUM² y, por tanto, dentro del ámbito de regulación y principios de la unidad de mercado³.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio .

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las*

² *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

³ Así lo ha confirmado la sentencia del TS de 18 de marzo de 2019 (RC 1746/2016)

transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, pone de manifiesto la restricción que supone el hecho de que dos Comunidades Autónomas prohíban la realización de retinografías en establecimientos ópticos, al considerar que dichas pruebas están reservadas a oftalmólogos.

Desde la perspectiva de la LGUM, dicha limitación constituye una restricción por lo que es necesario analizar si está justificada y es proporcionada, de acuerdo con el artículo 5 de la citada norma.

Al respecto, ha de indicarse que el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha analizado en un supuesto similar si está justificado reservar la realización de determinadas pruebas oftalmológicas a médicos de esta especialidad en detrimento de los ópticos.

En efecto, en la sentencia de 1 de febrero de 2001 ([C-108/96](#)), el TJUE ha concluido que en este tipo de casos concurre la razón imperiosa de interés general de protección de la salud, que justificaría la restricción del uso de determinados aparatos de diagnóstico a una determinada categoría profesional (oftalmólogos frente a ópticos). Así en el apartado 30 el TJUE señala que:

“Pues bien, se puede considerar que la elección de un Estado miembro de reservar a una categoría de profesionales que disponen de una capacitación específica, como los oftalmólogos, el derecho a efectuar un examen objetivo de la vista de sus pacientes con la ayuda de instrumentos sofisticados que permiten evaluar la tensión intraocular, determinar el campo visual o analizar el estado de la retina, es un medio adecuado para garantizar el logro de un alto nivel de protección de la salud.”

En el fallo, la sentencia concluye que:

“En el estado actual del Derecho comunitario, el artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro interpreten el Derecho nacional relativo a la medicina de tal forma que, en el marco de la corrección de defectos puramente ópticos de la vista del cliente, su examen objetivo, es decir, un examen que no utiliza un método por el que únicamente el cliente determina por sí mismo los defectos ópticos que padece, se reserve, por razones basadas en la protección de la salud pública, a una categoría de profesionales que dispone de una capacitación específica, como los oftalmólogos, con exclusión, especialmente, de los ópticos que no sean médicos”

En atención a lo anterior, se puede concluir que elección de una administración autonómica de reservar a una categoría de profesionales que disponen de una capacitación específica, como los oftalmólogos, el derecho a efectuar determinadas pruebas diagnósticas, en detrimento de los ópticos, constituye un medio adecuado para garantizar la razón imperiosa de interés general de protección de la salud.

V. CONCLUSIONES

1ª.- La exclusión de determinadas titulaciones (ópticos-optometristas) de la realización de retinografías y su reserva a otras titulaciones (médicos especialistas en oftalmología) constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

2ª.- No obstante, de acuerdo con el pronunciamiento del TJUE, se puede considerar que la elección de una administración autonómica de reservar a una categoría de profesionales que disponen de una capacitación específica, como los oftalmólogos, el derecho a efectuar determinadas pruebas diagnósticas, en detrimento de los ópticos, constituye un medio adecuado para garantizar la razón imperiosa de interés general de protección de la salud.