

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

Departament de Dret Administratiu i Processal

Àrea de Dret Administratiu

(Programa de Doctorat: Dret Administratiu 045)



TESIS DOCTORAL

**ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOLA: SITUACIÓN ACTUAL Y
PERSPECTIVAS DE FUTURO**

Presentada por:

Sonia María Morales Ariza

Dirigida por:

Doctor Juan Francisco Mestre Delgado

Valencia, 2015

TESIS DOCTORAL

ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOLA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

**Universitat de València, Facultat de Dret
Departament de Dret Administratiu i Processal
Àrea de Dret Administratiu
(Programa de Doctorat: Dret Administratiu 045)**

**Trabajo de investigación presentado para la obtención del título de
Doctora por:**

**SONIA MARÍA MORALES ARIZA
Bajo la dirección del Doctor
JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO**

Valencia, 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
1. CAPÍTULO I: EL SISTEMA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ESPAÑA. ANÁLISIS DE SU EVOLUCIÓN Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES	10
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	10
1.1.1 <i>Introducción</i>	10
1.1.2 <i>Evolución histórica</i>	11
1.1.2.1 Conceptos básicos: derecho farmacéutico y farmacia	11
1.1.2.2 La profesión farmacéutica en España	12
1.1.3 <i>Naturaleza jurídica de la oficina de farmacia</i>	16
1.1.3.1 Establecimiento sanitario	18
1.1.3.2 Servicio público impropio.....	21
1.1.3.3 Empresa mercantil.....	26
1.1.3.4 Res independiente.....	28
1.1.3.5 La oficina de farmacia como parte del Sistema Nacional de Salud	29
1.2 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL MODELO DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOL.....	31
1.2.1 <i>Concepto de ordenación farmacéutica</i>	31
1.2.2 <i>marco competencial</i>	34
1.2.2.1 Régimen de distribución competencial en materia de ordenación farmacéutica	34
1.2.2.1.1 Marco competencial constitucional.....	35
1.2.2.1.2 Esquema bases/desarrollo normativo	37
1.2.2.2 Regulación autonómica.....	40
1.2.2.2.1 Previsiones en los Estatutos de Autonomía	40
1.2.2.2.2 Tipología de las regulaciones autonómicas	42
a) Cronología de las regulaciones autonómicas en materia de ordenación farmacéutica.....	42
b) El caso de las regulaciones previas mediante una disposición de carácter provisional.....	44
1.2.2.3 Recapitulación.....	45
2. CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA EN ESPAÑA.....	47
2.1 INTRODUCCIÓN	47
2.2 INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA	48
2.2.1 <i>Introducción</i>	48
2.2.2 <i>Modelos de establecimiento de oficinas de farmacia</i>	51
2.2.2.1 Las Ordenanzas de Farmacia de 1860: un modelo sin restricciones	51
2.2.2.2 El punto de partida en la fijación de límites en el establecimiento de oficinas de farmacia: el Decreto de 24 de enero de 1941	55
2.2.2.2 Regulación a partir de la Constitución Española.....	59
2.2.2.2.1 Constitucionalidad del sistema de limitación del establecimiento de oficinas de farmacia	59
2.2.2.2.2 Legislación estatal a partir de la CE.....	63
2.3 PLANIFICACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA	66
2.3.1 <i>Introducción</i>	66
2.3.2 <i>Criterios de planificación en materia de ordenación farmacéutica</i>	68
2.3.3 <i>Aspectos generales de la planificación</i>	72
2.3.4 <i>Los módulos de población</i>	74
2.3.4.1 Análisis de las legislaciones autonómicas.....	74
2.3.4.2 Especial referencia a la Comunidad Foral de Navarra.....	76
2.3.4.2.1 Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.....	76

2.3.4.2.2 Ley Foral 20/2008, de 20 de noviembre de modificación de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica	79
2.3.4.3 Cómputo poblacional	80
2.3.4.3.1 La importancia de la fecha de solicitud.....	80
2.3.4.3.2 El padrón municipal como elemento clave en el cómputo poblacional.....	81
a) El padrón y el censo de población.....	81
b) El padrón vigente	82
2.3.4.3.3 Criterios de cómputo.....	82
a) El cómputo de habitantes en núcleos de población de 2000 habitantes	83
b) Sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado núcleo de población	85
2.3.5 Régimen de distancias.....	87
2.3.6 Planificación sobrevenida.....	89
2.3.7 Recapitulación.....	92
3. CAPÍTULO III: AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA	94
3.1 INTRODUCCIÓN.....	94
3.2 AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA.....	94
3.2.1 Naturaleza jurídica	94
3.2.1.1 Sobre la técnica autorizatoria.....	94
3.2.1.2 Naturaleza jurídica	97
3.2.2 Procedimiento de autorización de apertura de oficinas de farmacia.....	102
3.2.2.1 Antecedentes históricos: la competencia de los Colegios Profesionales.....	102
3.2.2.2 Regulación actual	105
3.2.2.2.1 Características generales	105
3.2.2.2.2 El procedimiento de autorización de oficinas de farmacia en la Comunitat Valenciana.....	106
a) Iniciación.....	107
b) Resolución del procedimiento.....	108
c) Procedimiento para la adjudicación de las autorizaciones.....	108
3.2.2.2.3 Comunidades Autónomas con competencias delegadas en los Colegios Profesionales	110
3.2.3 Modelos de adjudicación de oficinas de farmacia.....	111
3.2.3.1 Introducción.....	111
3.2.3.2 El modelo de la Comunidad Foral Navarra.....	111
3.2.3.3 El modelo de Cataluña	114
3.2.3.4 El procedimiento de autorización en las Comunidades Autónomas	116
3.3 EL CONCURSO COMO PARTE DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE NUEVAS OFICINAS DE FARMACIA	116
3.3.1 características generales	118
3.3.2 Requisitos de participación.....	118
3.3.2.1 Licenciado en farmacia.....	119
3.3.2.2 Colegiación.....	120
3.3.2.3 Aportación de documentación.....	122
3.3.2.4 Las características de la solicitud de participación.....	123
3.3.3 Límites a la participación	125
3.3.3.1 Edad	125
a) La doctrina del TC relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación.....	125
b) Edad como requisito de participación en los concursos de oficinas de farmacia	127
3.3.3.2 Prohibiciones de participación de titulares de oficinas de farmacia.....	129
a) En la misma zona de salud, zona farmacéutica o municipio	129
b) Fijación de plazos para la participación	130
3.4 BAREMOS DE MÉRITOS.....	130
3.4.1 Contenido.....	131
3.4.1.1 Experiencia profesional	132
3.4.1.1.1 La primacía o no del ejercicio en oficina de farmacia	132
3.4.1.1.2 La puntuación del ejercicio profesional en pequeños municipios	137
3.4.1.1.3 Los méritos por la experiencia profesional en la propia Comunidad Autónoma	140
3.4.1.2 Formación	142
3.4.1.2.1 Expediente académico.....	142

a) Estudios de postgrado	143
b) Expediente académico	144
c) Formación Profesional Complementaria	145
3.4.2 Otros méritos	146
3.4.2.1 Prueba escrita	146
3.4.2.2 Idioma	147
3.4.2.3 Otros	148
3.5 LA IMPUGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	149
3.5.1 Suspensión cautelar	149
3.5.2 Ejecución provisional de sentencia	151
3.5.3 Convalidación de actos administrativos	153
3.6 EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA	155
3.7 EL DEBATE DE LOS BAREMOS EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL	159
4 CAPÍTULO IV: PROPIEDAD Y TITULARIDAD DE OFICINAS DE FARMACIA	163
4.1 INTRODUCCIÓN	163
4.2 LA PROPIEDAD COMO TÍTULO JURÍDICO EN EL ÁMBITO FARMACÉUTICO	163
4.2.1 Concepto de propiedad	163
4.2.2 La propiedad en el ámbito farmacéutico	165
4.3 LA LEY 2/2007 DE SOCIEDADES PROFESIONALES: APLICACIÓN NORMATIVA EN OFICINAS DE FARMACIA	167
4.3.1 La Ley de Sociedades Profesionales	167
4.3.2 Las oficinas de farmacia y la Ley de Sociedades Profesionales	168
4.3.2.1 Tramitación parlamentaria de la Ley referida a las oficinas de farmacia	168
4.4 TRANSMISIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL ...	178
4.4.1 Introducción	178
4.4.2 La doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la transmisión de oficinas de farmacia (STC 109/2003, de 5 de junio de 2003; 152/2003, de 17 de julio de 2003 y 181/2014 de 6 de noviembre de 2014)	180
4.4.3 Transmisiones mortis causa e inter vivos	188
4.4.3.1 Transmisiones mortis causa	188
4.4.3.2 Transmisiones inter vivos	192
5 CAPÍTULO V: EL MODELO DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOL A DEBATE EN EUROPA	194
5.1 INTRODUCCIÓN	194
5.2 LOS MODELOS DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN EUROPA	194
5.3 LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE OFICINAS DE FARMACIA: CARACTERÍSTICAS GENERALES	196
5.3.1 Introducción	196
5.3.2 Principios generales de los procedimientos de infracción en materia de oficinas de farmacia	198
5.3.2.1 La competencia de los Estados	199
5.3.2.3 Requisitos que justifican las restricciones de libertades fundamentales	201
5.3.2.4 Peculiar carácter de los medicamentos	202
5.3.2.5 Acceso a las actividades del ámbito farmacéutico	203
5.4 PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA. ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA ESPAÑA	204
5.4.1 Introducción	204
5.4.2 Procedimiento de infracción contra la República Italiana (Asunto C-531/06)	205
5.4.3 Procedimiento de infracción contra España	209
5.4.3.1 Dictamen de la Comisión Europea sobre el modelo farmacéutico español	209

5.4.3.1.1 Pronunciamiento en materia de planificación.....	211
5.4.3.1.2 Pronunciamiento en materia de autorización para el establecimiento de oficina de farmacia	213
5.4.3.1.3 Pronunciamiento en materia de propiedad y titularidad de la oficina de farmacia.....	213
5.5 ACTUACIONES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.	219
5.5.1 <i>Cuestiones prejudiciales en materia de ordenación farmacéutica en España</i>	219
5.5.2 <i>Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias</i>	221
5.5.2.1 Origen del planteamiento.....	221
5.5.2.2 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010	223
5.5.2.2.1 Planificación farmacéutica.....	223
a) Sobre los módulos de población y distancias mínimas.....	224
b) Sobre la adecuación de la normativa al objetivo pretendido.....	226
c) El sistema de mínimos.....	227
5.5.2.2.2 Criterios de selección de titulares de nuevas farmacias.....	229
5.5.3 <i>La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias</i>	231
5.5.4 <i>Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Granada</i>	235
5.5.5 <i>Otras cuestiones prejudiciales</i>	236
5.5.5.2 Cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Italianos	239
Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal austriaco	240
6 CAPÍTULO VI. LA FARMACIA: ¿UN SERVICIO DE MERCADO INTERIOR?	241
6.1 DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006 RELATIVA A LOS SERVICIOS DE MERCADO INTERIOR: INCIDENCIA EN LA FARMACIA.....	241
6.1.1 <i>Planteamiento</i>	241
6.1.2 <i>El ámbito objetivo de la Directiva: la exclusión de los servicios farmacéuticos</i>	243
6.1.2.1 Cuestiones generales.....	244
6.1.2.2 La exclusión de los servicios sanitarios y farmacéuticos.	247
6.1.2.2.1 En la fase de tramitación de la Directiva	247
6.1.2.2.2 En la Directiva de Servicios.....	252
6.2 LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: INCIDENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA FARMACIA	257
6.2.1 <i>Las leyes de trasposición: aspectos generales</i>	257
6.2.2 <i>Incidencias de la trasposición en el sector sanitario</i>	260
7. CAPÍTULO VII: EL FUTURO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA	266
7.1 INTRODUCCIÓN	266
7.2 LA LIBERALIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA	269
7.2.1 <i>Cuestiones previas</i>	269
7.2.2 <i>Reflexiones en torno al concepto de la liberalización de oficinas de farmacia</i>	270
7.2.2.1 Introducción.....	270
7.2.2.2 Perspectivas de futuro	271
7.2.2.2.1 La continuidad del modelo	272
7.2.2.2.2 Las propuestas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	273
7.2.2.2.3 Hacia donde vamos	279
8. CONCLUSIONES	282
9 BIBLIOGRAFÍA	286

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende acercar a los lectores al actual sistema de ordenación farmacéutica español, haciendo especial hincapié en los aspectos relativos a la planificación. Todo ello con el fin de valorar cuales son las perspectivas de futuro que el mismo puede tener.

Desde que inicié esta investigación el debate entorno a si el actual modelo de ordenación farmacéutica es el más adecuado no ha cesado, es más se ha intensificado a lo largo de los últimos años, en especial desde que la Comisión Europea se cuestionó el mismo y más recientemente a raíz del informe elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En la actualidad España cuenta con un sistema regulado y planificado de ordenación farmacéutica que se mantiene intacto en lo más esencial del mismo desde el siglo XX. Por este motivo, comienza este trabajo repasando su historia, que al fin y al cabo ha sido la que ha configurado dicho sistema. Y en ese sentido se analiza la normativa estatal y autonómica vigente con el fin de profundizar en aquellos aspectos más controvertidos.

Es a partir de la misma cuando nos adentramos en el régimen jurídico del establecimiento de oficinas de farmacia para pasar a analizar el procedimiento elegido por las diversas Comunidades Autónomas y que permite la autorización para el establecimiento de éstas. Y es aquí donde cobra relevancia, con carácter prioritario, el denominado concurso como mecanismo habilitante para su obtención.

En este punto se analizan especialmente los méritos que los baremos de dichos concursos incluyen por cuanto ha sido aquí donde la jurisprudencia ha asentado claramente puntos clave del mismo.

Y es además en relación a los mismos donde los cambios normativos han sido mayores y constantes, siendo numerosas las reformas llevadas a cabo tanto a nivel legislativo como reglamentario, lo que pone de manifiesto que es una materia en constante proceso de adaptación.

Posteriormente se aborda un capítulo dedicado a las cuestiones relativas a la propiedad titularidad de la oficina de farmacia, teniendo en cuenta que es otro de los pilares angulares del actual modelo español de ordenación farmacéutica.

Sin embargo, a nadie escapa tampoco la influencia del entorno europeo, no tanto por lo que se refiere a los modelos de los distintos países sino por los pronunciamientos realizados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

No se entendería este trabajo de investigación sin circunscribir los avatares del modelo tanto a la normativa europea como a esos pronunciamientos y por tanto a las consecuencias que los mismos podían conllevar.

Y es que a la largo de estos años de investigación desde todos los sectores implicados se estaba pendiente de esos pronunciamientos lo que hacía ahondar en los planteamientos que hacían tanto partidarios como detractores del modelo.

A partir de todo este planteamiento resulta necesario, por tanto, analizar si es necesario revisar o no el modelo y valorar las perspectivas de futuro que el mismo tiene o puede tener.

Hasta mi primer y sucinto trabajo de investigación dedicado brevemente a la ordenación farmacéutica en la fase de obtención de la suficiencia investigadora no me había planteado abordar esta cuestión. Si bien es cierto que me animó continuar teniendo en cuenta que es una materia con muchas vertientes y que podría ser analizada desde muchas perspectivas.

Respecto a la metodología utilizada obviamente ha sido la propia de las ciencias jurídicas. En este sentido, se han consultado tanto las fuentes del derecho histórico como del actual; y por tanto las de derecho comparado, la propia del Estado y la promulgada por las diferentes Comunidades Autónomas.

Asimismo se ha consultado una amplia jurisprudencia pues ha sido ésta la que en mayor medida ha ido sentando las bases del modelo vigente al ajustar en muchos casos conceptos, planteamientos, etc.

Por último, se ha consultado la doctrina más relevante tanto en el ámbito del derecho general como en la materia que nos ocupa. En este sentido, cabe resaltar que son diversos los autores que de alguna u otra manera se han referido a la ordenación farmacéutica en nuestro país, siendo sus planteamientos también una de las bases fundamentales sobre las que se ha elaborado este trabajo.

Esta es en definitiva la recopilación de fuentes efectuada y sobre las que se han plasmado los conceptos y elementos fundamentales de esta investigación.

1. CAPÍTULO I: EL SISTEMA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ESPAÑA. ANÁLISIS DE SU EVOLUCIÓN Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.1 INTRODUCCIÓN

El actual sistema de ordenación farmacéutica español se ha ido configurando en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de nuestra historia. De ahí que la primera de las cuestiones a tratar en este trabajo de investigación tenga que ser la relativa a la formación histórica de esta materia y, más en concreto, la que se refiere a los pilares básicos sobre los que pivota dicho ordenamiento; es decir, los relativos a la propiedad, la transmisibilidad, la titularidad y el alcance de la intervención administrativa.

A través de su evolución histórica resulta más fácil entender las características esenciales de nuestro sistema normativo. Por ello, y para una mejor comprensión se repasan, en primer lugar los antecedentes históricos que han ido sentando sus bases, por un lado en lo que a la profesión farmacéutica se refiere y por otro en relación a la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia.

En este sentido es necesario referirse sucintamente a los conceptos básicos de derecho farmacéutico, y farmacia, para posteriormente analizar la profesión farmacéutica en nuestro país. Asimismo, se analiza la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia para determinar sus propias peculiaridades. Y por último, se hace hincapié en los pilares básicos mencionados.

1.1.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.1.2.1 Conceptos básicos: derecho farmacéutico y farmacia

Siguiendo la definición recogida en el manual Derecho Farmacéutico¹ se entiende por derecho farmacéutico el que aborda el conjunto de normas jurídicas que se relacionan según algunos expertos con el farmacéutico como tal y según otros con la actividad farmacéutica en todas sus facetas. La preservación de la salud de los individuos es lo que motiva que la actividad farmacéutica se encuentre sometida a reglas de derecho. El principio esencial que domina las reglas particulares del derecho farmacéutico es la prioridad de los intereses de la salud pública.

Etimológicamente deriva la palabra botica del griego apoteke, cuya ordinaria significación era depósito, en el sentido de almacén o conjunto de mercaderías². Del latín pharmacia. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la define como la ciencia que enseña a preparar y combinar productos naturales o artificiales como remedios de las enfermedades, o para conservar la salud.

A los profesionales de esta ciencia (persona que, provista del correspondiente título académico, profesa o ejerce la farmacia) se les llama farmacéuticos o boticarios, y a sus laboratorios o despachos, farmacias o boticas.

Por ello, la oficina de farmacia, farmacia o botica ha constituido tradicionalmente el centro del ejercicio de la profesión farmacéutica, que es una de las profesiones más antiguas de España.

1 Vidal Casero, M. C. "Derecho Farmacéutico". Colección monografías Grandes tratados Aranzadi 2008. 1ª edición.

2 Nieto García, A. "La Ley Alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960". Revista de administración pública Nº 35, 1961, Crónica administrativa págs. 361 y sg."

1.1.2.2 La profesión farmacéutica en España

En España el documento más antiguo donde aparece la palabra "boticario" es de 1217 cuando se ordena que "nadie a excepción del boticario venda vino"³. Y es en el *Código de Las Siete Partidas* (1263) de Alfonso X donde se constata la separación legal de la profesión de médico y farmacéutico; siendo éste último el que prepara los medicamentos ordenados por los médicos aunque también existen especieros y la figura del físico que también podía "medicinar alguna cosa". Se dice que se aplicará la pena de homicida al boticario que de escamonia u otras medicinas fuertes sin haberlo ordenado los médicos, también se aplicará idéntica pena al físico o especiero u otro que haga "jarope" o especias no correctas sin que quien se lo mande hacer lo sepa o con otra finalidad distinta a la que corresponda.

En 1351, Pedro IV de Aragón en su carta de Perpignan, dice que los alcaldes deben elegir anualmente un físico, un mercader y un especiero que se encarguen de efectuar la visita oficial de las farmacias del lugar.

En 1370, en Barcelona, el Consejo de los Ciento ordena a los boticarios que guarden los venenos (ponzoñas) bajo llave, y se prohíbe entregar rejalgar u otro veneno a quien lo pida. Así mismo, ordena que sólo los boticarios con botica abierta preparen medicamentos. Finalmente, por Orden de Alfonso V, de 1.329 se fija que el gremio de boticarios sea el encargado de examinar a cualquier aspirante que quiera entrar en la profesión y se refiere a ella como "especiería".

Con posterioridad por Orden de Carlos V de 1.523 se prohíbe el acceso al examen de boticario a drogueros, especieros, y parteros y se ordena que sean examinados los médicos, cirujanos y estudiantes de farmacia que lo deseen, siempre que reúnan los siguientes requisito, a saber; ser hombre mayor de 25 años, saber latín, y tener como mínimo cuatro años de práctica en una botica ya autorizada.

³ Pérez Fontan, María José. "Historia de la farmacia". Capítulo 7. Consulta septiembre 2010 http://historiadelafarmacia.perez-fontan.com/cap_7.html.

En nuestro país, hasta este siglo las actividades farmacéuticas seguían estando controladas por el Protomedicato⁴ o Consejo de médicos reales, cuya antigüedad se remonta al siglo XV y vino desarrollando sus funciones hasta ser suprimido en los primeros años del siglo XIX, y que intentó repetidamente acabar con las prerrogativas de los Colegios Farmacéuticos, y por los Colegios Oficiales de Médicos.

Desde estas instancias se decidía sobre quien podía abrir un establecimiento de farmacia, cuantas farmacias se podían establecer en una ciudad, dónde se debían establecer, que había que estudiar para ser farmacéutico, los años de practicas necesarios, qué clase de medicamentos se podían preparar, que normas de preparación se debían seguir, y que es lo que se podía vender en las oficinas de farmacia y a que precio.

Estaba prohibido que las mujeres ejercieran como farmacéuticas; que un boticario tuviera más de una farmacia; la asociación profesional entre un médico y un farmacéutico, e incluso, se tomaban medidas para el caso de que existiera parentesco entre ambos. La contrapartida a esta situación estaba en que los farmacéuticos ostentaban el monopolio de la venta de medicamentos (en este siglo se prohibió que se vendieran los simples al por menor fuera de las oficinas de farmacia).

Carlos III asumió diversas medidas organizativas que implicaban una seria reforma del protomedicato. Muchas de ellas promovidas por un informe que presenta Pedro Rodríguez de Campomanes el 1 de diciembre de 1760. De este informe procede la propuesta de separar las funciones que acumulaba en tres grupos de especializaciones, medicina, cirugía y farmacia. Las propuestas de

⁴ Lopez Terrera, M.L. "El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)", Cuadernos valencianos de historia de la medicina y de la ciencia, nº 2, vol.2, 1999, pp. 385-386.

reforma culminarían en la aprobación de la Real Cédula de 13 de abril de 1780 que modifica sustancialmente la planta del protomedicato⁵.

Se termina así con el predominio médico sobre la profesión farmacéutica al separar definitivamente las competencias de ambos y crear el Tribunal del Proto-Farmaceuticato como órgano encargado del control de la profesión farmacéutica "(...) se dirijan y gobiernen por sí mismas las profesiones de Medicina, Cirugía y Farmacia; que cada una de ellas y sin dependencia una de otra, tengan sus Audiencias separadas y hagan los exámenes de sus respectivas facultades."

El 8 de marzo de 1800 aparecen las Ordenanzas de la Real Junta Superior Gubernativa de la Facultad de Farmacia, por la que se crea la misma con separación de la de Gobierno de la Junta de la Facultad Reunida de Medicina y Cirugía. Se anula el Prototfarmaceuticato y se autoriza a la Junta de dicha Facultad de Farmacia a nombrar visitadores de boticas⁶.

En 1801 se disuelve la Junta de Gobierno de la Facultad Reunida y se restablece el Protomedicato, pero se mantiene la Real Junta Superior Gubernativa de la Facultad de Farmacia, que conserva sus atribuciones.

En 1804⁷ se aprueban las Ordenanzas para el régimen y gobierno de la Facultad de Farmacia, que confieren en lo gubernativo de su Facultad la misma autoridad

⁵ Muñoz Machado, S. "Tratado de derecho administrativo y derecho público general". Tomo I 1ª Edición. 2004. Civitas Ediciones. Página 756

⁶ Esteva de Sagrera, J. "La farmacia española durante la Guerra de Independencia (1808-1812)". Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia 2009, 75 (E): 513-526 <http://www.analesranf.com/index.php/aranf/article/viewFile/1024/995>

⁷ Colección de pragmáticas, cédulas, provisiones, actos concordados y otras providencias generales expedidas por el Consejo Real en el Reinado del Señor Don Carlos IV. Tercera Edición. Consulta mayo 2015 http://books.google.es/books?id=EqqTLM1AdicC&pg=PA1&pg=PA1&dq=Ordenanzas+para+el+r%C3%A9gimen+y+gobierno+de+las+Facultades+de+Farmacia&source=bl&ots=WWwBz_TkaT&sig=6TjAVOAKLWR7_pOd-zT7CH4Qow&hl=es&sa=X&ei=7fpoU7eZCuGz0QW1_4HADQ&ved=0CCEQ6AEwAA#v=onepage&q=Ordenanzas%20para%20el%20r%C3%A9gimen%20y%20gobierno%20de%20las%20Facultades%20de%20Farmacia&f=false

que tenía la Audiencia de Farmacia en el Proto-Medicato. Prevé también que se creen Colegios de Farmacia, erigiéndose uno en Madrid que servirá de norma para los demás.

En cuanto a la expendición de medicamentos por parte de los boticarios, la Ley del Servicio General de Sanidad de 28 de noviembre de 1855⁸, en el capítulo XIV dedicado a esta cuestión, recoge en el artículo 81 que "sólo los farmacéuticos autorizados con arreglo a las leyes podrán expender en sus boticas medicamentos simples o compuestos, no pudiendo hacerlo sin receta de facultativo, de aquellos que por su naturaleza lo exijan". Sin embargo, serán las Reales Ordenanzas de 18 de abril de 1860 (Real Decreto de 18 de abril de 1860 del Ministerio de la Gobernación por el que se aprueban las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión farmacéutica, comercio de drogas y venta de plantas medicinales), las que consoliden esta situación al disponer en su artículo 2 que "*la elaboración y venta de los medicamentos corresponden exclusivamente a los farmacéuticos aprobados y con título legal para el ejercicio de su profesión*". Y es en las farmacias donde únicamente también se podían vender aguas minerales naturales o artificiales. Estas Ordenanzas, como pone de relieve Villalba Pérez⁹ son el primer intento serio de organización del sector farmacéutico en España.

El ejercicio de la farmacia se regula en su capítulo II, concretando su artículo 4 que la profesión de farmacia se ejerce estableciendo una botica pública, adquiriendo la propiedad de alguna ya establecida o tomando a su cargo, en calidad de regente, la de alguna persona o corporación autorizada para tenerla. Regulándose en los artículos siguientes el procedimiento para la apertura de las boticas. Se estructura lo que va a ser la profesión farmacéutica en el futuro, legislando que "ningún farmacéutico podrá tener o regentar más que una sola botica, sea en el mismo o en diferente pueblo".

⁸ http://bib.us.es/derecho/servicios/common/Ley_28_1855_ServicioGeneralDeSanidad.pdf

⁹ Villalba Pérez, F, "La profesión farmacéutica", Marcial Pons, 1996 pág 42 y sg.

Y así se vino señalando también con posterioridad tal y como aparece en la Real Orden de 20 de abril de 1942, la cual disponía "Que se renueve la prohibición de la venta al público de medicamentos a todo profesor como no sea en botica constituida conforme a las leyes y las formalidades y responsabilidad que ellas ordenan".

En cuanto a la expresión oficina de farmacia como señala también Villalba es posterior, empezándose a utilizar cuando las boticas empezaron a fabricar sus propios preparados medicinales en lugar de distribuirlos o venderlos a granel.

Por último, resaltamos que el nacimiento y progresivo desarrollo de la industria farmacéutica alterará profundamente las características esenciales de la profesión farmacéutica, al desplazarse hacia dicha industria la principal y exclusiva actividad de la botica como es la composición de medicamentos hacia dicha industria.¹⁰ De ese modo, como señala González Pérez¹¹ esto supone que "la oficina de farmacia ha quedado casi reducida a la venta de las especialidades farmacéuticas elaboradas por los laboratorios".

1.1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA OFICINA DE FARMACIA

Como se ha señalado, la segunda de las cuestiones a dilucidar es la relativa a la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia. Y ello es así porque adentrarnos en el "mundo" de la oficina de farmacia conlleva, en primer lugar, conocer cual es la naturaleza jurídica de la misma porque en función de cual sea ésta se determinan sus propias peculiaridades.

Por eso antes de profundizar en otros aspectos que afectan a la oficina de farmacia, en este apartado se repasa la regulación que la ha ido configurando y se

¹⁰ Villalba Pérez, F. "La profesión farmacéutica" Op cit pág 60

¹¹ González Pérez, J. "Derecho farmacéutico y recopilación sistemática, actualizada y anotada de la legislación farmacéutica por J.A. Escalante". Editorial: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1972. Pag 351.

realiza un análisis de las transformaciones más relevantes que han condicionado y justificado en nuestro ordenamiento las singularidades de las boticas.

Como punto de partida se destacan los aspectos más significativos que vienen a poner de manifiesto su carácter de actividad vinculada con la asistencia farmacéutica, y en particular con la salud de los ciudadanos.

Las funciones que dichas oficinas de farmacia han venido desempeñando tienen mucho que ver con esa caracterización, de ahí la justificación de definición previa de las mismas.

Originariamente, las boticas eran dispensarios de los medicamentos que el propio boticario componía por encargo del médico o de su cliente enfermo. La función específica del farmacéutico era la composición de medicamentos y, en general, de artículos de uso medicinal, destinados a la medicina humana o a la veterinaria; tales medicamentos los componía el boticario, con arreglo a una fórmula magistral por lo general secreta, propia o ajena según ordenara la receta prescrita por el médico.

Rodríguez Zapata¹² define la oficina de farmacia como "establecimientos sanitarios sujetos a planificación, que se obligan a dispensar al público en las condiciones previstas en nuestra legislación, medicamentos y especialidades farmacéuticas, con la presencia de uno o varios farmacéuticos".

En concreto, las características más destacables son:

¹² Rodríguez-Zapata Pérez, J. "¿Cómo, cuando y dónde se abre una farmacia?", Tecnos 1995 pág. 12

1.1.3.1 Establecimiento sanitario

Desde el Real Decreto 2177/1978, de 1 de septiembre, sobre registro, catalogación, inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios¹³, las oficinas de farmacia han sido contempladas como establecimientos sanitarios. El artículo 1.2 de dicho Real Decreto establece "Se considerarán centros, servicios o establecimientos sanitarios los hospitales, los centros sanitarios asistenciales extrahospitalarios, los bancos de sangre, los servicios de ambulancias y transporte sanitario, los laboratorios de análisis clínicos, los centros técnicos de sanidad, los botiquines, almacenes, centros y oficinas de farmacia, los de formación e investigación sanitarias y, en general, todos aquellos que, por su finalidad principal y por razón de las técnicas que utilizan, tienen naturaleza sanitaria".

Posteriormente, la Orden de 17 de enero de 1980¹⁴ las definió como "el establecimiento sanitario donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales farmacéuticos así como de salud pública¹⁵ en los casos y circunstancias establecidas que se determinen".

En el mismo sentido, lo hicieron tanto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad de 1986, reconociendo expresamente además el carácter privado de los establecimientos farmacéuticos, como la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia¹⁶. En concreto, esta última señala "En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25

¹³ España. Real Decreto 2177/1978, de 1 de septiembre, sobre registro catalogación, inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios BOE de 23 de octubre de 2003, núm. 254, páginas 37893 a 37902

¹⁴ España. Orden de 17 de enero de 1980 por la que se aprueba el Reglamento de régimen y funcionamiento de los Consejos Generales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Nacional de la Salud y del Instituto Nacional de Servicios Sociales. BOE de 22 de enero de 1980, núm. 19, páginas 1617 a 1619.

¹⁵ El Tribunal Supremo en sentencia de 7 mayo de 1976 define esta actividad como "de auxilio y socorro de los particulares a los que es preciso satisfacer sus necesidades con la misma asiduidad y acto que preside la prestación de un servicio público".

¹⁶ España. Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia. Boletín Oficial del Estado, de 26 de abril de 1997, núm. 100, páginas 13450 a 13452.

de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, 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....”.

Además, dicho carácter se vio reforzado por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, con la definición dada en el art. 84.6 *“Las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público”.*

Esa consideración de establecimientos sanitarios viene caracterizada fundamentalmente por las funciones que se desarrollan en los mismos bajo la dirección de uno o más farmacéuticos. La citada Ley 16/1997, de 25 de abril, reguló las funciones de dichos establecimientos, y de similar forma las han plasmado las diversas legislaciones autonómicas. Dichas funciones son:

- a. la adquisición, conservación, custodia y dispensación de medicamentos y productos sanitarios y de aquellos otros utensilios y productos de carácter sanitario que se utilicen para la aplicación de los anteriores, de utilización o carácter tradicionalmente farmacéutico*
- b. La elaboración y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales, de acuerdo con las buenas prácticas de elaboración, los procedimientos y controles de calidad establecidos.*
- c. La colaboración en los programas que promuevan las autoridades sanitarias o la corporación farmacéutica sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica, garantía de calidad de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria.*

- d. *Colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar los efectos adversos que se puedan producir, notificándolos a los organismos responsables de la farmacovigilancia.*
- e. *Dar consejo farmacéutico, informando sobre el uso correcto y racional de los medicamentos.*
- f. *Actuar coordinadamente con los profesionales sanitarios proporcionando formación e información en el ámbito del medicamento y colaborando en el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes.*
- g. *La vigilancia y el control de recetas prescritas y dispensadas, custodia de las mismas, así como de los documentos sanitarios que lo requieran.*
- h. *La realización de otras funciones de carácter sanitario que tradicionalmente o por estar contempladas en normas específicas puede desarrollar el farmacéutico o farmacéutica, de acuerdo a su titulación.*
- i. *La atención de las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud que, en su caso hayan sido concertadas según lo establecido en la presente Ley.*
- j. *La colaboración en la docencia para la obtención del título de licenciado en farmacia de acuerdo con lo previsto en las directrices 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.*
- k. *Las oficinas de farmacia en la dispensación de medicamentos veterinarios llevarán a cabo, en relación con éstos, las funciones citadas anteriormente.*

1.1.3.2 Servicio público impropio

Es de sobra conocido que la doctrina ha venido clasificando la actividad de la Administración en tres grupos: policía, servicio público y fomento¹⁷. Se menciona simplemente y de forma muy breve el concepto de servicio público por calificarse así la cuestión objeto de este trabajo y para poder centrar la misma.

La doctrina francesa (Haurioi, Duguit, Gaston Jèze) propone un concepto amplio del servicio público al entender que toda actuación administrativa es de servicio público. Hauriou lo define como "servicio técnico prestado al público de forma regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública por una organización no lucrativa, destacando que podría ser gestionado no sólo por la administración pública, sino también por un concesionario, sin dejar por ello de ser servicio público¹⁸. Por su parte, en sus "Transformaciones del Derecho público" pretende Duguit sustituir las bases tradicionales de esta rama del derecho que ha venido girando en torno al concepto de soberanía para poner en su lugar al servicio público. Jézé continuó con tal visión unilateral poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los servicios públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían a identificarse¹⁹.

Ésta fue, por lo demás la postura de la jurisprudencia francesa a partir del arrêt Blanco dictado por el Tribunal de Conflictos en 1973, que viene a erigir la existencia del servicio público en criterio determinante de la atribución de una determinada cuestión litigiosa a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁷ Martín Mateo, R. "Manual de derecho administrativo". Vigésima edición. 1999. Editorial Trivium. pag 459

¹⁸ Hauriou, M. "Précis de Droit Administratif", París, 1919, Novena edición. p. 44.

¹⁹ Garrido Falla, F. "Tratado de Derecho Administrativo". Vol. II Parte General 13 edición 2012. 1º Edición 1960.

Por su parte, Vedel²⁰ define el servicio público basándose en dos sentidos diferentes. En un sentido orgánico, se caracteriza por una cierta organización, considerándose como una empresa regida por la administración. Y en un sentido material, se hace referencia a la naturaleza de la actividad, considerada independientemente de la organización mediante la cual se ejerce la misma. Define el servicio público como la actividad que tiende a satisfacer una necesidad de interés general.

Pero el concepto amplio de servicio público encuentra también su expresión en la doctrina italiana. Santi Romano entiende que, más que una figura jurídica verdadera y propia, hace referencia al complejo de los fines sociales que los entes administrativos deben proponerse, por lo que da lugar a una cantidad de institutos y relaciones profundamente diversas entre sí.²¹

Entre nuestros administrativistas han existido dos maneras de entender la noción de servicio público: bien considerando que se trata de una actividad o prestación cuya titularidad pertenece de modo exclusivo a la administración o bien estimando innecesaria dicha exclusividad²².

La primera tesis defendida por Villar Palasí²³; dicho autor añade además el nuevo concepto de gestión económica que aparece como una categoría jurídica nueva que no puede confundirse con la del servicio público. Las diferencias entre servicio público y la gestión económica están enmarcadas porque es una característica del servicio público el carácter monopolístico con que la administración lo presta, el empleo de un típico procedimiento de derecho público con poderes exorbitantes y

²⁰ Vedel G., *Devolvé "P. Droit administratif 2"*. 1ª Edición 1958, 11 ed. 1990. *Thémis Droit*. Presses Universitaires de France. Págs. 704-705

²¹ Romano, S. *"Principii di Diritto amministrativo italiano"* 3ª ed. 1912. Pag.357

²² Muñoz Machado, S. *"Servicio Público y Mercado"*. I Los Fundamentos. Primera edición, Civitas 1998. Págs. 113-114

²³ Villar Palasí, J.L. *"La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo"*. *Revista de Administración Pública* nº 3, 1950 pág 60 y sg.

la regularidad y continuidad, siendo finalmente el usuario del servicio quien tiene siempre un derecho abstracto a la prestación del servicio.

La segunda tesis la defendió Garrido Falla aceptando la posibilidad de servicios públicos atribuidos a la exclusiva titularidad de la administración, pero admitiendo también la posibilidad de que en algunos casos como en sanidad o educación, los particulares desarrollen las mismas actividades²⁴.

Por su parte, Barrachina²⁵ lo define como "actividad prestada por la administración pública, que regulada por el derecho público, tiende a satisfacer una necesidad de carácter general". Destaca que en una primera fase, dentro de la teoría general del servicio público, éste era siempre considerado como una actividad de interés general desarrollada por la administración. Pero los inconvenientes surgieron cuando estas dos nociones se separaron apareciendo la Administración desarrollando actividades que no correspondían estrictamente a un interés general y, por otra parte, se llegó a admitir que personas privadas podían administrar servicios públicos.

Señala además que con el devenir del tiempo, este concepto entró en crisis, por un lado porque la persona encargada de prestar el servicio público ya no era la administración, ni sus concesionarios, sino otras entidades como los Colegios de Abogados, Médicos o Farmacéuticos, en cuya actividad se aplican normas de derecho público, porque a pesar de representar intereses privados, éstos tienen trascendencia pública. Y en segundo lugar, el régimen del servicio público, aparece bastante desvalorizado, puesto que hay actividades que lleva a cabo la administración pública, y se regulan por el derecho privado.

²⁴ Garrido Falla, F. "El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público". Revista Española de derecho administrativo nº 29, 1981. Págs 225-238. También citado por Ariño, G. "Servicio público y libertades públicas", Libro Homenaje a Garrido Falla. Ed. Complutense, Madrid, 1992, volumen II, págs.. 1315-1335

²⁵ Barrachina Juan, E. "Compendio de derecho administrativo II". Promociones publicaciones universitarias. 1986. Pag. 979 y en "Curso de derecho administrativo" Promociones publicaciones universitarias. 1986. Pág. 442

En sentido estricto, De Vallés²⁶ los califica de servicio público impropio, y de nuevo Garrido Falla²⁷ cuando lo cita destaca que el término "público" no se refiere a la calidad del ente que realiza la actividad, sino al destinatario del servicio, es decir, a la colectividad²⁸ misma.

Otros autores, destacan en la actividad de servicio público la intervención administrativa de un poder público, que actúa por medio de una serie de prerrogativas, cuando determinadas actividades son consideradas como esenciales para la colectividad (Benoit).

En cuanto al carácter de servicio público de las oficinas de farmacia, Sánchez Morón²⁹ señala que la legislación o la jurisprudencia y la doctrina jurídica califican como de servicio público determinadas actividades de iniciativa privada y libre en las que, sin embargo, concurre un interés general de tal intensidad que justifica su regulación estricta por normas administrativas y su sometimiento a un control público igualmente incisivo. Es el caso por ejemplo de la enseñanza y la sanidad privadas, el servicio farmacéutico o el servicio autotaxi. Sin embargo, estos no son servicios públicos en sentido estricto sino, como suele decirse en un sentido impropio o virtual o más bien servicios privados de interés general tal y como señala la STC 109/2003.³⁰

Los requisitos³¹ para que se de un servicio público virtual son los siguientes:

²⁶ De Valles, A. "I pubblici servizi," Primo Trattato completo di diritto amministrativo, vol. VI. parte I, Milano, 1923; Págs 613 y sg

²⁷ Garrido Falla, F. "Tratado de derecho administrativo Volumen II". Tecnos. pags 343 y ss

²⁸ Sobre esta cuestión vid artículo de Alejandro Nieto "La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo". Revista de Administración Pública nº 76. 1975. Págs 9-30.

³⁰ Sánchez Morón, M. "Derecho Administrativo Parte General". Ed. Tecnos. Cuarta edición 2008. Pág. 760

³¹ Entrena Cuesta, R. "El servicio público de taxis". Revista de administración pública nº 27 septiembre-diciembre 1958 págs. 33-34

- a) La necesidad de una autorización, que se prestará para el ejercicio de actividades en bienes integrantes del dominio público
- b) Que la actividad que se presta sea de interés general
- c) La existencia de un régimen especial consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de someter a tarificación la actividad que se desarrolla.

Pero el carácter de servicio público de las oficinas de farmacia lo ha resaltado sobre todo la jurisprudencia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (STS) 28 de septiembre de 1983, 30 septiembre 1986, 4 abril 1987 y 30 junio 1995) señalando que es de interés público por el bien que dispensan, que es el medicamento y que es considerado de primera necesidad en la asistencia sanitaria y que no puede ser suministrado a un paciente fuera de una oficina de farmacia, salvo en situaciones excepcionales.

Y es ésta también la que lo ha considerado como servicio público de los calificados como impropios (STS de 30 de junio de 1995, 4 de abril de 1997, 24 de marzo de 1998 o de 15 de noviembre de 2004) al establecer que "El servicio prestado por las oficinas de farmacia es un servicio público por razón de los destinatarios, pero de los calificados como impropios (doctrina italiana) o eventual (doctrina del Consejo de Estado francés). La acentuada publicación obedece más que a exigencias institucionales jurídicas a motivaciones políticas; de ahí la tendencia del poder al control de estos establecimientos, lo que explica el recurso a la técnica concesional. Al contrario de lo que ocurre con los servicios públicos auténticos, en los impropios o eventuales se pone en marcha una actividad que sería enteramente privada si no fuera por la existencia de unos valores superiores, cuya salvaguarda justifica que puedan adoptarse las medidas pertinentes. La autorización calificada de operativa va más allá del acto previo, pues conlleva un control que se prolonga a lo largo de todo el tiempo que dure la actividad de que se trata.

1.1.3.3 Empresa mercantil

Como apunta Villalba³² en la gestión de la profesión farmacéutica en oficina de farmacia aparecen unidas dos facetas que en sí mismas son distintas: ejercicio de una profesión universitaria limitada administrativamente, y explotación de una empresa privada de carácter sanitario.

El carácter mercantil de la oficina de farmacia, sin perjuicio de las limitaciones que impone la legislación farmacéutica lo ratifican tanto la doctrina³³ como la jurisprudencia.

La STS de 26 de febrero de 1979 ya atribuye a la farmacia el carácter de empresa mercantil, cuando señala que en las farmacias se desarrolla "una actividad comercial consistente en preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia así como adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de comercio, en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el art. 325 del mismo sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de dicha actividad comercial a las personas que se hallan en posesión del correspondiente título, haga perder el carácter mercantil a la función que las mismas ejercen.»

En STS de 25 de septiembre de 1985 se afirmaba que la oficina de farmacia es «un establecimiento sanitario, pero no un comercio o una industria», precisando en su sentencia de 12 de marzo de 1993 que «no puede aplicarse el tratamiento de un comercio a una oficina de farmacia», porque «una farmacia no es un establecimiento comercial». En el mismo sentido la STS de 23 de abril de 2001 recuerda que la oficina de farmacia no deja de ser una empresa mercantil de

³² Villalba Pérez, "La profesión farmacéutica" op cit pág 63 y sgs

³³ Cerdá Olmedo, M. "Derecho civil y farmacia", La Ley 1993, págs. 63 y sg. En el mismo sentido Rams Albesa J. "La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales", Revista General de legislación y jurisprudencia, 1987, págs. 357 y sg.

naturaleza peculiar en razón de la tutela administrativa de la función social que presta, ya que, sin constituir un servicio público, en sentido técnico y propio, sí es una actividad privada de interés público; y este dato teleológico marca el criterio interpretativo que debe prevalecer al interpretar la normativa administrativa aplicable (Sentencias de 30 de septiembre de 1986 y 9 de junio de 1988).

En similares términos se expresa la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de junio de 1983 al aclarar que la farmacia también "es algo más que un establecimiento sanitario donde se realizan dichas actividades y prestaciones, es una empresa mercantil constituida por un conjunto de elementos materiales entre los que cabe resaltar el local o base física de la misma, técnicos para el adecuado ejercicio de dicha profesión y humanos cuales son el farmacéutico y la clientela, como tal empresa tiene un tratamiento unitario y está sometida a normas de derecho civil, mercantil, laboral y administrativo".

Pero el establecimiento farmacéutico es diferente a cualquier otro; definiendo García-Pomareda³⁴ la Oficina de Farmacia como una empresa de carácter especial y naturaleza peculiar ya que en ella se realizan actividades comerciales y actividades profesionales; de ahí su carácter de empresa mercantil. Por su parte, el farmacéutico con Oficina de Farmacia abierta es un comerciante, puesto que es titular de una empresa mercantil, pero además es un profesional con una actividad rígidamente reglamentada y controlada por los Poderes públicos, por lo que se encuentra en un estadio intermedio entre la función pública y una profesión liberal cualquiera. Y recuerda que la oficina de farmacia se diferencia con otras empresas, en la exigencia para el ejercicio de la profesión, de la propiedad del título de licenciado en farmacia, así como la obligatoriedad de su presencia en la Oficina de Farmacia.

³⁴ García-Pomareda Valcarcel, I. M. Aspectos jurídicos y deontológicos de la oficina de farmacia. Tesis doctoral. Dirigida por M^a Esther Alegre Pérez. Facultad de Farmacia Universidad Complutense de Madrid. 1994. <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/D/1/AD1022001.pdf>

1.1.3.4 Res independiente

Como señala Pérez Gálvez³⁵, la naturaleza jurídica que presenta la oficina de farmacia deriva del art. 1 de la ley 16/1997, cuando establece que: «*En los términos recogidos en la ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, 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.*»

En este sentido, la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia es legal y reglamentaria: la oficina de farmacia es un establecimiento sanitario privado con dos vertientes, una en su consideración patrimonial y otra sanitaria que hace que sólo un licenciado en farmacia pueda ser el titular y propietario, pues se excluyen las transmisiones a los que no ostenten tal condición. Y, a su vez, debido a la unidad que presenta en su titularidad, la misma puede ser considerada como un patrimonio separado. Desde este punto de vista la farmacia es un bien mueble, con carácter indivisible, que constituye una empresa mercantil, y como tal, que necesita de una base física donde asentarse, siendo además dicha empresa de naturaleza especial y vinculada, constitutiva de lo que técnicamente se llama patrimonio separado.

Dicha configuración también ha sido admitida por la jurisprudencia (STS de 23 de abril de 1983 y de 29 de septiembre de 1987) y ello, porque como dice la STS de 12 de diciembre de 1980 «La oficina de farmacia es una especie de patrimonio independiente, res independiente, susceptible de tráfico, previo acatamiento de los requisitos subjetivos y objetivos establecidos».

³⁵ Pérez Galvez, J. F. "Farmacia y Patrimonio". Ibarra de Arce. 1999. Págs. 84 y ss

Pérez Gálvez³⁶, siguiendo a Cerdá Olmedo³⁷ y a Díez Picazo³⁸ señala lo siguiente: *«En consecuencia, el Derecho objetivo autoriza y permite que la conjunto de relaciones activas y pasivas, ya que, de las diversas obligaciones del titular de la oficina de farmacia, no se responde mediante núcleos patrimoniales diferenciados, según pudiera ser, de conformidad a la naturaleza de aquéllas. La oficina de farmacia es una creación del ordenamiento jurídico en base a las peculiaridades que presenta su régimen jurídico, acorde con las finalidades que se pretenden alcanzar y la presencia de intereses distintos a los propios del titular de farmacia. Por ello, la legislación de farmacia hace inventario detallado de los bienes que, inexcusablemente, debe comprender la oficina de farmacia abierta al público, a la vez que señala, también, las características especiales de los mismos.»*

1.1.3.5 La oficina de farmacia como parte del Sistema Nacional de Salud

Pérez Galvez³⁹ pone de manifiesto que la oficina de farmacia se integra en el llamado sistema del medicamento y, a su vez, la misma forma parte del llamado Sistema Nacional de Salud. De ahí que la misma cobra una especial relevancia por los servicios básicos que éstas deben prestar a la población, y que se enmarcan en el conjunto de las actuaciones de salud pública.

Por ello, es indudable la vinculación que tiene la materia de la que nos ocupamos con la sanidad. En este sentido destaca Lantarón Barquín⁴⁰ que la asistencia sanitaria farmacéutica se caracteriza por su insoluble unidad a la médica, cuya

³⁶ Pérez Gálvez. J. F. "Derecho y Patrimonio: un estudio de la relación jurídica de servicio farmacéutico". Ibarra de Arce. Almería. 1999. Pág 96 y sg.

³⁷ Cerdá Olmedo, M. "Derecho Civil y Farmacia". Op cit pág 63

³⁸ Díez Picazo, L. "Sistema de derecho civil" Vol I , Tecnos, 1982 pág 410

³⁹ Pérez Gálvez, J.F. "Derecho y Patrimonio: un estudio de la relación jurídica de servicio farmacéutico". Op cit. Pág 32.

⁴⁰ Lantarón Barquín, D. "Asistencia Sanitaria: Contenido, Claves y Principios". Tirant lo Blanch. 1ª edición. 2007, Págs. 154 y 155

carga alivia. No obstante su estrecho vínculo con la asistencia sanitaria médica y con el resto del contenido prestacional sanitario en general, la asistencia farmacéutica ocupa por sí misma, sin duda alguna, un lugar destacado dentro del contenido de la asistencia público sanitaria. Esta trascendencia la ha hecho acreedora de una relevante autonomía normativa. Sistemáticamente se trata de una prestación que forma parte de la asistencia público sanitaria pero que se rige por sus propias disposiciones.

Estas afirmaciones vienen corroboradas por la jurisprudencia. La STSJ Madrid de 26 de mayo de 1998, al recordar la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia señala en su FJ3 que "Las oficinas de farmacia constituyen un establecimiento sanitario en el que está presente un cualificado interés público y una función social que han justificado la intervención administrativa; las oficinas de farmacia se configuran como establecimientos sanitarios vinculados al Sistema Nacional de Salud y esa actividad de asistencia farmacéutica se encuadra, desde esta perspectiva, en el derecho administrativo y se le atribuyen los caracteres de servicio público impropio o servicio de interés público que sólo los titulares pueden ejercer".

En definitiva, de lo expuesto cabe concluir que nos encontramos ante unos establecimientos con características propias, que se ha venido consolidando a lo largo de los siglos. Esas peculiaridades plasmadas a lo largo de la normativa se han concretado de forma más detallada y en profundidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Podemos decir que si bien la naturaleza de la oficina de farmacias se circunscribe al ámbito privado debe prevalecer en ellas la finalidad del interés general teniendo en cuenta en especial los destinatarios a los que se dirige su actividad. De ahí su calificación, entre otros aspectos, de servicio público impropio.

En definitiva, un servicio que por tener especial incidencia en el sector sanitario adquiere un plus al ser considerada como establecimiento sanitario.

1.2 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL MODELO DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOL

Una vez puestos de manifiesto los antecedentes históricos de nuestro sistema de ordenación farmacéutica y su naturaleza jurídica, se analiza a continuación el régimen jurídico que configura dicho sistema. Se trata, por tanto, de identificar cuales son las características relevantes del modelo español con el fin de profundizar en sus elementos clave.

En este apartado se abordan los aspectos básicos de la ordenación farmacéutica como son el concepto de la misma y el marco competencial de la misma, con especial referencia al ámbito autonómico.

1.2.1 CONCEPTO DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

Es necesario determinar el contenido y alcance del concepto ordenación farmacéutica para centrar inicialmente, el objeto de estudio de este trabajo, pues sobre el mismo girarán las cuestiones fundamentales que abordaremos a lo largo de estas páginas.

El término "ordenación" tiene el significado de disposición, prevención, colocación de las cosas en el lugar que les corresponde, mandato, orden, precepto. Es decir, la interpretación gramatical nos aproxima a zonas propias de lo que pudiera denominarse planificación y/o normación, referida, en este caso, al ámbito farmacéutico.

Sobre este concepto Razquin Lizarraga ⁴¹ precisa que «[...]». Atendiendo a una óptica material, ya la STC 32/1987, de 28 de abril (FJ 3) ofrece una primera

⁴¹ Razquin Lizarraga, J.A "La competencia de las Comunidades autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica", Revista Jurídica de Navarra 1995, nº 20, pp. 80-82.

aproximación al señalar que la competencia autonómica de ordenación farmacéutica "debe entenderse referida a la ordenación de los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos". [...]. Desde una perspectiva funcional, la clave está en el término "ordenación" que, como ha indicado Garrido Falla⁴², puede describirse como el conjunto de reglas que rigen la organización o funcionamiento de determinada actividad, por lo que la ordenación viene a equipararse a la reglamentación. Equivalencia, a la postre, entre ordenación y regulación, como resulta de la jurisprudencia constitucional (SSTC 57/1992, de 9 de abril, y 68/1992, de 30 de abril) y de la propia legislación (Ley de ordenación del transporte terrestre, Ley de ordenación del comercio minorista, etc). Por ello la ordenación farmacéutica se configura como una competencia normativa, según señala la STC 71/82 (distinguiéndola de la competencia ejecutiva sobre productos farmacéuticos) y la doctrina. Se comparte pues, el criterio de PENACHO MARTÍNEZ de que la competencia de ordenación farmacéutica es esencialmente normativa, comprendiendo también normas de organización y posibles actos de ejecución. [...]. En fin, es opinión común que la llamada "ordenación farmacéutica" debe relacionarse con la dispensación del medicamento a los destinatarios finales y con las actuaciones anteriores o posteriores pero directamente conectadas con esta fase de ciclo farmacéutico; siendo de naturaleza normativa y comprendiendo fundamentalmente la planificación y autorización de las oficinas de farmacia privadas, las farmacias hospitalarias, botiquines rurales, etc, esto es, los llamados establecimientos farmacéuticos; diferenciándose claramente de los productos farmacéuticos; y, en último término, destacando su íntima conexión con la sanidad y, por consiguiente, su consideración como un subsistema del sistema sanitario».

Esta cuestión también la tratan otros autores como Pérez Gálvez, F. "La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: Transmisibilidad, caducidad y cotitularidad de las farmacias (comentario a la STC 109/2003, de 5 de junio)". Revista andaluza de administración pública. nº 69. 2008 y Beltrán Aguirre, J.L. "Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la ley del medicamento", Revista Jurídica de Navarra, 11, 1991 pág 68.

⁴² Garrido Falla, F. "Planificación y oficinas de farmacia" I Jornadas de ordenación farmacéutica y Ley del Medicamento, Murcia, 17, 18 y 19 abril 1991, editadas por el Colegio de Farmacéuticos de la Región de Murcia y la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia. Murcia. 1992. Págs. 64-67.

Por su parte, Martín Mateo⁴³ relaciona la "ordenación farmacéutica" con una fase específica del ciclo farmacéutico: la de la dispensación del medicamento a sus destinatarios finales, en relación con otras intervenciones relacionadas con la inspección; comprendería la ordenación de los establecimientos sanitarios destinados a este fin, oficinas de farmacia, farmacias hospitalarias y botiquines, contemplando la regulación de su ubicación física, las características de instalación y equipamiento, el régimen de relaciones con el público. También se extendería al régimen de acceso, a la titularidad, facultades dominicales sobre el establecimiento y contenido de las funciones de dispensación esenciales y complementarias. A esto habría que añadir la regulación de los servicios farmacéuticos de los centros de atención primaria, los depósitos de medicamentos, la regulación de la presencia y actuación profesional, el régimen sancionador, así como las funciones y servicios que se prestan en todos los centros donde se distribuyan o dispensen productos farmacéuticos.

También en las legislaciones autonómicas que regulan la materia se ha abordado el concepto de ordenación farmacéutica, definiéndola como el conjunto de normas, requisitos, estructuras y actuaciones, tanto en el ámbito de la atención sanitaria como de la salud pública, cuyos objetivos son garantizar que se haga un uso racional de los medicamentos en la población y propiciar la mejora de su estado de salud (ej. art. 2.1 de la Ley de Ordenación Farmacéutica y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid).

⁴³ Martín Mateo, R. "Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios", Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social, Generalitat de Catalunya, 1984, pág. 127 y desarrollado en "Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana", IEAL, 1985, p. 284 y ss.

Comparten y asumen este concepto, entre otros autores:

-Fernández Pastrana, J.M. "El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Civitas, 1984. págs. 130 a 133,

-Vasos Coma, M "Competencias transferidas a las Comunidades Autónomas en materia de derecho sanitario y farmacéutico", Derecho farmacéutico de las Comunidades Autónomas. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, 1987. pág. 61

-Beato Espejo, E. "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", Revista de Administración Pública nº 119. 1989, pág. 413

En definitiva puede decirse que la ordenación farmacéutica engloba todas aquellas normas y/o cuestiones fundamentales que van a venir a definir los aspectos más relevantes de la oficina de farmacia.

1.2.2 MARCO COMPETENCIAL

1.2.2.1 Régimen de distribución competencial en materia de ordenación farmacéutica

El artículo 43 de la Constitución Española (en adelante CE) señala que el derecho a la protección de la salud⁴⁴ se tutelaré a través de las "medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios". Dentro de estas prestaciones y servicios se encuentra la prestación farmacéutica, entendida como obligación de los poderes públicos de facilitar el acceso de la población a los medicamentos y demás productos sanitarios en las condiciones y con los requisitos y controles que establezca la normativa vigente.

La protección de la salud es uno de los principios fundamentales en cualquier estado moderno; principio que se plasma en la actualidad como un derecho de todo ciudadano a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias conformes a la dignidad humana y al nivel de desarrollo económico y social de cada Estado.

En nuestro país para tutelar la salud de los ciudadanos, la Constitución establece un servicio público que se presta en concurrencia con la iniciativa privada.⁴⁵

Debe tenerse en cuenta que la Constitución Española de 1978 no hace referencia alguna al concepto de ordenación farmacéutica. No obstante, en el esquema esencial de distribución de competencias que se encuentra definido en los artículos

⁴⁴ Bermejo Vera, J. "Derecho Administrativo Parte Especial". Civitas ediciones. Pág. 181.

⁴⁵ Garrido Falla, F "Comentario al art. 43 de la Constitución". Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, 1985 pág 790

148 y 149 de la Constitución⁴⁶, existen títulos competenciales relacionados directamente con este concepto como son: el estatal relativo a las bases y coordinación de la sanidad interior y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16) y el autonómico sobre sanidad e higiene (art. 148.1.21).

Por tanto, la aparición de las autonomías también va a tener consecuencias en el sector farmacéutico en general, y en la planificación farmacéutica en particular, pues las competencias estatales en esta materia van a ser ahora compartidas con las distintas Comunidades Autónomas, tal y como señala Martín Retortillo.⁴⁷ Dicho autor considera la substantividad de las competencias de ordenación farmacéutica relacionadas específicamente a su juicio con la regulación, incluyendo la limitación, de las oficinas de farmacia, lo que como señala con acierto M. VIÑAS⁴⁸, comprende planificación, autorización, condiciones de acceso a la titularidad, transmisión y la actuación profesional que en los mismos locales se efectúa.

1.2.2.1.1 Marco competencial constitucional

El Tribunal Constitucional ya se pronunció en sus SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, acerca de la materia en que debe encuadrarse competencialmente el régimen jurídico de las oficinas de farmacia, al señalar que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios ... debe entenderse como una

⁴⁶ Sobre la distribución competencial en materia de sanidad y seguridad social vid Muñoz Machado, Santiago "Derecho público de las Comunidades Autónomas I" 1982, pags. 776 y sgs.

⁴⁷ Martín Mateo, Ramón. "Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios". Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías. Institut d'Estudis de la Salut, Generalitat de Catalunya. 1984.

⁴⁸ Viñas, M. "La Competencia de la Generalitat de Catalunya en materia de ordenación farmacéutica". Primeras Jornadas de Ordenación Farmacéutica y Ley de Medicamentos, Murcia 1991, pág. 232 y sgs.

competencia de fijación de bases⁴⁹, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros.

En la primera de las citadas sentencias se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria ... 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» (STC 80/1984, FJ 1).

Así lo señalan las sentencias 109/2003, de 5 de junio (FJ 3) y 152/2003, de 17 de julio al destacar que en lo referente a los distintos títulos competenciales existentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en concreto, en materia de ordenación farmacéutica ligada a la regulación del suministro de medicamentos por las farmacias, el Tribunal entiende que dicha regulación no la podemos imputar a la competencia exclusiva que el artículo 149.1.16. CE reconoce al Estado: legislación sobre productos farmacéuticos.

La legislación sobre productos farmacéuticos, en todo lo referente a la distribución, suministro o dispensación así como en lo referente a la garantía de dichas actividades propias del servicio farmacéutico, se yuxtapone con la legislación sobre establecimientos farmacéuticos y por tanto, con la legislación vigente en materia de Sanidad. Son, por tanto, discernibles dos vertientes, con regulación diferenciada y títulos competenciales distintos. Por un lado, la que tiene que ver con el medicamento mismo, tendente a garantizar la seguridad de los

⁴⁹ Sobre el contenido de las bases vid también S. Muñoz Machado, "Derecho Público de las Comunidades Autónomas" Volumen I. págs 418-419. En dicho tratado determinó que "el contenido de las bases no es otra cosa que la ordenación legislativa de cuanto exige el interés general en relación con una materia", por lo que "cuando la Constitución encomienda al Estado la competencia sobre legislación básica, está pues indicando que el interés general exige que en esa materia concreta exista una regulación unitaria para el conjunto del Estado, regulación que no tiene por qué agotar el tratamiento normativo de la materia, sino contener las prescripciones más generales: lo importante es que se asegure la uniformidad".

medicamentos prescritos, que se incardinaría dentro de la "legislación farmacéutica" y, por tanto, en el título competencial del artículo 149.1.16 de la Constitución Española. Por otro lado, la que tiene que ver con la actividad de dispensar y garantizar el suministro del establecimiento sanitario y del propio servicio farmacéutico.

Por otra parte, en relación a esta distribución competencial cabe recordar que el Dictamen del Consejo de Estado, 53/1995, de 29 de junio, apuntó que "las oficinas de farmacia, como establecimientos de dispensación de medicamentos, constituyen un instrumento más de la política sanitaria y su ordenación cae en la de la sanidad".

1.2.2.1.2 Esquema bases/desarrollo normativo

En relación a lo expuesto, lo primero que hay que plantearse es si la ordenación farmacéutica se incluye dentro de las bases de la sanidad o si se incluye dentro de la legislación sobre productos farmacéuticos o si forma parte de ambos títulos o de ninguno de ellos.

Siguiendo a Pérez Cueto⁵⁰ debemos considerar la independencia del título competencial ordenación farmacéutica del de productos farmacéuticos, sobre el que el Estado tiene atribuida una competencia más amplia, pues no sólo le corresponden las bases como en sanidad interior, sino que la competencia se extiende a toda la legislación, agotando las facultades normativas de la materia y por tanto, incluyendo tanto normas de rango legal como el desarrollo reglamentario de las mismas; a las Comunidades Autónomas en materia de productos farmacéuticos sólo les corresponden competencias ejecutivas.

⁵⁰ Pérez Cueto, M. "Ordenación Farmacéutica: Regulación estatal y Autonómica". Marcial Pons. 1998

Por tanto, una vez establecida la independencia de la ordenación farmacéutica tenemos dos alternativas: Por un lado, incluir la ordenación farmacéutica dentro de la materia sanidad y, por otro, entender que ésta tiene sustantividad propia.

En el primer caso, las bases le corresponderían al Estado y la ejecución y desarrollo normativo podría ser asumido por las Comunidades Autónomas. En el segundo caso, el Estado sólo podría ostentar su competencia exclusiva en relación a aquellas Comunidades Autónomas que no la hubiesen incluido en sus estatutos.

Mestre⁵¹ destaca que el concepto de oficina de farmacia se integra en el ámbito propio de la sanidad, cuyo régimen de reparto competencial responde al esquema bases/desarrollo normativo. Es el legislador el que ha concretado las reglas generales que disciplinan las oficinas de farmacia. Es en las normas estatales que posean el carácter de básicas donde se debe encontrar el régimen común, uniforme, que rige por igual en todo el territorio nacional, lo que constituye, además, el parámetro al que debe referirse la operación autonómica de desarrollo normativo.

Respetando esas bases estatales, en ejercicio de su competencia sobre desarrollo normativo son las Comunidades Autónomas las encargadas de establecer su propia regulación en materia de ordenación farmacéutica.

La STC 197/1996, de 28 de noviembre, destaca que "la noción de bases o de normas básicas en cuanto a los requisitos materiales, 'ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente'; y que si bien las Cortes 'deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución' (SSTC 32/1981, FJ 6, y 1/1982, FJ 1). Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la

⁵¹ Mestre Delgado, J. F. "La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica", *Derecho y Salud*, Vol. 5, 2. 1997, págs 205-213.

doctrina posterior (SSTC 48/1988, 49/1988, 13/1989, 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras)".

Y también concreta que "En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, 'pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas' (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias' (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, 'un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional' (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad -ya que con las bases 'se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales' (STC 1/1982, FJ 1)-, a partir del cual 'pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, FJ 16)' [STC 197/1996, FJ 5 a)].

Como señala Mestre⁵² si las bases identifican el mínimo denominador común de la regulación, que debe observarse por igual en todo el territorio nacional, lo que exceda de tal concepto queda en la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, en virtud del título competencial "desarrollo normativo", para adecuar la regulación de la materia al ámbito de su respectivo interés. Es obvio que la regulación autonómica de desarrollo normativo no puede contradecir, corregir ni enmendar las bases fijadas por el Estado; como lo es, en la actualidad, que el Estado no puede regular de forma tan agotadora la materia, ejerciendo su competencia sobre las bases, que impida a las Comunidades Autónomas adoptar decisiones, lo que sucede si el Estado ocupa con su regulación toda la materia; por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que la competencia sobre la formulación de las bases está limitada por la necesidad de permitir a las

⁵² Mestre Delgado, J.F. La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica. Op cit. 49

Comunidades Autónomas que, en virtud de su competencia sobre el desarrollo normativo, puedan adoptar "opciones diversas".

1.2.2.2 Regulación autonómica

1.2.2.2.1 Previsiones en los Estatutos de Autonomía

Los Estatutos de Autonomía de las diferentes CCAA españolas tampoco definen el término ordenación farmacéutica; sin embargo en la mayoría existe una alusión a la misma aunque sin un criterio unánime. La denominan ordenación farmacéutica en el caso de las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Comunitat Valenciana, Andalucía y Aragón, mientras que el Estatuto de Autonomía Gallego se refiere a establecimientos farmacéuticos, el de Canarias a la ordenación de establecimientos farmacéuticos y los demás no presentan ninguna referencia a estos términos y si una genérica a la competencia en sanidad e higiene sin perjuicio de lo que establece el artículo 149.1.16 de la CE.

Por tanto, se pueden distinguir tres alusiones distintas en las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, las Comunidades Autónomas cuyos estatutos no hacen referencia expresa, entre sus competencias a la ordenación farmacéutica como tal. Estas comunidades son Galicia y Navarra, junto con las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En el caso de las Ciudades Autónomas, el artículo 21.1.19 de sus Estatutos de Autonomía no mencionan aspectos relativos a la ordenación farmacéutica, sin embargo, si le otorga el ejercicio de las facultades de administración, inspección y sanción, y en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria en materia de sanidad e higiene.

En segundo lugar, aquellas Comunidades Autónomas en los que la ordenación farmacéutica aparece como competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciséis del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. En concreto,

las Comunidades Autónomas de Aragón: art. 71.56^a, País Vasco: art. 10.15; C. Valenciana: art. 49.19, Cataluña: art. 162.2 y Andalucía: art. 55.1. En este apartado también podría incluirse a Canarias, aunque su Estatuto de Autonomía le otorga competencia exclusiva en la ordenación de establecimientos farmacéuticos (art. 30.31).

En tercer lugar, un conjunto mayoritario de CCAA cuyos estatutos de autonomía les otorgan el desarrollo legislativo y la ejecución de esta materia, en el marco de la legislación básica del Estado. Son las CCAA de Asturias: art. 11.4⁵³; Cantabria: art. 25.4; Castilla-La Mancha: art. 32.4; Castilla León: art. 71.1.4; Madrid: 27.12; Extremadura: art. 8.11⁵⁴; Illes Balears: art. 30.49; La Rioja: art. 9.12; Región de Murcia: art. 11.1.

En definitiva, al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad, y por tanto, en materia de ordenación farmacéutica.

En definitiva, las previsiones estatutarias son la base jurídica para que las Comunidades Autónomas, respetando el marco ofrecido por la legislación básica estatal, puedan dictar las normas que regulen esta materia de ordenación farmacéutica.

⁵³ Tras la reforma del Estatuto de Autonomía llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, se incluye la competencia de ordenación farmacéutica de forma independiente a la de sanidad e higiene.

⁵⁴ Tras la reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura introducida por Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, también se incorpora la competencia en materia de ordenación farmacéutica.

1.2.2.2 Tipología de las regulaciones autonómicas

a) Cronología de las regulaciones autonómicas en materia de ordenación farmacéutica

La primera Comunidad Autónoma que reguló por ley la ordenación farmacéutica fue Cataluña en el año 1991. Con posterioridad, lo hicieron el resto de Comunidades Autónomas y así desde diciembre de 2007 todas las Comunidades Autónomas cuentan con regulación específica en la materia que nos ocupa. La actual regulación de las mismas se recoge en las siguientes Leyes autonómicas y sus modificaciones:

- Cataluña: Ley 31/1991 de 13 de diciembre de 1991, de ordenación farmacéutica de Cataluña
- País Vasco⁵⁵: Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco,
- Castilla-La Mancha: Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.
- Extremadura: Ley 6/2006, de 9 de noviembre, de Farmacia de Extremadura⁵⁶
- Murcia: Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia
- La Rioja: Ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja
- Comunitat Valenciana: Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana

⁵⁵ En los últimos años se había presentado un nuevo Proyecto de Ley de Ordenación de la Asistencia Farmacéutica del País Vasco, que no ha llegado a aprobarse.

⁵⁶ Hasta la publicación de estas normas estaban vigentes la Ley 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de Extremadura y la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla La Mancha.

- Baleares: Ley 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares,
- Madrid: Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid
- Galicia: Ley 51/1999, de 21 de mayo, de Ordenación Farmacéutica
- Aragón: Ley 4/ 1999, 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica para Aragón
- Navarra: Ley foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica
- Cantabria: Ley 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria
- Castilla y León: Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León
- Canarias: Ley 4/2005, de 13 de julio, de Ordenación Farmacéutica de Canarias
- Asturias: Ley del Principado de Asturias 1/2007, de 16 de marzo, de Atención y Ordenación Farmacéutica
- y Andalucía: Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía⁵⁷.

Por lo que se refiere a las Ciudades Autónomas de Ceuta⁵⁸ y Melilla⁵⁹, ninguna de las dos dispone de ley en la materia. La primera de ellas todavía no ha regulado aspectos relativos a la ordenación farmacéutica en cuanto a módulos de población y distancias. Por el contrario, Melilla mediante Decreto 1023, de 15 de marzo de 2007, aprueba definitivamente el Reglamento Regulator de la Planificación

⁵⁷ En enero de 2008 se planteó recurso de inconstitucionalidad contra los diversos artículos de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. Dicho recurso (número 321-2008) fue resuelto mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2014, de 6 de noviembre de 2014

⁵⁸ Por Real Decreto 32/1999 de 15 de enero, se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Ciudad de Ceuta, en materia de Sanidad.

⁵⁹ En el año 2005, por Real Decreto 1515/2005, de 16 de diciembre, se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de sanidad. En concreto, se transfirieron a la Ciudad Autónoma de Melilla las funciones y servicios de la Administración del Estado relativas al otorgamiento de la oportuna autorización para la creación, construcción, modificación, adaptación o supresión de centros sanitarios de cualquier clase y naturaleza incluidas las Oficinas de Farmacia

Farmacéutica y de los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia⁶⁰.

b) El caso de las regulaciones previas mediante una disposición de carácter provisional.

Otra de las cuestiones que se deben poner de manifiesto en el ámbito que nos ocupa, es la relativa a las regulaciones previas mediante una disposición de carácter provisional. Es el caso de aquellas Comunidades Autónomas que hasta la aprobación de su norma legal se regían por una disposición reglamentaria de carácter provisional.

Se han planteado problemas interpretativos con respecto a esas disposiciones de carácter provisional, ya que la STC 83/84 declara inconstitucional una habilitación general al Gobierno (bien estatal o autonómica) para que éste regule el establecimiento de farmacias. El reglamento sólo puede jugar el papel de norma de desarrollo. La Ley que sería desarrollada por el reglamento autonómico, en ausencia de la Ley de CA de ordenación farmacéutica tendría que ser la Ley estatal 16/1997⁶¹, la cual no considera básicos los mínimos que ella misma establece sobre módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia.

Sin embargo, se puede considerar que los reglamentos autonómicos que aborden la ordenación farmacéutica, si se mueven dentro del marco de la normativa básica estatal y cumplen los criterios establecidos en la Ley 16/1997 (párrafos 1, 2 y 5 del art. 2) se ajustarían a las exigencias del texto constitucional, ya que operarían como desarrollo de una norma con rango de Ley, y respetarían la reserva de Ley establecida en el art. 36 de la Constitución Española.

⁶⁰ Boletín Oficial de la Ciudad de Melilla (BOME), nº 4383, de 20 de marzo de 2007

⁶¹ La citada Ley 16/1997 de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia considera legislación básica del Estado, los artículos 2.1, 2.2, 2.5 (referidos a la ordenación territorial), 4 (transmisión), 5 (presencia y actuación profesional) y 6 (jornada y horario de los servicios).

Entre las Comunidades Autónomas que inicialmente regularon la planificación y la ordenación farmacéutica a nivel reglamentario, se encuentran Asturias, Canarias, Madrid y Andalucía.

- En Asturias⁶², se hizo a través del Decreto 27/1998, de 18 de junio, de ordenación de oficinas de farmacia y botiquines, norma que tuvo una vigencia muy limitada ya que fue sustituida en un plazo de tres años por el Decreto 72/2001, de 19 de julio.
- En Canarias mediante Decreto 258/1997, 16 octubre, se establecieron los criterios específicos de planificación y ordenación farmacéutica.
- Madrid mediante Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, reguló la planificación farmacéutica, los criterios de valoración de conocimientos académicos y experiencia profesional, los horarios y turnos de guardia y el procedimiento en materia de autorizaciones de oficinas de farmacia
- Por último, Andalucía lo hizo mediante Decreto 353/2003, de 16 de diciembre⁶³, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia

1.2.2.3 Recapitulación

Como hemos puesto de manifiesto a lo largo del capítulo, en virtud de lo establecido en la Constitución Española en cuanto al ámbito competencial que abordamos, cabe distinguir entre el referido a "ordenación farmacéutica" y el relativo a la legislación "sobre productos farmacéuticos" a los efectos de considerar conforme al art. 149.1.16ª CE como dos títulos competenciales separados el de "sanidad" y de "ordenación farmacéutica", tal como ha asentado

⁶² Comentarios al Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Capítulo II Las competencias <http://constitucion.rediris.es/observaut/Paginas/ESTATUTO/II-COMPETENCIAS.pdf>

⁶³ Este Decreto fue declarado nulo de pleno derecho por sentencia núm. 553, de 25 de noviembre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

la doctrina del TC (Sentencias 32/1983, de 28 de abril; 71/1982, de 30 de noviembre) y el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de abril de 1989, 10 de mayo de 1989; 12 de marzo de 1990; 20 de septiembre 1995).

En ese sentido, el concepto de la "ordenación farmacéutica" debe entenderse englobada en la más extensa competencia de "sanidad e higiene". Esa integración en el ámbito propio de la sanidad, conlleva que el régimen de reparto competencial sea el de bases/desarrollo normativo.

La configuración del vigente modelo de ordenación farmacéutica en España se ha ido plasmando a través de las diversas normas que se han ido promulgando en esta materia, tanto en el ámbito estatal como autonómico y ha sido precisado por la doctrina y jurisprudencia.

Es evidente que el establecimiento de unas bases estatales asegura un común denominador en la regulación de todas ellas en especial en lo referente al establecimiento de oficinas de farmacia, objeto central de estudio de este trabajo; pero desde mi punto de vista tampoco puede obviarse que en todos aquellos aspectos en los que las Comunidades Autónomas tienen un mayor margen de maniobra (como pueden ser los baremos) es donde están surgiendo las más llamativas diferencias, como así ha ocurrido.

Por tanto, este hecho unido a la culminación en 2007 del proceso de regulación por parte de las Comunidades Autónomas puede decirse que sigue siendo una muestra más de que todo lo relativo a la ordenación farmacéutica sigue siendo una materia de suma actualidad.

2. CAPÍTULO II: RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA EN ESPAÑA.

2.1 INTRODUCCIÓN

A lo largo de este capítulo pretendo profundizar en mayor medida en el objeto de estudio que ocupa este trabajo, por este motivo entiendo que resulta imprescindible describir el régimen normativo de la farmacia en nuestro país a través de su evolución legislativa y reglamentaria prestando máxima atención a aquellos aspectos más relevantes relacionados con el establecimiento de nuevas oficinas de farmacias.

Dicha evolución legislativa, como ha puesto de manifiesto Petitbó⁶⁴, es una calca de la legislación que en su día se fue elaborando en relación con los estancos.

En ese sentido, se abordan de forma detallada aquellos elementos que se configuran como necesarios o están íntimamente relacionados con la planificación farmacéutica. Es decir, módulos de población, régimen de distancias, concursos, etc. Desde mi punto de vista podría denominarse este conjunto de requisitos a cumplir como los de la fase previa a la autorización de oficina de farmacia; de ahí que no se analicen aquellos que se dan una vez adjudicada la farmacia (por ejemplo, los referidos a horarios, locales, etc.).

No obstante, el análisis de todo ello se realiza teniendo en cuenta que el modelo español de oficinas de farmacia ha sido y es reiteradamente cuestionado en cuanto a sus elementos básicos como se pondrá de manifiesto en los siguientes capítulos de este trabajo; de ahí que se preste especial atención no sólo a los elementos que abarcan las cuestiones relativas a la

⁶⁴ Petitbó Juan, Amadeo. La planificación farmacéutica. Revista Derecho y Salud, 1997, volumen 5

planificación farmacéutica sino también a los que se ha extendido el debate existente entorno a nuestro modelo.

2.2 INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

2.2.1 INTRODUCCIÓN

Alejandro Nieto⁶⁵ señaló que “no es un azar que durante siglos haya existido y exista una fuerte intervención administrativa sobre farmacias y boticarios. Un estado liberal puede abstenerse de intervenir y controlar el comercio de mercaderías ordinarias, nunca dejará de hacerlo en las farmacias ya que la salud pública está en juego. El producto farmacéutico es tan importante como la actividad del médico: es su complemento. La existencia del uno sin la otra es inimaginable. Y por lo mismo que el ejercicio de la medicina ha estado, y estará siempre, estrechamente controlado por la administración también ha de estarlo la farmacéutica” y por ello, la administración pública no puede abstenerse de intervenir.

El sector farmacéutico, en su condición de elemento integrante del sistema de protección de la salud pública, ha sido objeto de intervención administrativa en España de forma relevante, formalizada y estable desde mediados del siglo XX.

El derecho farmacéutico español ha optado por un determinado modelo de intervención administrativa en materia de ordenación de oficinas de farmacia, caracterizado por el establecimiento de determinadas limitaciones y requisitos que serán necesarias cumplir para obtener la autorización administrativa que habilite al titular a llevar a cabo la apertura de la oficina de farmacia.

⁶⁵ Nieto García, A. “La Ley alemana de farmacias”. Op cit. pág 361

Se trata de un modelo que tiene su base en una limitación de la libertad de establecimiento de las farmacias, con el objeto de controlar, ordenar, orientar, y en cierta medida planificar sobre el territorio la apertura y las modificaciones de estos establecimientos⁶⁶.

Como se ha visto a la hora de analizar el régimen de distribución de competencias en materia de ordenación farmacéutica, aunque la Constitución Española no hace referencia a este concepto sí que existen títulos competenciales relacionados con el mismo.

Y también hemos resaltado que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que la regulación de la autorización de nuevas oficinas de farmacia y de su transmisión se inscribe en materia "sanidad", y que es el Estado el que tiene competencia ex art. 149.1.16 CE para establecer las bases y coordinación de la sanidad, y en concreto, para la determinación, con carácter general, de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos estructuras y organización de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios, en los que están incluidas las oficinas de farmacia. La autorización administrativa exigible para la apertura de nuevas oficinas de farmacia constituye un requisito de funcionamiento y organización de un establecimiento sanitario, cuyo alcance y contenido debe ser examinado de acuerdo con la distribución de competencias en materia de sanidad (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3), y lo mismo cabe concluir respecto de la transmisibilidad de la oficina de farmacia (STC 109/2003, de 5 de julio, FJ 8). Esta competencia estatal es básica, en cuanto se trata de establecer características comunes, que "tienen la consideración de mínimos a desarrollar

⁶⁶ Fernández González, Francisco. J. "La Planificación farmacéutica" Revista Derecho y Salud 1998 vol 6 nº2 pág 92-119

por las Comunidades Autónomas que posean competencias en materia sanitaria” (STC 80/1984, de 20 de julio, FJ 1)”.⁶⁷

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencias 28 de septiembre de 1983, 30 de septiembre de 1986, y 30 de junio de 1995, ha señalado que de la condición de la oficina de farmacia como servicio público impropio o, si se quiere, una actividad privada de interés público, deriva la prevalencia del interés público en la organización del servicio farmacéutico sobre los intereses de los profesionales que los prestan, su planificación y las limitaciones en cuanto al establecimiento y régimen de monopolio o, al menos, de exclusiva en la dispensación de medicamentos, que configuran el peculiar status de las oficinas de farmacia. Estos caracteres justifican la intervención administrativa dirigida por razón de la planificación a limitar el número de establecimientos y la técnica autorizatoria para acceder a la titularidad.

Asimismo, las STS de 29 de septiembre de 1987 y 31 de octubre de 1988; entre otras, han precisado que la reglamentación de la actividad farmacéutica, y de la que las limitaciones en orden a la apertura de farmacias constituye un aspecto muy relevante, no responde al propósito de proteger a una clase profesional determinada reduciendo el número de posibles competidores, sino al de conseguir una adecuada distribución en el territorio nacional de oficinas de farmacia que prestan una actividad de interés público.

El ejercicio de la profesión de farmacéutico en la oficina de farmacia no ha sido una mera actuación empresarial o profesional sino un servicio público sanitario que siempre necesita autorización. No se trata del ejercicio de un servicio público prestado por la administración, sino del ejercicio de una actividad que requiere la obtención de una actuación administrativa habilitante como lo es la autorización oportuna (STS de 7 de mayo de 1992). Además, el farmacéutico titular de una autorización de apertura de farmacia no sólo no es un

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2014, de 6 de noviembre de 2014

funcionario, sino que tampoco ejerce potestades públicas. No cabe, por ejemplo, equipararlo a un notario que sí las ejerce⁶⁸.

2.2.2 MODELOS DE ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA

2.2.2.1 Las Ordenanzas de Farmacia de 1860: un modelo sin restricciones

Martín Retortillo⁶⁹ destaca que ha sido siempre manifiesto el cuidado constante, por parte del Estado, para la protección de la salud pública. En ese sentido repasa cómo las Ordenanzas de los Reyes Católicos para médicos y boticarios de finales del siglo XV ya reglamentaban una verdadera función de policía sanitaria en el ámbito que nos ocupa "Alcaldes y Examinadores mayores miren y caten las tiendas e boticas de Boticarios y Especieros".

Señala que más tarde, Felipe II regula minuciosamente, mediante pragmática, el ejercicio de tal profesión: pues «los dichos Boticarios no sean drogueros», y por la misma Orden "que los Médicos y Cirujanos» sean sometidos a pruebas tras acreditar «que han practicado cuatro años cumplidos con Boticarios examinados», iniciándose como primer paso de una evolución que continuará, una verdadera actividad administrativa cuya regulación cristalizará definitivamente, culminando, en el espléndido cuerpo normativo que representan las Ordenanzas de Farmacia de Carlos IV, promulgadas en Aranjuez el 8 de enero de 1804. Existe, en el modo en que en ellas se reglamenta, la acción administrativa para la inspección y visita de las farmacias, el carácter de verdadera gestión policial sanitaria en su más genuino sentido.

⁶⁸ González Pérez, J. "El futuro de la oficina de farmacia". Revista Derecho y Salud 1997, vol. 5 nº2

⁶⁹ Martín-Retortillo Barquer, S. "La acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias". Revista de administración pública nº24. 1957. Págs 129 y sg.

Como este autor también pone de manifiesto, se establece y se articula una fiscalización administrativa innegable; sin embargo, en los orígenes de esta intervención se realiza a posteriori⁷⁰, es decir, durante el ejercicio profesional. Más tarde, aumentando en intensidad tal fiscalización, aparece también un control preventivo que se concretará en la exigencia de autorización previa que permita el ejercicio de tal profesión en un establecimiento abierto al público.

Este nuevo criterio queda apuntado ya en el art. 81 de la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y se desarrolla plenamente en las Ordenanzas de 18 de abril de 1860. Tales Ordenanzas sustituyen a las de Carlos IV hasta entonces en vigor, siguiéndolas, sin embargo, en sus líneas generales. Ellas van a establecer taxativamente el requisito de la autorización previa.

Es decir, la Ley de Sanidad de 1855, en su art. 81 había establecido ya la necesidad de obtener autorización administrativa para el establecimiento de farmacias abiertas al público, y las Ordenanzas de 1860 también lo hacían, estableciendo de forma meticulosa y detallada los requisitos para el ejercicio de la profesión farmacéutica.

⁷⁰ Podría verse en esta actuación un precedente a la actual comunicación previa, cuya característica es la falta de intervención administrativa previa al inicio de la actividad; concluyendo el procedimiento administrativo en una mera comunicación de datos. La recién publicada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala en su artículo 69.2 "A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho", señalando en su apartado 3 que "Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas".

Sobre la misma, vid entre otros, Fernández Torres, J.R., "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", *Los retos de la Directiva de Servicios*, Revista Catalana de Dret públic nº 42, 2011 págs 85-114, Rodríguez Font, M "Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local", *Anuario del Gobierno Local*, 2009, págs. 261 y sgs. Lozano Cutanda, B, "Ley Ómnibus: Silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa"; La Ley núm. 7339, 2010; Bauzá Martorell, F. "Declaración responsable y comunicación previa: consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus"; La Ley 7419, 2010 o Laguna de Paz, J.C. "Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en Rivero Ortega R. "Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León", en <http://www.cescyl.es/pdf/coleccionestudios/ce13servi.pdf>.

La intervención administrativa en esa época, en la fase previa al ejercicio profesional, consistía por tanto, en la comprobación de los requisitos exigidos en las Ordenanzas para la obtención de la autorización de apertura, por lo que se trata de una autorización de carácter claramente reglado.⁷¹

Por tanto, desde 1.860, año en que se aprobaron las Ordenanzas de la Farmacia, y hasta casi mediados del siglo XX, el modelo español de ordenación farmacéutica se basaba en el principio de libre concurrencia mediante el cual la apertura de oficinas de farmacia se realizaba sin ningún tipo de limitación; es decir, no se establecía restricción alguna en cuanto al número de boticas que podían abrirse. Pero no puede decirse que esa autorización administrativa previa a la apertura de la farmacia suponga poner fin a la libertad para el establecimiento de nuevas farmacias puesto que la autorización se otorgará siempre que se cumpla lo dispuesto en dichas Ordenanzas.

La autorización de este modo, era requisito para la apertura de la farmacia que permitía a la administración realizar un labor de control y policía pasando así la autorización a ser la manifestación más clara y contundente de la intervención administrativa en el sector farmacéutico. De este modo, la Administración realiza una tarea de fiscalización en dos momentos: al requerir una autorización para el establecimiento de una botica pública que no quiebra la libertad de establecimiento de nuevas farmacias, y, posteriormente, durante la gestión profesional del farmacéutico. Esta doble actividad interventora que se lleva a cabo en un sistema que no establece limitación alguna por lo que al número de farmacias se refiere, respetando así la libertad de establecimiento de los farmacéuticos.⁷²

⁷¹ Cueto Pérez, M. "Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica". Op cit pág 49

⁷² Fernández González, Francisco J. "La planificación farmacéutica". Op cit 65

Concretamente, para abrir una botica se debía realizar una solicitud al alcalde, en la que constaba el plano del local y la lista de medicamentos y aparatos obligatorios según el Petitorio. El alcalde enviaba el expediente al subdelegado y si la visita de inspección era favorable, se autorizaba la apertura, sin limitaciones de población y distancia, aunque muchos boticarios hacía tiempo que consideraban excesivo el número de boticas y pedían su limitación (todo ello, con el fin de conservar el mercado, a sus clientes; en definitiva como protección de los intereses de los usuarios) El subdelegado concedía la apertura y el alcalde libraba el certificado de la visita. El farmacéutico estaba obligado a vivir en el mismo inmueble donde estuviese instalada la farmacia y debía dirigir todas las operaciones que se realizaban en el laboratorio de la botica y despachar personalmente o bajo su responsabilidad los medicamentos. Sólo podía ser propietario de una farmacia y el ejercicio con botica abierta al público era incompatible con el ejercicio de la medicina y de la cirugía. No podía instalarse en un pueblo que tuviese un único médico o cirujano, si estaban ligados por lazos de consanguinidad en primer grado⁷³.

La sujeción a un régimen de *numerus apertus* suponía que éstas se concentraban en los lugares de mayor rentabilidad económica (alrededores de los mercados o en las calles principales de las poblaciones), pero por contra había amplias zonas alejadas de las zonas céntricas y comerciales donde no había oficina de farmacia, obligando a los pacientes a largos desplazamientos.

Estas Ordenanzas fueron completadas por otras normas durante los siglos XIX y XX que consolidaron la intervención de la administración en la materia como la Instrucción de Sanidad de 12 de febrero de 1904 que regula el procedimiento de autorización de apertura de farmacias o el Estatuto de Colegios farmacéuticos de 4 de octubre de 1934.

⁷³ Esteva de Sagrera, J. La Farmacia Española durante la Guerra de la Independencia. Mesa Redonda. Real Academia Nacional de Farmacia 2009. <http://www.analesranf.com/index.php/aranf/artide/viewFile/1024/995>

2.2.2.2 El punto de partida en la fijación de límites en el establecimiento de oficinas de farmacia: el Decreto de 24 de enero de 1941

En el año 1941 con la promulgación del Decreto de 24 de enero de 1941⁷⁴ se produjo un cambio significativo en el modelo de ordenación farmacéutica vigente hasta la fecha en lo que al establecimiento de oficinas de farmacia se refiere. Se implantaba, por primera vez en España, un modelo con limitaciones que regulaba el establecimiento de las mismas en función del número de habitantes y de distancias entre oficinas.

Como señala Rivero Isern⁷⁵, determinar el motivo o justificación del libre establecimiento a las referidas limitaciones no es fácil. Factores sociales, económicos, de control sanitario podrían converger en un cambio tan significativo.

En el preámbulo de dicha norma se ponía de manifiesto que la reglamentación del establecimiento de nuevas farmacias o la limitación de las mismas había venido solicitándose reiteradamente por parte de las entidades farmacéuticas. Además, se señalaba que "Es cierto que la libre concurrencia base de la industria y del, comercio del pasado siglo, atraviesa una crisis aguda, libertad que, si en algún tiempo produjo algún beneficio, hoy produce un notable encarecimiento de las mercancías y, a la par, no satisface las necesidades más elementales del profesional, planteando un grave problema social y otro de sentido moral que el Gobierno debe vigilar estimulando una mayor elevación en ese sentido moral de los profesionales farmacéuticos, de lo que se deducirá un gran beneficio para la salud pública".

Las limitaciones establecidas para el establecimiento de nuevas farmacias venían fijadas por los siguientes criterios:

⁷⁴ BOE de 6 de febrero de 1941

⁷⁵ Rivero Isern, J.L. "Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia" 1992, Trivium, pag. 9.

- *En los términos municipales de más de cien mil habitantes se autorizará únicamente cuando la distancia con las ya existentes no sea inferior a doscientos cincuenta metros, teniendo en cuenta los edificios habitables con excepción de los edificios Públicos, calles, paseos, jardines y otros espacios libres urbanos.*
- *En los términos municipales de cincuenta mil a cien mil habitantes, la distancia será de doscientos metros. En los términos municipales entre cinco mil y cincuenta mil habitantes, la distancia será de ciento cincuenta metros, aunque el cupo total de las establecidas exceda de una farmacia por cada cinco mil habitantes.*
- *En los demás términos municipales no se, autorizará el establecimiento de más farmacias que las que corresponda al número de plazas de Inspectores farmacéuticos municipales, con arreglo a la Clasificación de Partidos Farmacéuticos.*

Por tanto, éste fue el punto de partida para que la regulación de las limitaciones de establecimiento de oficinas de farmacia en nuestro país, y en particular lo relativo a módulos de población y distancias, se fuese consolidando paulatinamente como se resume a continuación.

En el año 1944 se dictó la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre⁷⁶, elevándose así a nivel legislativo el régimen de limitación en la libertad del establecimiento de las farmacias. Y posteriormente, con el Decreto

⁷⁶ La Base XVI de dicha Ley señalaba "Queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad. El traspaso o venta de oficinas de farmacias se efectuará en las condiciones que se determinen por la DG de Sanidad en el oportuno expediente. La DG de Sanidad determinará en el plazo de dos meses las condiciones de vente y traspaso de farmacias y en su adjudicación se reconocerá derecho preferente a los farmacéuticos que tuvieran el título con anterioridad al año 1941 y a aquellos que en dicho año hubieran aprobado alguna asignatura de la carrera".

de 31 de mayo de 1957⁷⁷ se configuraba la disposición básica que regulaba la medición de las distancias. También se dictan normas complementarias como las Órdenes ministeriales de 1 de agosto y 12 de diciembre de 1959, y el Decreto de 1 de diciembre de 1960, y la Orden de 23 de junio de 1961.

A finales de la década de los 70 se promulgaba el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril⁷⁸, que reguló el establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia.

En concreto, esta disposición normativa fija como criterio general que *“el número total de oficinas de farmacia para la dispensación al público de especialidades farmacéuticas en cada municipio no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes” (art. 3.1).*

Asimismo, se establecen excepciones a ese régimen general cuando concurren *“algunas de las circunstancias siguientes”*:

- *Cuando en su municipio el número de oficinas de farmacia existentes no se acomode, por exceso, a la proporción general establecida en el párrafo anterior, no obstante se podrá instalar una nueva oficina cuando las cifras de población del municipio de que se trate se hayan incrementado, al menos, en 5.000 habitantes. A estos efectos, se tomará como cifra inicial de referencia la del censo correspondiente al año en que se hubiere abierto al público la última oficina de farmacia.*

⁷⁷ En este Decreto se modifican tanto el módulo de población como las distancias entre las oficinas de farmacias no siendo inferior a: 225 metros, en los municipios de más de 100.000 habitantes; 175 metros, en los que la población esté comprendida entre 50.000 y 100.000 habitantes, y 150 metros, en los menores de 50.000 habitantes.

El módulo de población era de una farmacia por cada 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000. En esta norma aparece un régimen excepcional que es el 5.1.b que permite abrir farmacias en *“núcleos de población”* diferenciados y que tuvieran, al menos, 2000 habitantes. Esta es una cuestión muy importante ya que daría lugar posteriormente a la mayoría de las farmacias de costa existentes en España.

⁷⁸ BOE nº 106 de 4 de mayo de 1978

- *Cuando la que se pretenda instalar vaya a atender a un núcleo de población de, al menos, 2.000 habitantes.*
- *En los municipios que se originen por concentración y fusión de otros anteriores con censo resultante inferior a doce mil habitantes y que no formen un conjunto urbano único, se computarán únicamente los habitantes correspondientes al núcleo donde se encuentra establecida la oficina de farmacia y los que aquellos otros núcleos que disten de él 3 kilómetros, como máximo.*

Respecto al régimen de distancias éste "no será inferior a doscientos cincuenta metros" y deberá ser de 500 o más metros en el supuesto del art.3.1.b.

Se ha de tener en cuenta que los criterios fijados en el art.3.1 del citado Real Decreto, relativo a módulos de población, han marcado el devenir del modelo de ordenación farmacéutica vigente. En este sentido, la STS de 3 de mayo de 2000 establece en su fundamento jurídico primero que "Es notorio lo profuso de la doctrina jurisprudencial acerca del alcance e interpretación de los requisitos exigidos por el artículo 3.1.b), y es notorio también que la misma ha experimentado ciertas fluctuaciones, si bien no atinentes a puntos esenciales. En concreto, y en los últimos años, se ha declarado con reiteración que convierte en reiterada e inquebrantable la doctrina sentada en torno a la materia (Sentencias de 19 de septiembre y 17 de octubre de 1.997, 8 de marzo, 3 de mayo, 17 de julio, 11 y 25 de noviembre, 2 y 12 de diciembre de 1.998, 10 de febrero y 12 de mayo de 1.999 y 8 de marzo de 2.000, entre muchas más), que ni los principios de libertad de empresa, "pro apertura", igualdad y derecho a obtener una asistencia sanitaria eficaz, pueden suplantar por sí solos la necesidad de que concurren los tres requisitos esenciales exigidos por el artículo 3.1.b) para el otorgamiento de una farmacia, ni basta con un conjunto de residentes en un espacio territorial determinado, que se benefician de la mejor prestación de asistencia farmacéutica, para que se

pueda hablar de núcleo, requiriéndose ineludiblemente que la zona acotada goce de una cierta homogeneidad y sustantividad frente al casco urbano en el que se halle integrada, ya venga ésta determinada por accidentes naturales, ya por vías de acceso difícil o sometidas aun intenso y peligroso tráfico, que impliquen una dificultad de comunicación superior a la normal dificultad que no sería apreciable si dichas vías se hallasen dotadas de pasos señalizados o de señales semafóricas que eviten el que su cruce represente un auténtico peligro para el viandante. Así mismo se precisa que el núcleo no haya sido trazado de una manera artificial, obviando la inexistencia de auténticos elementos de sustantivización u homogeneización.

En definitiva se ha señalado que la jurisprudencia viene estimando que las normas restrictivas contenidas en el RD 909/1978 se debían interpretar en un sentido flexible y pro apertura, pero teniendo en cuenta que el juego de dichos principios no puede desvirtuar el sentido claro y terminante de las normas que pretenden evitar una excesiva proliferación de oficinas, funcionamiento del servicio y de la protección de la salud. Este Real Decreto fue desarrollado por la Ordenes Ministeriales de 20 y 21 de noviembre de 1979 y 17 de enero de 1.980⁷⁹.

2.2.2.2 Regulación a partir de la Constitución Española

2.2.2.2.1 Constitucionalidad del sistema de limitación del establecimiento de oficinas de farmacia

La aprobación de la Carta Magna supuso la duda sobre la constitucionalidad del sistema de limitación del establecimiento de oficinas de farmacia entonces vigente, como posiblemente opuesto a los principios de libre elección de oficio y de profesión (art. 35 CE), de libre elección de residencia en el territorio nacional (art. 19 CE) y de libertad de empresa (art.38 CE), derecho este último

⁷⁹ Orden de 17 de enero de 1980 sobre funciones y servicios de oficinas de farmacia BOE nº 22 de 1 de febrero de 1980

que está subordinado a las exigencias de interés general. En este sentido, fueron importantes las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1983 y la sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984.

La STS de 10 de mayo de 1983 dispuso que la Constitución en su Disposición derogatoria tercera no deroga la Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad de 1944 y que ésta incluso encuentra su respaldo en el artículo 36 de la CE al ser dicha Ley de Bases legal para el ejercicio de una profesión titulada como es la de farmacéutico.

Por su parte la Sentencia 83/1984 del TC que declara constitucional la base XVI, párrafo noveno, de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, en cuanto dispone que «queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia», pero en cuanto habilita al Gobierno para establecer libremente por vía reglamentaria esta regulación y limitación, es contraria a la Constitución.

En concreto, analiza tres cuestiones que se plantean en los escritos de alegaciones de las partes.

En primer lugar, si la limitación al establecimiento de farmacias, en general, implica una violación del artículo 14 de la Constitución española. En ese sentido el TC afirma que "La igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución puede ser entendida también, según reiteradamente hemos declarado, como igualdad en la Ley"... "No implica sin embargo este precepto, en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real...no impide que, en la práctica el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios. Configurado en la forma que hoy lo está el ejercicio de la actividad de dispensación al público de las especialidades farmacéuticas, ni puede entenderse que sea contrario al principio de igualdad ante la Ley subordinar

ese ejercicio a la posesión de un determinado título académico, ni afecta a tal principio el hecho de que los titulados que quieran ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla”.

En segundo lugar, se estudia si los derechos proclamados en los artículos 35.1 y 38 de la Constitución son susceptibles de ser limitados o regulados y, en caso afirmativo, ¿cuál debe ser el rango de la norma que opera la limitación o regulación?. Al respecto el alto tribunal señala que “Son numerosísimas las normas de nuestro Derecho que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesionales y oficios, imponiendo para ello multitud de requisitos diversos, entre los cuales se cuenta, por ejemplo, para determinadas profesiones y entre ellas las de farmacéutico, la posesión de un determinado título académico y/o la afiliación a un Colegio profesional.”

En cuanto a la segunda de las cuestiones resalta que “El derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el artículo 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 ó 38. No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (arts. 93 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales, en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello

no por exigencia de los artículos 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley.

Y por último, se cuestiona si la regulación legal a que se refiere el artículo 36 de la Constitución española puede entrañar una limitación al ejercicio de las profesiones tituladas.

En este sentido, se establece que es claro que la regulación de estas profesiones, en virtud de ese mandato legal, está expresamente reservada a la ley. También es claro, sin embargo, que dada la naturaleza del precepto, esta reserva específica es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el artículo 53.1 de la Constitución española y que, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, y que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente.

Una norma de habilitación como la cuestionada, en cuanto tiene de habilitación genérica, equivale a una deslegalización y, por tanto, viola la reserva de ley constitucionalmente establecida, y es contraria a la Constitución.

En consecuencia, y como resalta Fernández González⁸⁰ esta sentencia del Tribunal Constitucional supone un reconocimiento del actual sistema de instalación de farmacias, basado en la limitación de los establecimientos farmacéuticos.

⁸⁰Fernández González, F.J. "La planificación farmacéutica". Op cit 65. En este artículo recuerda que Rivero Isem J.L. mantiene la existencia de una clara incompatibilidad entre los principios constitucionales y el régimen de limitaciones. Vid. Rivero Isem, J.L. "Libertad de establecimiento de Oficinas de farmacia", op. cit. pág. 36. Por el contrario, otros autores han defendido el acomodo constitucional del sistema de limitaciones; como son Martínez Mico J.G. "Constitucionalidad del sistema de limitación en el establecimiento de Farmacias", en Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, nº 77, 1983, pág. 34. Asimismo, vid. Cerdá Olmedo M. "Derecho civil y Farmacia" op cit, págs 22 a 27.

2.2.2.2 Legislación estatal a partir de la CE

El régimen de limitación de oficinas de farmacia se consolida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad al considerar éstas, como se ha apuntado al inicio, como establecimientos sanitarios sometidos a planificación. En el art. 103 de dicha norma se recoge que corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de Sanidad. Y se establece que las oficinas de farmacia estarán sujetas a planificación sanitaria "en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacia".

Años después, la Ley 25/1990, del Medicamento a través del artículo 88, también encomendaba a las Administraciones Sanitarias la ordenación de las oficinas de farmacia, en orden a garantizar la debida asistencia farmacéutica, de manera que las oficinas de farmacia venían obligadas a dispensar los medicamentos que se les demandasen tanto por los particulares como por el SNS; y a partir de un determinado volumen se establecería reglamentariamente la necesidad de farmacéuticos adicionales.

Fernández González⁸¹ considera, por lo tanto, que "del artículo 88.1 de la Ley del Medicamento se deriva la atribución de potestades de regulación, reglamentación y planificación de la actividad farmacéutica en favor de las Administraciones con competencia en materia de ordenación farmacéutica. Estas potestades legitiman a estas Administraciones para llevar a cabo una planificación en la que se recojan límites al establecimiento de Oficinas de Farmacia, que pueden referirse tanto a aspectos subjetivos (como el relativo a la exigencia de la presencia y actuación profesional del farmacéutico para la dispensación al público de medicamentos), como a aspectos objetivos (tales como las condiciones del local en el que ha de instalarse la Oficina de Farmacia, la proporción entre habitantes y farmacias, y las distancias entre

⁸¹ Fernández González, Francisco Javier. "La planificación farmacéutica" op cit 65

éstas), que son, los límites y requisitos básicos para obtener la autorización de apertura de nuevas Oficinas de Farmacia”.

Puede entenderse que esta Ley: a) permite establecer limitaciones al libre establecimiento de oficinas de farmacia; b) en dicha ordenación hay que tener en cuenta la planificación general de las oficinas de farmacia con la finalidad de garantizar una adecuada asistencia farmacéutica; c) al otorgar competencias al Gobierno para establecer, con carácter básico, las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios suficientes para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, el art. 88 de la Ley del Medicamento va a legitimar al Gobierno para llevar a cabo una reglamentación de esta actividad en la que se incluyan unos requisitos materiales que permitan garantizar una adecuada prestación del servicio farmacéutico y que puede suponer una limitación a la libertad del establecimiento de oficinas de farmacia.

Sin embargo, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, contiene unos principios generales de ordenación farmacéutica pero no una regulación completa de la misma, por lo que tal materia siguió rigiéndose por normas reglamentarias preconstitucionales como es el RD 909/1978.

Con posterioridad, se promulgaba el Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico de la población, pretendía proceder a la flexibilización de oficinas de farmacia, procurando garantizar al propio tiempo la asistencia farmacéutica a la población. En esta norma, los criterios básicos para establecer la planificación farmacéutica también serán los módulos poblacionales y las distancias entre oficinas de farmacia. Para su fijación se tendrá en cuenta la densidad de población, características geográficas, dispersión y necesidades sanitarias del territorio⁸².

⁸² Se amplían los límites vigentes hasta ese momento en materia de apertura de nuevas oficinas de farmacia en zonas urbanas, mediante la generalización de la planificación farmacéutica del territorio, que realizarán las Comunidades Autónomas tomando como referencia las unidades básicas de atención primaria, y la fijación de nuevos módulos poblacionales máximos, que se prevén en 2.800 habitantes por oficina de farmacia, no obstante la posibilidad de ampliación hasta 4.000 habitantes, según establezca la

Consecuencia del RD-Ley 11/1996 fue la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia que vino a mantener el carácter básico de los criterios que deben de presidir la planificación farmacéutica que se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria, la ordenación de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacias, la regulación de la transmisión de las mismas, ratificándose el criterio tradicional de nuestra legislación de que únicamente pueda realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos, presencia del farmacéutico en la dispensación y la flexibilización del régimen de jornada y horario de apertura de oficinas de farmacia. Se recoge una constante remisión para que las CC.AA establezcan entre otras cuestiones, los criterios específicos de planificación farmacéutica, los módulos de población que difieran de los fijados en la propia Ley, la regulación de los distintos procedimientos de autorizaciones administrativas referentes a la apertura y transmisión de las oficinas de farmacia.

Por último, cabe hacer alusión a la última de las normas estatales que hace referencia a las oficinas de farmacia. Se trata de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en cuyo artículo 84 regula las oficinas de farmacia, respaldando ese modelo sujeto a planificación sanitaria.

En definitiva con este repaso a la normativa española se pone de manifiesto la configuración del actual modelo de ordenación farmacéutica en nuestro país y en especial a la planificación y apertura de nuevas oficinas de farmacia; modelo que se ha ido perfilando a lo largo de este último siglo y que pervive en la actualidad.

regulación autonómica en cada caso. En todo caso, y una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes.

Como a continuación se pone de relieve esa planificación es el pilar angular de las normas estatales y autonómicas.

2.3 PLANIFICACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

2.3.1 INTRODUCCIÓN

El concepto de planificación utilizado por el texto constitucional reaparece en el art. 103.3 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, en donde se afirma que "Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacia". El nº 2 de dicho art. remite al Título IV de la misma ley en donde figuran dos artículos relacionados con la planificación: el art. 88 en el que "se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido en los art. 3 y 36 de la Constitución Española" y el art. 89 por el que "se reconoce la libertad de empresa⁸³ en el sector sanitario, conforme al art. 38 de la Constitución Española".

Respecto a la previsión planificadora de la Ley General de Sanidad, Razquin Lizarraga⁸⁴ señala que no introduce realmente novedad en la regulación limitativa del establecimiento de oficinas de farmacia, que sólo se pretende racionalizar sin alterar el anterior sistema de prohibición, removible mediante la autorización, y no de libertad. Tal cuestión, la derogación del sistema de limitación por la Ley General de Sanidad, ha sido suscitada ante los Tribunales y rechazada por éstos; así la STS de 11 de noviembre de 1995 declara que: "Es

⁸³ Pese a las declaraciones genéricas de los artículos 88 y 89 de la Ley General de Sanidad, si alguna profesión no puede invocar la libertad de empresa es precisamente la de los farmacéuticos con farmacia abierta al público, dado el rígido control legal sobre la apertura de nuevas oficinas, por lo que esa libertad sólo puede ser entendida en los términos en que está regulada legalmente, y desde luego no parcelada para reconocerla sin restricciones a los titulares ya establecidos, al tiempo que se niega a los nuevos aspirantes. (STS 10 marzo 2010)

⁸⁴ Razquin Lizarraga, José Antonio "La Competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica". Revista jurídica de Navarra nº20, 1995

cierto que la Ley 14/1986, de 25 de abril, afecta al sistema legal de limitación que la Ley de 1944 introdujo en nuestro Derecho pero no lo deroga, porque no sustituye el régimen de intervención por otro de libertad sino que en su artículo 103 apartados 2 y 3, mantiene las oficinas de farmacia -a las que considera como establecimientos sanitarios a efectos del régimen que establece el Título IV de la Ley- sujetas a planificación conforme a una legislación futura de medicamentos y farmacias a la que la propia Ley remite. Que la sustitución del régimen legal de limitación existente desde 1944 por otro de planificación no implicó derogación de la Base XVI de la Ley de 1944. lo confirma -junto a constante y conocida jurisprudencia de esta Sala de cita innecesaria, que así lo ha venido declarando- la disposición derogatoria de la Ley 251J 990, de 20 de diciembre, del medicamento, que sí deroga en forma expresa la referida Base XVI".

Por su parte, la Exposición de motivos de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia también se refirió a la cuestión planificadora al establecer que *"la regulación de las oficinas de farmacia fue anunciada, aunque no desarrollada, en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, en cuyo artículo 103.3 se emplazó su planificación a la futura legislación especial de medicamentos y farmacias. A su vez, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, abundó en la materia con el establecimiento de algunos principios sobre la ordenación de las farmacias, complementando la Ley General de Sanidad, aunque sin afectar apenas a la compleja situación jurídico-administrativa de estos establecimientos"*. Hasta la promulgación de dicha ley se podría considerar que con las dos leyes citadas había una normativa básica del Estado en esta materia y que por tanto serían las CCAA las que establecieran el modelo de ordenación farmacéutica para su territorio.

Pero si alguna referencia es destacable en la Ley 16/1997 es la relativa a situar la ordenación de las oficinas de farmacia como una de las cuestiones pendientes de reforma en la sanidad española. Y lo es porque transcurridos

años de vigencia de esta norma, esta reforma a la que se aludía no se ha llevado a cabo y por tanto, puede decirse que esta materia sigue siendo una cuestión a abordar.

2.3.2 CRITERIOS DE PLANIFICACIÓN EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

El artículo 2 de la Ley 16/1997 está dedicado a la ordenación farmacéutica y en él se fijan cuales son los criterios que deben regir en esta cuestión.

- Las Comunidades Autónomas son las competentes para establecer criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia. (art. 2.1)
- Esa planificación se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas. (art. 2.2)
- La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio. (art. 2.3)
- La ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia, que determinarán las Comunidades Autónomas, conforme a los criterios generales antes señalados. En todo caso, las normas de ordenación territorial deberán garantizar la adecuada atención farmacéutica a toda la población. (art. 2.4)

- El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán establecer módulos de población superiores, con un límite de 4.000 habitantes por oficina de farmacia. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes. (art. 2.5)
- El cómputo de habitantes en las zonas farmacéuticas, así como los criterios de medición de distancias entre estos establecimientos, se regularán por las Comunidades Autónomas.
- El cómputo de habitantes se efectuará en base al Padrón Municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores que, en razón de las diferentes circunstancias demográficas, se introduzcan por las Comunidades Autónomas.

De los siete apartados que contiene dicho precepto, sólo los apartados 1, 2 y 5 constituyen legislación básica del Estado, de conformidad con la Disposición final primera de la citada ley.

Pero la pregunta que debemos hacernos es ¿cuál es el alcance de estos criterios en el ámbito que nos ocupa?. Desde mi punto de vista para hacer este análisis resulta imprescindible remitirnos al pronunciamiento contenido en el auto de 24 de febrero de 2004⁸⁵ del Tribunal Constitucional al resolver la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de Navarra en relación con determinados artículos de la Ley foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

En primer lugar, en el mismo se hace una referencia explícita al contenido de las normas básicas, recordando que "*las normas básicas, para ser reputadas*

⁸⁵ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=7120>

como tales, deben cumplir unos requisitos materiales y formales...El ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material (STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6, con cita de las SSTC 1/1982 , 48/1988, 147/1991 y 197/1996). En cuanto a la perspectiva formal de la normativa básica, que habremos de tener en cuenta también, debemos recordar nuestra doctrina, según la cual se deben satisfacer determinados requisitos con el fin de que "el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura". De manera que a esta perspectiva formal "atiende el principio de ley formal ... en razón a que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará ... una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas. También precisamos que como excepción a dicho principio de ley formal...el Gobierno puede hacer uso de la potestad reglamentaria, para regular por Decreto alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases" (STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 7, con cita de la STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5).

En segundo, y ya en relación al ámbito que nos ocupa, el TC señala en cuanto a los criterios básicos lo siguiente:

a) La regulación contenida en el apartado 1 del art. 2 "satisface las exigencias materiales de la normativa básica, pues la correspondencia entre planificación sanitaria y planificación farmacéutica con su consiguiente proyección sobre las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas

constituye una orientación unitaria para todo el territorio nacional dotada de estabilidad y se orienta, efectivamente, a la mejor protección de la salud”.

b) Las prescripciones del apartado 2 del art. 2 “responden a los caracteres materiales de lo básico aludidos, pues constituyen enunciados generales que dotan de unidad en todo el territorio nacional a las planificaciones farmacéuticas que realicen las Comunidades Autónomas”.

c) Por último, la atribución a las Comunidades Autónomas establecida en el apartado 5 del art. 2 para la regulación del cómputo de los habitantes en las zonas farmacéuticas y de distancias entre establecimientos, en cuanto que deberá llevarse a efecto de acuerdo con los principios básicos, participa de igual naturaleza.

Y en este sentido recapitula que “los apartados 1, 2 y 5 del art. 2 de la Ley 16/1997 contienen tres orientaciones básicas:

- La primera, que la planificación farmacéutica que corresponde realizar a las Comunidades Autónomas se adecue a la planificación sanitaria existente, en concreto, al marco constituido por las unidades sanitarias de atención primaria.
- La segunda, que la planificación farmacéutica tenga en cuenta la densidad demográfica, las características geográficas del territorio y la disposición de la población.
- Y, por último, que la adecuación territorial de los establecimiento farmacéuticos se efectúe por módulos de población y distancias entre oficinas.

En tercer lugar, también se refiere el auto a los preceptos no básicos comprendidos en los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la Ley 16/1997 Así el TC recuerda que los módulos de población y distancias no tienen carácter de normativa básica, «su cometido es meramente instrumental, y sólo sirven

como mera referencia para que las comunidades autónomas establezcan sus propios módulos de población y distancias» con tal de garantizar la prestación farmacéutica.

Por otro lado, sobre estos criterios también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, a título de ejemplo lo hizo la STS de 24 de mayo de 2006 señalando que “Estos criterios básicos constituyen la clave de esa ordenación y planificación, de modo, que si los mismos se respetan por las normas de desarrollo que dicten las Comunidades Autónomas, éstas, dentro de esos límites, disponen con libertad, no exenta del control de legalidad que corresponde a esta Jurisdicción en relación con el ejercicio de cualquier potestad discrecional de las que son titulares las Administraciones Públicas, de poderes suficientes para organizar sus servicios, y, en este caso concreto, la Comunidad de Madrid para ordenar y planificar el servicio farmacéutico que se debe prestar a los ciudadanos”.

El art. 2.1 de la Ley 16/1997, en su párrafo segundo, permite que tomando en consideración otros criterios como los que describe el núm. 2 del mismo artículo 2 de la Ley, como son la densidad demográfica, las características geográficas y la dispersión de la población, se establezca una planificación de oficinas de farmacia que garantice a los ciudadanos la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio. Para ello, además, la ordenación territorial de estos establecimientos se efectuará por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia que determinarán las Comunidades Autónomas, con respeto a los criterios generales que señala la Ley y garantizando, en todo caso, la adecuada atención farmacéutica a la población”.

2.3.3 ASPECTOS GENERALES DE LA PLANIFICACIÓN

De lo indicado y tal y como se ha apuntado anteriormente, se desprende que la planificación farmacéutica es competencia de las CCAA en sus respectivos

territorios, pues a ellas compete garantizar la accesibilidad y calidad del servicio⁸⁶.

Las diversas legislaciones autonómicas han ido estableciendo en su ámbito territorial los criterios de planificación de farmacias, en función de módulos geográficos, poblacionales y distancias teniendo en cuenta, de forma específica, las distintas características propias de cada territorio. Pero además, la planificación presenta la dificultad de que junto con los elementos territoriales deben de tenerse en consideración otros factores como pueden ser los aspectos epidemiológicos, necesidades de asistencia sanitaria, etc.

Con carácter general, la planificación farmacéutica se organiza en zonas farmacéuticas que normalmente coinciden con las zonas básicas de salud.

En cuanto a los elementos de planificación, en la mayoría de los casos lo es el municipio y las entidades locales menores (En Canarias, Cataluña, Murcia, Castilla y León, Aragón, Madrid, Principado de Asturias y Navarra); en otros como Extremadura y Castilla-La Mancha, el elemento son los núcleos de población definidos como "conjuntos independientes y aislados de al menos 10 edificaciones formando calles o plaza".

Por otra parte, también cabe destacar que de acuerdo con las condiciones geográficas y demográficas las Comunidades Autónomas. han establecido diferentes clases de zonas como son: urbanas, semiurbanas, rurales, de montaña, turísticas, de influencia, etc.

Pero ¿dónde se plasma esa planificación?. Las CCAA han elaborado su propio mapa farmacéutico⁸⁷. En él se reflejan las distintas zonas farmacéuticas, con indicación en cada una de ellas de los municipios y la población que atienden.

⁸⁶González Bueno, A. "Manual de legislación farmacéutica". Doce Calles. 1999, Pag 583.

⁸⁷ Entre ellos, Orden de 27 de febrero de 2008 de la Consejería de Sanidad, del mapa farmacéutico de Castilla-La Mancha (DOCM de 14 de marzo de 2008)

En la mayoría de los casos, se toma como referencia el mapa sanitario de la Comunidades Autónomas.

Sin embargo, son los módulos de población y las distancias los dos criterios básicos en la planificación española. El establecimiento de dichos requisitos es también una de las cuestiones más debatidas y como se verá en los siguientes capítulos la jurisprudencia ha sido la que ha ido estableciendo los parámetros básicos sobre los que se sustenta. Requisitos que por parte de determinados colectivos se ponen en entredicho en el marco de los criterios competenciales.

2.3.4 LOS MÓDULOS DE POBLACIÓN

2.3.4.1 Análisis de las legislaciones autonómicas

Uno de los elementos clave a la hora de establecer la planificación farmacéutica son los módulos de población, que en función de cada CCAA se han establecido en todo caso, respetando el mínimo marcado por la legislación estatal.

Centrándonos en la normativa que rige en cada CCAA, es evidente que a la hora de fijar los módulos de población que permiten la apertura de una nueva oficina de farmacia, las CCAA han tenido en cuenta las características propias de cada una de ellas, condicionando de ese modo cuales eran los más adecuados.

En el cuadro resumen que a continuación se detalla, se especifica el módulo de población fijado en las legislaciones de cada una de las CCAA.

Baleares	<p>Con carácter general 2.800 habitantes por farmacia.</p> <p>En núcleos de población con número de habitantes igual o superior a 750 habitantes, en Zonas Turísticas, se puede autorizar Farmacia si existe distancia igual o superior a 1.000 metros con la farmacia más próxima.</p>
Madrid	<p>Urbanas: 2.800 habitantes por Farmacia.</p> <p>Rurales: 2.000 habitantes por Farmacia.</p>
Aragón	<p>Urbanas: 2.600 habitantes por Farmacia.</p> <p>No urbanas: Una farmacia por 2000 habitantes.</p>
Galicia	<p>Urbanas: 2.800 habitantes empadronados por farmacia. Semiurbanas: 2.500 habitantes por farmacia; y rurales: 2.000 habitantes por Farmacia.</p> <p>Una vez alcanzadas dichas proporciones, la siguiente oficina de farmacia se establece en cualquiera de las tres zonas cuando se alcanzan 1.500 habitantes.</p>
Castilla y León	<p>Urbanas: 2.500 habitantes por Farmacia. Una nueva Farmacia por cada fracción superior a 1.500 habitantes.</p> <p>Semiurbanas: 2.000 habitantes por farmacia, pudiendo autorizarse farmacia por fracción superior a 1.500 habitantes.</p> <p>Rurales: 1.800 habitantes por Farmacia pudiendo abrirse nueva Farmacia por fracción superior a 1.500 habitantes.</p> <p>La Junta de Castilla y León podrá acordar justificadamente la declaración de determinadas Zonas como especiales</p>
Cantabria	<p>En todos los municipios podrá autorizarse una farmacia.</p> <p>El número de oficinas de farmacia será como máximo de una por cada 2.800 habitantes, pudiendo abrirse otra si se alcanza con el resto de la población una cifra igual o superior a 2.000 habitantes.</p>
Asturias	<p>Con carácter general, el número de oficinas de farmacia será de una por cada 2.500 habitantes de la zona farmacéutica correspondiente. Una vez superada esta proporción, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia si se alcanza con el resto de la población una cifra igual o superior a 2.000 habitantes.</p>
Canarias	<p>El Módulo de población general: 2.800 habitantes.</p> <p>En núcleos residenciales aislados o turísticos: 1.500 habitantes o 2.500 plazas alojativas.</p>
Andalucía	<p>El módulo de población mínimo será de 2.800 habitantes por establecimiento. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a dos mil habitantes.</p> <p>Se podrá autorizar la existencia de, al menos, una oficina de farmacia en cada una de las siguientes zonas: unidad territorial farmacéutica; municipio; ELA o EATIM, núcleos poblacionales aislados que tengan como mínimo mil habitantes; en aeropuertos y otros centros de tráfico de viajeros o mercancías donde por necesidades de la propia actividad se obligue a enlaces o pernoctas; en aquellas unidades territoriales farmacéuticas en las que no esté garantizado el acceso a los medicamentos y productos sanitarios de tenencia mínima obligatoria.</p> <p>Por la existencia de excepcionales circunstancias que impidieran la accesibilidad o la distribución uniforme de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la instalación y funcionamiento de una nueva oficina de farmacia. Además, se podrán definir zonas especiales en las que en función de incrementos estacionales de población.</p>

Del análisis del mismo se pueden destacar, entre otros aspectos:

- a) Como norma general, el ratio fijado por las CCAA en cuanto a cómputo poblacional para la instalación de nuevas oficinas de farmacia viene definido por la tipología de zonas, que en el caso de las urbanas se sitúa en los 2.800 habitantes.
- b) Es Cataluña la que incrementa ese ratio al establecer como en cuanto a sus módulos de población el de 1 oficina de farmacia por cada 4.000 habitantes por área.
- c) Las regulaciones autonómicas han establecido también excepciones a la regla general, atendiendo a otras circunstancias lo que condiciona el módulo de población establecido.

2.3.4.2 Especial referencia a la Comunidad Foral de Navarra

2.3.4.2.1 Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica

En virtud de lo dispuesto en el artículo 58.l.g) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento Foral, corresponde a Navarra la ejecución de la legislación del Estado en materia de establecimientos y productos farmacéuticos. En base a esta competencia así como a las asumidas en materia de sanidad en el artículo 53 del referido texto legal. Por Real Decreto 1697/1985, de 1 de agosto, de traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral en materia de sanidad, se transfiere entre otras funciones, la de otorgamiento de autorización administrativa para la apertura y cese de funcionamiento de servicios y establecimientos sanitarios de cualquier clase o naturaleza, entre ellos, las oficinas de farmacia⁸⁹.

⁸⁹ Beltran Aguirre, J.L." Las autorizaciones de oficinas de farmacia en Navarra: crónica de tres años de actuación administrativa foral. Crónica administrativa

En el año 2000, la Comunidad Foral de Navarra aprobaba la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica. Esta norma optaba por un modelo de planificación farmacéutica diferente al del resto de CCAA para la apertura de oficinas de farmacia. Por ello, se ha considerado interesante dedicar un apartado al repaso de su modelo.

En concreto, se fijaban determinados criterios de mínimos en el art.27:

"1. Las zonas básicas de salud que forman parte de una localidad y en cada una de las localidades que integran una Zona Básica de Salud deberán contar como mínimo, con el número de oficinas de farmacia abiertas al público que resulten de aplicar los siguientes criterios:

a) El número mínimo de oficinas de farmacia será el que resulte de realizar la operación aritmética de dividir la población de la Zona Básica de Salud o de la localidad, en su caso, por 2.800, y corregidas las fracciones de 5 o más décimas por exceso y las inferiores a 5 décimas por defecto.

A efectos de su determinación, el cómputo de habitantes en cada Zona Básica de Salud y cada localidad se efectuará según los datos del Padrón Municipal vigente en la fecha de la solicitud de oficina de farmacia.

b) En todo caso, las localidades con una población superior a 700 habitantes contarán, como mínimo, con una oficina de farmacia abierta al público, así como las localidades de población inferior cuando así se establezca mediante Ley Foral en atención a las circunstancias de dispersión geográfica e interés público.

c) En las Zonas Básicas de Salud de especial actuación farmacéutica seguidamente relacionadas deberá existir como mínimo una oficina de farmacia abierta al público por cada 1.400 habitantes.

2. El número máximo total de oficinas de farmacia establecidas en Navarra no será superior a una por cada 700 habitantes."

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra mediante auto de 12 de mayo de 2003, planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinados artículos de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, entre ellos el art. 27, por posible vulneración del art. 149.1.16 CE. El Presidente de la Sala emitió voto particular⁹⁰ manifestando su posición a la promoción de la cuestión.

Mediante auto de 24 de febrero de 2004 el Tribunal Constitucional consideró que no existía ningún criterio que impidiese que se superase el número mínimo de oficinas de farmacia regulado en la Ley Foral una vez garantizada la prestación farmacéutica mínima para todo su territorio, declarando constitucional los preceptos impugnados.

Debe destacarse que la introducción de este criterio de mínimos fijado por la Ley Foral del año 2000 plantea, por primera vez en España, la que podríamos entender como liberalización del sector farmacéutico, de manera que se eliminan las anteriores ventajas y privilegios para los farmacéuticos instalados. Este nuevo modelo consiste en romper el esquema clásico de la "planificación de máximos", que limitaba el número de farmacias según el número de habitantes, y además las separaba con una distancia mínima de 250 metros.⁹¹

⁹⁰ Según el criterio del Presidente de la Sala no existe una vulneración de la normativa básica y lo argumenta basándose en estos tres criterios: a) La planificación farmacéutica establecida en la Ley Foral se realiza de acuerdo con la planificación sanitaria (zonas básicas de salud). b) Se han tenido en cuenta los módulos de población y distancias a partir de la consideración de la densidad, características geográficas y dispersión poblacional. c) Se garantiza la atención farmacéutica a toda la población, conduciendo que «La Ley Foral posibilita la creación de un mayor número de farmacias, pero no puede hablarse de un régimen de libre apertura»

⁹¹ Cervera Soto, S. "El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra". Comentarios del Consejero de Salud del Gobierno de Navarra cuando se aprobó la ley. Derecho y Salud Vol. 9, Núm. 1, 2001

2.3.4.2.2 Ley Foral 20/2008, de 20 de noviembre de modificación de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica

En el año 2000, la Comunidad Foral de Navarra aprobaba la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, que fue modificada por la Ley Foral 20/2008, de 20 de noviembre⁹².

En concreto dicha ley modifica, entre otros, el artículo 27.2 de la citada Ley del año 2000, que queda redactado como sigue *“El número máximo de oficinas de farmacia abiertas al público en cada una de las localidades de Navarra será de una por cada 700 habitantes. Una vez superada esta cifra podrá autorizarse una segunda oficina de farmacia cuando la población sea igual o superior a 1.400 habitantes y así sucesivamente por cada 700 habitantes. No obstante, podrá autorizarse la apertura de una oficina de farmacia en todas las localidades, aun cuando no se alcance la cifra de 700 habitantes”*.

En definitiva, se establece una limitación del número de oficinas de farmacia por localidad y desaparece la limitación del número máximo total de oficinas de farmacia en Navarra contemplado hasta ese momento, con el fin de evitar que la ratio de habitantes por oficina de farmacia abierta se sitúe, en algunas localidades, por debajo de la cifra de 700 habitantes.

Este fue uno de los puntos de mayor debate hasta la aprobación de la modificación de la Ley. Inicialmente se contempló que la planificación de mínimos no se aplicase en aquellas oficinas de farmacia ubicadas en municipios con menos de 2.000 habitantes. Con posterioridad, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra solicitó extender a toda la comunidad la iniciativa que plantea que la planificación de mínimos no se aplique en el medio rural. El texto del Parlamento foral contempló esta alegación.

El impacto de la reforma llevada a cabo mediante esta ley en Navarra es analizado, como apuntamos en el último capítulo de este trabajo, en el

⁹² Boletín Oficial de Navarra Número 146 de 1 de diciembre de 2008 - navarra.es

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de octubre de 2015.

2.3.4.3 Cómputo poblacional

Como se ha señalado el art. 2 de la Ley 6/1997 establece que las Comunidades Autónomas regularán el cómputo de habitantes en las zonas farmacéuticas, así como los criterios de medición de distancias, y que ese cómputo se efectuará en base al Padrón Municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores que, en razón de las diferentes circunstancias demográficas, se introduzcan por las Comunidades Autónomas.

La amplísima jurisprudencia dictada en relación a aspectos relativos al cómputo poblacional, derivada especialmente de lo establecido en el RD 909/1978 (art. 3), ha sido la que ha sentado las bases sobre cómo se debe proceder a la hora de realizar dicho cómputo poblacional que permite instalar una nueva oficina de farmacia. Es evidente que sería extensísimo referirse de forma específica a cada uno de los supuestos que alguna vez se han resuelto en el ámbito jurisdiccional, me remito para ello a lo dispuesto en el Manual Derecho Farmacéutico de Vidal Casero⁹³. No obstante, de forma resumida se hace únicamente referencia a los que con carácter general podrían considerarse más relevantes.

2.3.4.3.1 La importancia de la fecha de solicitud

La jurisprudencia (STS de 15 de junio de 1993, 23 febrero de 1994) ha determinado que la fecha que debe considerarse para la aplicación de las normas sobre la apertura de las nuevas oficinas de farmacia es la de la solicitud, es decir, que hay que tener en cuenta las circunstancias de hecho que concurran en el momento de la petición.

⁹³ Los capítulos XLVIII "Las farmacias en núcleos de población de 2000 habitantes. Principios informantes. Interpretación jurisprudencial" y XLIX "Acreditación del cómputo de habitantes en núcleos de población de 2000 habitantes. Aspectos básicos" del manual "Derecho farmacéutico" tratan de forma precisa y extensa todas las cuestiones relativas al cómputo de población. Me remito para un estudio más profundo al mismo, ya que en este trabajo tan sólo apuntaremos las cuestiones más destacadas en relación a dicho cómputo tomando como referencia lo expuesto en dicho manual.

En este sentido, las circunstancias de hecho, es decir, la situación del núcleo y la existencia de los habitantes deben referirse al momento de la solicitud de la nueva farmacia, debiendo pronunciarse tanto la Administración como los Tribunales sin tener en cuenta las situaciones sobrevenidas (STS de 15 de febrero de 2005, que cita STS de 10-7-90, 26-1-94, 4-3-94, 15-6-94 y 9-7-2001)".

2.3.4.3.2 El padrón municipal como elemento clave en el cómputo poblacional

a) El padrón y el censo de población

Previamente a entrar en la cuestión sobre el padrón municipal debe tenerse en cuenta la diferencia entre éste y el censo de población. La STS 20 de febrero de 2009 señala "El artículo 2.5 de la Ley 16/97 de 25 de abril, lo que establece es que los habitantes a considerar las Entidades Locales son los que figuren en el Padrón Municipal vigente ... y no el censo de población efectuado por el INE pues una cosa es el censo de población, cual refieren las partes de las partes recurridas y otra cosa es el Padrón Municipal, que es lo que valora la Ley 16/97. Mientras el Padrón Municipal conforme al artículo 16 de la Ley 7/85 es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio y las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para los todos los efectos administrativos y corresponde a los Ayuntamientos conforme al artículo 17 de la citada Ley la formación, mantenimiento, revisión y custodia, y otra cosa es el censo población, que aparece regulado en el artículo 79 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial Real Decreto 1690/86 de 11 de julio modificado por el Real Decreto 2612/96, que en su artículo 79 precisa el censo de población que constituye una competencia exclusiva del Instituto Nacional de Estadística se apoyará en datos de los padrones municipales... y conforme al artículo 83,3 los datos de los padrones que obren en poder del Instituto Nacional de Estadística no podrán servir de base para la expedición de certificaciones

b) El padrón vigente

En la STS 19 enero de 2010 se desestima uno de los argumentos de la actora al considerar la Sala que "Por de pronto, aparece que la certificación de los habitantes censados está referida al año de 1996, cuando la solicitud de la autorización se dedujo en 1994, con lo que los datos contenidos en dicha certificación no pueden ser tenidos en cuenta a los efectos que nos ocupan".

Por su parte, la STJG en sentencia de 13 de noviembre de 2008 que anula en parte el Decreto 167/2006⁹⁴ de 14 de septiembre de la Xunta de Galicia por considerar FJ3 que "no es correcto que el Decreto 167/2006 atienda al padrón municipal de 2004 en vez de al padrón municipal del 2005 vigente en la fecha de aprobación del Decreto, no estando legalmente previsto que una autorización como la adoptada en la Resolución impugnada se otorgue con carácter provisional o condicionado a una futura adaptación del mapa farmacéutico. Este último ha de revisarse cada año..y tras esa revisión puede abrirse el correspondiente procedimiento de autorización de nuevas oficinas el cual atenderá al mapa farmacéutico ya en vigor. Por lo tanto, desde la regulación aprobada por la propia Administración demandada no es susceptible que la modificación del mapa farmacéutico prescinda del padrón entonces vigente ni tampoco lo es que el procedimiento de autorización prescinda del mapa farmacéutico en vigor cuando aquel se incoa".

En definitiva y siguiendo el criterio jurisprudencial el padrón municipal al que debe hacerse referencia es al vigente en el momento de la regulación.

2.3.4.3.3 Criterios de cómputo

Los criterios de cómputo a seguir para autorizar la instalación de una oficina de farmacia han sido fijados por parte de la jurisprudencia de forma reiterada, precisando que no sólo se computarán los habitante de derecho,

⁹⁴ Decreto 167/2006, de 14 de septiembre por el que se modifica el Decreto 278/2002, de 12 de septiembre, del mapa farmacéutico y delimitación territorial para la autorización de nuevas oficinas de farmacia conforme a los módulos de población.

sino también los de hecho, incluida la población flotante o de temporada. La STS de 3 de julio de 1990 dispone que "el cómputo de habitantes se ha de hacer con criterio flexible y permisivo debiendo tener en cuenta los habitantes censados y la población de hecho".

a) El cómputo de habitantes en núcleos de población de 2000 habitantes

El cálculo de la población real computable viene siendo determinado a falta de otros datos más concretos y fiables, partiendo de considerar que a la población censada ha de agregarse una población flotante estimada en cuatro personas por cada vivienda de segunda residencia, si bien la cifra así obtenida habrá de multiplicarse por el número de días estimados como período de ocupación transitoria de dichas viviendas (referencia variable atendiendo a las condiciones climatológicas de la zona de su ubicación territorial y a los datos existentes sobre afluencia turística estable de que se disponga) dividido por los 365 días del año.

Para poner un ejemplo práctico a la hora de hacer dicho cómputo, cito la STS 26 de enero de 2010 que desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Tercera, de 22 de julio de 2008 cuyo FJ4 señala "Si se aplican los criterios, para zonas calificadas como turísticas, a las 5.077 viviendas secundarias acreditadas en el municipio de Tavernes de Valldigna, se podría llegar a una población flotante media durante el año de 10.988,57 habitantes, multiplicando las citadas viviendas por cuatro habitantes cada una y con una ocupación del 54,11% del año, invocada por el recurrente, 197,5 días: $5.077 \times 4 = 20.308 \times 197,5 = 4.010.830 / 365 = 10.988,57$ habitantes que, sumados a los 16.422 -población de derecho del municipio, a fecha 1 de enero de 1995, según certificado expedido por el Secretario General del Ayuntamiento de Valldigna (Valencia), en fecha 18 de febrero de 2004 y a petición del hoy recurrente, arrojarían un número total de habitantes de 27.410,57, cifra inferior a los 32.000 necesarios".

Con carácter supletorio puede acudir a otros datos objetivos y fiables, como lo son el número de contadores de suministro de fluidos (deducido un tercio del total, por estimarse referido a edificaciones industriales, de recreo u otras que no sean vivienda habitual) o datos de análogo valor.

A mayor abundamiento la jurisprudencia también ha fijado el criterio para definir población residente o no. Así la STS 11 febrero de 2004 señala "si bien ha de descartarse la posibilidad de computar como población residente a aquellas personas que se limitan a acudir temporalmente por meras razones de trabajo, ocio, estudio o turismo al lugar en el que se pretende la instalación de la nueva farmacia, sí ha de considerarse como residentes a quienes, siquiera de manera transitoria, pernoctan en dicho lugar aunque sea de modo temporal, ocupando plazas de camping, hoteles y apartamentos, o bien habitando en lo que constituya su segunda residencia en períodos festivos o vacacionales.

El cálculo de esa población flotante, o de hecho, difícilmente puede hacerse con la deseable precisión, siendo necesario acudir a indicios, lo más objetivos posible, para tratar de fijar su cuantificación siquiera de manera aproximada y siendo ciertamente nutrida la Jurisprudencia de la Sala sobre el tema; no siempre enteramente coincidente en verdad, pero sí unificada en torno a la valoración de determinados elementos...".

En el mismo sentido, la STS de 22 de mayo de 2000 señala que: "...resulta ineludible que se compruebe la existencia real de esos dos mil residentes, ya sea de derecho o de hecho, como agrupación humana efectivamente asentada en el núcleo propuesto y en el momento de solicitud de apertura de la farmacia, sin que puedan considerarse como habitantes computables los que en un futuro más o menos lejano -y no inmediato- puedan reputarse residentes en el mismo. Esa conclusión constituye doctrina jurisprudencial reiterada en orden a la aplicación del RD de 1978 manifestada últimamente, entre otras resoluciones de esta misma Sala, en las Sentencias de 2-4-1991, 3-5-1993, 30-6-1995, 7-4-1998 y 13-10-1999; de manera que en ningún caso cabría considerar como residentes a los

eventuales futuros habitantes de edificios en construcción, que tal vez llegarían a serlo en un plazo de varios años después de la solicitud".

En cuanto al índice ocupacional de las viviendas de segunda residencia que debe tenerse en cuenta en poblaciones costeras, al menos en el Levante español, por regla general, se considera referido no solamente a los meses de verano, sino también a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y fines de semana referidos al resto de los meses del año (Sentencias de 23 de febrero y 1 de marzo de 1.994, 4 de octubre de 2.000).

b) Sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado núcleo de población

La STS 23 de enero de 2008 FJ4 pone de manifiesto que la STS de 10 de mayo de 2006, recurso de casación 8580/2003 recuerda la sistematización de la doctrina sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado "núcleo de población", contemplado en el *art. 3.1.b) del RD 909/1978, de 14 de abril*, en los siguientes puntos:

a) La carretera, en principio, puede constituir un obstáculo artificial susceptible de ser considerado elemento separador o delimitador del "núcleo farmacéutico", aun dentro de casco urbano. Hay que contemplar casuísticamente las circunstancias concretas concurrentes en la carretera contemplada. Se resaltaba en la sentencia de 10 de octubre de 2005, recurso de casación 1148/2003, que uno de los elementos separadores que determinan la existencia de núcleo en un casco urbano son las carreteras lo que ha conllevado que en determinadas circunstancias se autorizase la apertura de una nueva oficina de farmacia si, obviamente además, reunía el cómputo de población necesario. Así cuando se justifican un determinado número de accidentes con un concreto resultado de muertos y heridos (sentencias de 11 de abril de 1989 y 26 de febrero de 2002), unas extensas distancias entre los diferentes pasos peatonales (sentencia de 21 de marzo de 1994), cierta distancia entre los semáforos existentes y los distintos pasos cebra (sentencia de 22 de enero de 1993), una concentración de los semáforos en un punto quedando el resto de la

travesía privado de ellos (sentencia de 15 de febrero de 1994) o la justificación de la ineficacia de la existencia de pasos cebras y semáforos (10 de septiembre de 1991). No cuando la carretera se encuentra inserta en la malla urbana con un elevado número de semáforos, pasos de peatones y sin acreditarse una siniestralidad fuera de los parámetros ordinarios (sentencia de 10 de octubre de 2005) ni tampoco una avenida es obstáculo que impida el acceso a las farmacias abiertas (sentencia de 20 de abril de 2005).

b) De lo que acabamos de sintetizar se observa que los elementos circunstanciales a considerar son, entre otros, la intensidad de la circulación soportada por vía, la calzada y pasos peatonales, semaforicos o señalizados, existentes para atravesar la carretera. Y todo ello con el objetivo de comprobar si el nivel de peligrosidad o, incluso, de incomodidad soportado en el acceso al servicio farmacéutico que presta la oficina (u oficinas) ya instalada está dentro de lo que puede entenderse como estándar o parámetro normativo a partir del cual aparece ya justificada la apertura de una nueva oficina de farmacia susceptible de rebajar, para los habitantes incluíbles en el "núcleo", dicha peligrosidad o incomodidad. Recalca la sentencia de 29 de junio de 2005, recurso de casación 8183/2002 que debe existir alguna dificultad, peligrosidad o penosidad para los habitantes del núcleo sito en el casco urbano en el acceso desde el mismo a las farmacias abiertas.

c) En consecuencia, la presencia de pasos peatonales no siempre basta para descartar o desvirtuar la eficacia separadora de una carretera o, incluso, de una vía urbana, si resulta que aquellos no son suficientes para atravesar con la suficiente seguridad y comodidad la vía, atendida la longitud de ésta o a la propia configuración del núcleo.

d) La valoración de dichos elementos ha de efectuarse de manera funcional contemplando como valor prioritario la prestación del servicio, de acuerdo con la evolución sociológica.

2.3.5 RÉGIMEN DE DISTANCIAS

Como se ha puesto de manifiesto al analizar los criterios de ordenación farmacéutica fijados en la Ley 16/1997, de 25 de abril, el régimen de distancias no tiene la consideración de norma básica. No obstante, las diferentes CCAA han establecido en términos bastante similares dicho régimen de distancias entre farmacias.

Con carácter general, el régimen de distancias entre farmacias se fija en 250 metros. Así lo han establecido las CCAA de Cataluña, País Vasco, Extremadura, Murcia, La Rioja, Comunidad Valenciana, Baleares, Madrid, Aragón, Galicia, Asturias, Canarias, Andalucía, Cantabria, Castilla - La Mancha, Castilla y León (en cuanto a Farmacias de Zonas Farmacéuticas urbanas y semiurbanas), Melilla.

Sin embargo, en Navarra el régimen de distancias se ha establecido en 150 metros entre Farmacias.

Pero también ha de tenerse en cuenta que, sin perjuicio de los criterios generales se han previsto excepciones:

- En Castilla y León⁹⁵ entre Farmacias de Zonas rurales, las distancias se fijan en 150 metros.
- En Baleares y Canarias en 1.000 metros entre Farmacias en las Zonas Farmacéuticas especiales o turísticas de tipo común.
- Aragón, también prevé excepciones a 225 metros
- Castilla-La Mancha establece 150 metros en los núcleos de población de menos de 5.000 habitantes.
- Cantabria prevé excepciones por razones de interés general o en caso de farmacia única.
- Canarias (excepto Zonas Farmacéuticas especiales de tipo común).

⁹⁵ Mediante Orden SAN/281/2011, de 18 de marzo, se establece el método de medición de las distancias que deben respetar las oficinas de farmacia en Castilla y León (BOCYL de 23 de marzo de 2011).

En cuanto a los criterios de medición de distancias, la disposición básica que regulaba la medición de distancias era el Decreto de 31 de mayo de 1957⁹⁶. Este Decreto fue desarrollado por la Órdenes Ministeriales de de 1 de agosto de 1959 y de 12 de diciembre de 1959⁹⁷.

Posteriormente la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979⁹⁸, fue la de mayor importancia ya que fijó los criterios de medición de distancias⁹⁹, que se han mantenido en algunas regulaciones autonómicas como la de Melilla.

⁹⁶ Art. 1.3 Decreto de 31 de mayo de 1957 «La medición de la distancia habrá de hacerse por el camino vial más corto, sin deducción alguna, y se hará por el eje de la calle o camino». En las plazas o espacios abiertos se seguirá el camino más corto que se utilice para peatones, con arreglo a las normas de circulación que rijan en la localidad de que se trate.»

⁹⁷ Sobre la medición de distancias en base a esta normativa trata el comentario monográfico de González Pérez "La medición de distancias entre farmacias a efectos de otorgar la licencia de apertura. Revista de administración pública nº 32, 1960.

⁹⁸ BOE nº 302, de 18 de diciembre de 1979

⁹⁹ Art. 9 La medición de las distancias se practicará por el camino vial más corto, siguiéndose una línea ideal de medición, con arreglo a las siguientes normas: Se partirá del centro de la fachada del local que ocupe la oficina de farmacia establecida, prescindiendo del o de los accesos a la misma y, siguiéndose por una línea perpendicular al eje de la calle o vial al que de frente dicho centro de fachada, se continuara midiendo por este eje, ya sea recto, quebrado, o curvo, cualquiera que sean las condiciones o características de la calle o vial hasta encontrar el eje, de la calle o calles siguientes, prolongándose la medición, por dicho eje, hasta el punto de que coincida con la intersección de la perpendicular que pueda ser trazada, desde el centro de la fachada del local, propuesto para la farmacia que pretende instalarse o trasladarse, al eje de la calle o vías por dicha línea perpendicular hasta el centro de la fachada de este último local. Cuando las perpendiculares a que se refiere el párrafo anterior arrojen distinta longitud, según que se tracen desde los centros de las fachadas a los ejes de calle o desde estos a los centros de las fachadas, se computara la que produzca una distancia menor entre los locales.

Art. 10. A efectos de lo indicado en el artículo anterior se considerara "camino vial" a las calles, calzadas, plazas y caminos, cualesquiera que sean estos de dominio público permanente, y a la falta de ellos, los terrenos de dominio o uso público por los que transiten los peatones, sin que la mera tolerancia de hecho baste para admitir tal conceptualización. Se entenderá por "fachada" todos los parámetros exteriores del local o locales, que se consideraran como constitutivos de una sola fachada cuando entre ellos no exista solución de continuidad.

Si no fueran continuos, se determinara como centro de fachada el de la que ofrezca el itinerario más corto.

Art. 11. 1. Cuando el itinerario de la medición haya de discurrir, total o parcialmente por una plaza o espacio abierto, la medición por ella se practicara por el camino más corto que se utilice por los peatones, iniciándose y terminándose en el centro de la fachada de los locales entre los que se haya de medir, efectuándose la medición por el eje de la acera y el de los pasos señalados, conforme a las ordenanzas municipales, para la circulación de los peatones o , cuando no existan, por el camino y uso público autorizado.

2. Si en el itinerario por el que se practica la medición existieran chaflanes en la intersección de calles u otros viales, por cuyos ejes hubiera de medirse la distancia entre los locales, la línea de medida no se separara, de la fachada del chaflán, mayor distancia de la que exista entre el eje del vial de menor anchura, de los confluyentes en el chaflán y la esquina de este.

El régimen de distancias es por tanto otra de las limitaciones que establece el sistema de planificación farmacéutica vigente; régimen que también se ha cuestionado como veremos en los próximos capítulos.

2.3.6 PLANIFICACIÓN SOBREVENIDA

Puede ocurrir que la planificación farmacéutica inicialmente configurada, resulte alterada como consecuencia de circunstancias sobrevenidas; lo que conlleva la modificación y/o adecuación de la misma.

En primer lugar, esa modificación del mapa de ordenación farmacéutica puede atender a nuevas características sociales, demográficas o a las necesidades de atención farmacéutica de los municipios. Ejemplo de esta situación ocurrió en la Comunitat Valenciana. En concreto, el art. 16 de la Ley 6/98, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, que regula la planificación farmacéutica establece que ésta se realizará basándose en las necesidades de atención farmacéutica de la población, creándose las zonas farmacéuticas, que se delimitarán tomando como base las comarcas naturales de la Comunidad Valenciana. Por su parte, el artículo 19 de la misma clasifica las zonas farmacéuticas en zonas farmacéuticas generales y zonas farmacéuticas turísticas, estableciéndose en el artículo 21 los módulos de habitantes por cada oficina de farmacia que deben aplicarse en cada una de ellas.

Igualmente en el Decreto 149/2001 de 5 de octubre, del Gobierno Valenciano, por el que se establece el procedimiento de autorización de

3. En los casos en que el traslado de los peatones de uno a otro local, entre los que se practique la medición, pueda efectuarse sin necesidad de cruzar ninguna de las calles, camino o viales, a que den frente los centros de sus fachadas o cualquiera de ellas, en el caso de que el local tenga fachada a mas de un vial, la medición comenzara y terminara en la intersección de la perpendicular que desde el centro de la fachada pueda trazarse al eje de la calle a que esta de frente.

4. En la medición de las distancias se prescindirá de aquellos obstáculos como escaleras, balaustradas, setos, pasos elevados o subterráneos, numero de vías de la intensidad de trafico, que puedan impedir el paso de peatones por el vial de que se trate, llevándose a la practica la medición, si es preciso, sobre plano o mediante el empleo de medios técnicos adecuados cuando no pueda efectuarse directamente sobre el terreno.

nuevas oficinas de farmacia, se recogía en el artículo 2, que la Conselleria de Sanidad desarrollaría mediante orden el mapa de zonas farmacéuticas.

En virtud de ese mandato, mediante Orden de 30 de octubre de 2001¹⁰⁰, del conseller de Sanidad, se delimitó el mapa de zonas farmacéuticas de la Comunidad Valenciana.

En la misma se establecía también que la Conselleria de Sanidad, actualizaría periódicamente el Mapa de Zonas Farmacéuticas de la Comunidad Valenciana, a propuesta de la Comisión de Actualización del Mapa Farmacéutico de la Comunidad Valenciana, en la que necesariamente estarán representados los colegios oficiales de farmacéuticos. De conformidad con este precepto, se publicó la Orden de 16 de septiembre de 2002¹⁰¹, mediante la que se crea la Comisión de Actualización del Mapa Farmacéutico de la Comunidad Valenciana.

La delimitación establecida en 2001 fue modificada mediante Orden de 16 de septiembre de 2005. Tal y como señala su preámbulo se lleva a cabo tras "propuesta de corrección del error advertido en la zona farmacéutica 39 de la provincia de Valencia, dado que en la misma aparece el municipio de Favara como municipio turístico cuando en realidad no ha adquirido tal calificación, y propuesta de modificación de la zona farmacéutica 14 de la misma provincia en la que figuran los municipios de Manises y Quart de Poblet, considerando que cada uno de ellos, en atención a sus características sociales, demográficas y a las necesidades de atención farmacéutica, deben constituir por sí mismos una zona farmacéutica única".

Por su parte, la actualización del mapa de zonas farmacéuticas se realizó mediante Orden de 19 de junio de 2008, del conseller de Sanidad, mediante la que se actualiza el mapa de zonas farmacéuticas de la Comunidad Valenciana, como resultado del Decreto 101/2006, de 7 de julio, y del

¹⁰⁰ Corrección de errores de la Orden de 30 de octubre de 2001, del conseller de Sanidad, mediante la que se delimita el mapa de zonas farmacéuticas de la Comunidad Valenciana.(DOCV núm. 4151 de 19.12.2001)

¹⁰¹ DOCV núm. 4352 de 08.10.2002

Decreto 237/2007, de 28 de diciembre, del Consell, por el que se declara Municipio Turístico a distintos municipios de la Comunidad Valenciana.

En segundo lugar, la modificación del mapa farmacéutico puede ser consecuencia de circunstancias sobrevenidas en el transcurso de la convocatoria de un concurso de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia. A título de ejemplo cito el caso gallego.

En Galicia¹⁰² por Resolución de 29 de diciembre de 2006 se convocó concurso público para la adjudicación de 92 nuevas oficinas de farmacia; sin embargo, determinadas zonas farmacéuticas incluidas en el mismo se excluyeron como consecuencia de la revocación parcial del concurso en algunas de ellas. En concreto la zona de *Padrón (parroquia de Santa María de las Cruces)*. Esta zona farmacéutica fue revocada ya que durante la tramitación del concurso (se había publicado listado provisional de adjudicatarios) se solicitó por parte de un farmacéutico que se excluyese del concurso dicha zona, al habersele autorizado la apertura de oficina de farmacia en la misma, tal y como resolvió la sentencia del TSJG de fecha 14 de febrero de 2008.

En este punto y dado que este acto se produce como consecuencia de la ejecución de sentencia dictada en aplicación de la normativa anterior a la ley de ordenación farmacéutica gallega, considero oportuno hacer una referencia a la preferencia de expedientes de apertura instados en base al régimen excepcional del art. 3.1.b) del RD 909/78, de 14 de abril, tomando como base lo señalado en el Informe del Servicio Técnico Jurídico¹⁰³ emitido en este supuesto, teniendo en cuenta que la Disposición Adicional tercera del Decreto 146/2001, de 7 de junio establece que "Las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia como consecuencia de sentencias firmes dictadas en aplicación de la normativa anterior a la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, que afecten a una zona farmacéutica en

¹⁰²

http://www.sergas.es/MostrarContidos_N3_T02.aspx?IdPaxina=40101&uri=/Docs/ParaSaberMais/ResCons090228.pdf&hifr=1250&seccion=0

¹⁰³ Informe del Servicio Técnico Jurídico de 28 de mayo de 2008

la que se convocase concurso público de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia al amparo de este decreto, no afectarán a las adjudicaciones de apertura de estas últimas”.

Se pone de manifiesto que “Como regla general las autorizaciones correspondientes a solicitudes efectuadas al amparo del artículo 3.1.b) de RD. 909/1978, de 14 de abril, no afectarán a la planificación llevada a cabo por la Conselleria de Sanidad en las zonas farmacéuticas de la CCAA Galicia.

En materia de interferencia entre estos expedientes de apertura y los de traslados de oficinas de farmacia abiertas en régimen general, el TS (STS 22 de noviembre de 2000 y 10 de mayo de 2002) y TSJG (19 de diciembre de 2003) viene aplicando la regla del “prior tēmpore potior iure” reconociendo prioridad a la solicitud de apertura – en caso de ser la primera solicitada- frente a la de traslado de las oficinas de farmacia ya instaladas.

Si los órganos jurisdiccionales aplican la regla de prioridad temporal aún en los casos de colisión entre las solicitudes de traslado y las de apertura, en casos pendientes de resolución judicial definitiva por encontrarnos ante una expectativa de derecho”.

2.3.7 RECAPITULACIÓN

González Pérez¹⁰⁴ señala que con carácter general, las farmacias existentes en un término municipal juegan como circunstancia decisiva respecto de la autorización para instalar una farmacia. Y juegan en dos aspectos distintos: por lo pronto pueden constituir un obstáculo a la autorización de una nueva farmacia si, en atención al número de habitantes, está cubierto el cupo que marcan las disposiciones vigentes. Y, aparte de esta limitación, las farmacias existentes operan como un límite a la autorización desde el momento que se exige que la nueva farmacia esté separada por determinada distancia mínima de cualquiera de las existentes, distancia que viene dada en función del número de habitantes.

¹⁰⁴ González Pérez, J. “Planificación farmacéutica” op. cit. págs 65 y ss.

Es cierto tal y como se ha analizado que es la normativa autonómica la que viene a definir tanto los módulos de población como los relativos a las distancias. Y que con carácter general son similares (a excepción Cataluña, País Vasco y Navarra) en las distintas Comunidades Autónomas si bien con excepciones teniendo en cuenta otros parámetros no menos importantes. Se trata en definitiva de que la atención que se presta desde las oficinas de farmacia llegue al mayor número de población posible, y ese es por tanto uno de los principales caballos de batalla a los que se enfrenta el sistema.

3. CAPÍTULO III: AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

3.1 INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo de investigación se centra también en el estudio del régimen jurídico derivado de la apertura de nuevas oficinas de farmacia. Se dedica un capítulo específico del mismo a la autorización de las mismas dada la importancia que ésta tiene y las consecuencias que conlleva. En el capítulo anterior, ya hemos hecho referencia a la intervención administrativa en materia de ordenación farmacéutica y se ha puesto de manifiesto la necesidad de obtener una autorización administrativa para la citada apertura.

En este capítulo estudiamos la misma haciendo referencia a la naturaleza jurídica de la citada autorización como acto jurídico relevante en el proceso; abordando los diversos modelos de adjudicación de oficinas de farmacia y haciendo hincapié en el llamado concurso y en especial en los baremos aplicables al mismo.

3.2 AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA

3.2.1 NATURALEZA JURÍDICA

3.2.1.1 Sobre la técnica autorizatoria

La autorización es una de las tradicionales técnicas de intervención administrativa. Es el instrumento más característico de que disponen las administraciones públicas para verificar preventivamente que una determinada actividad, que los ciudadanos pretenden desarrollar, se adecua a la legalidad.

Como señala Muñoz Machado¹⁰⁵, la significación de estas intervenciones preventivas de la administración y de los poderes que se ejercitan han constituido un reto recurrente para la doctrina.

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰⁶, recuerdan que el concepto de autorización en sentido estricto que ha llegado hasta nosotros se formó a finales del pasado siglo, a partir de dos construcciones dogmáticas de distinto origen. La primera (Otto Mayer, 1895) puso el acento en la descripción del mecanismo sobre el que la autorización actúa, como acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad inicialmente prohibida no ha de producir en el caso concreto considerado perturbación alguna para el buen orden de la cosa pública.

La segunda (Raneletti, 1893) sitúa el centro de atención en la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho verdadero y propio, cuyo libre ejercicio permite la autorización removiendo los límites que a dicho ejercicio opone, en principio, el interés público. Según esto, en la medida en que presupone la titularidad previa de un derecho, queda marcada por un neto carácter declarativo que la distingue con toda claridad de la concesión.

Por tanto, en su concepción originaria la autorización administrativa era instrumento de la acción policial de la administración y agotaba su eficacia en el propio acto autorizatorio. Se limitaba la administración a constatar la presencia de determinados requisitos para evitar que la actividad fuese nociva y una vez concedida, se desentendía de la actividad autorizada.

Por tanto, este esquema tradicional entró en crisis en especial a partir del momento en que, rebasando el ámbito del orden público, en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización

¹⁰⁵ Muñoz Machado, S. "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General". Iustel 2011. Y Revista Española de la Función Consultiva nº 14, julio -diciembre 2010 págs. 85 y sg.

¹⁰⁶ García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez T.R. "Curso de derecho administrativo II", págs 135 y ss

se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizatoria en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en la norma aplicables.

Puede decirse, que las dos últimas décadas del siglo XX se han caracterizado por un repliegue de la intervención pública, debido a la liberalización y desregulación de servicios y actividades. Sin embargo, ello no ha significado la pérdida de importancia de la autorización administrativa. Más bien al contrario ésta ha ampliado su ámbito de aplicación al ocupar parte del espacio que antes correspondía a otras técnicas.

Ese cambio de perspectiva exige formular un nuevo concepto de autorización. La autorización se perfila hoy como un acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente.

Por tanto, la autorización habilita a su titular para ejercer una actividad a la que tiene derecho. No es éste, sin embargo, un derecho absoluto: su ejercicio solamente se permite en las condiciones fijadas por la normativa. La autorización también puede definir el régimen jurídico de la actividad, concretando, precisamente o complementando los derechos y deberes de su titular.

La distinción entre autorización y concesión es clásica, aunque existe un acercamiento o similitud entre las dos figuras interventoras en las actividades privadas debido a la frecuencia con la que la administración interfiere hoy en todos los sectores de la vida social y económica.

Los regímenes de autorización constituyen la culminación de la potestad de policía de la administración Pública y son una institución que goza de gran arraigo como medio de control de las actividades privadas¹⁰⁷.

3.2.1.2 Naturaleza jurídica

No ha existido consenso en la doctrina en lo que a la naturaleza jurídica del acto administrativo que permite establecer una oficina de farmacia; es decir, en cuanto a las autorizaciones. Y en especial entre aquellas autorizaciones sin límite de número y aquellas que por el contrario como son las de las oficinas de farmacia están limitadas en número y respecto de las que puede observarse la idea del derecho preexistente.

Villar Palasí¹⁰⁸ y Parada Vázquez¹⁰⁹, plantean la conveniencia de reservar el concepto de autorización a los supuestos en que no existe limitación en el número de beneficiarios ni discrecionalidad en el otorgamiento, remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas¹¹⁰.

Para la mayoría como Martín Retortillo¹¹¹, la configuración jurídica de dicho acto es una autorización administrativa, pero algún sector minoritario propugna la consideración de una concesión administrativa (Cataldi).

¹⁰⁷ Preámbulo del Decreto 54/2010, de 31 de marzo, del Consell, por el que se modifica el Decreto 7/2009, de 9 de enero, regulador de los establecimientos de restauración de la Comunitat Valenciana

¹⁰⁸ Villar Palasí, J.L. La intervención administrativa en la Industria. Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1964.

¹⁰⁹ Parada Vazquez, J.R. Derecho Administrativo. Parte general. Marcial Pons, 1989, pág. 300.

¹¹⁰ Beltrán Aguirre, J.L. La propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia: su reformulación a la luz del interés público

¹¹¹ Martín Retortillo Barquer, S. Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias, Revista de Administración Pública nº 24, 1957, pág. 157.

Martín-Retortillo¹¹² al dar razones de por qué la actividad de farmacia está sometida a autorización y no a concesión, se basa en los seis postulados siguientes:

"Primero: el principio general de la titularidad para el ejercicio de las profesiones liberales, poseyendo el título correspondiente, parece evidente deducirse de nuestra legislación. Así ha sido recogido también por la jurisprudencia. Tanto la Ley de Instrucción pública como la propia Ordenación Universitaria, así como el propio Decreto de 7 de julio de 1944 rectificado por Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de agosto de 1944 sobre la ordenación específica de la Facultad de Farmacia insisten, afirmando principios generales, que los títulos universitarios facultan para el ejercicio de la profesión libre. Y tales textos usan expresiones del todo análogas, tanto antes como después del Decreto limitativo de 1941. Con el mismo significado, también las leyes y normas específicamente sanitarias han configurado tal acto administrativo como autorización, igualmente tanto antes como después de 1941. Así, por ejemplo, es la propia Ley de Bases de Sanidad la que taxativamente, al referirse al ejercicio libre de la farmacia, configura el acto en cuestión como una verdadera autorización.

Segundo: el que por los actos administrativos que permiten el ejercicio de la profesión farmacéutica, la Administración asuma una función directamente operativa, no simplemente de confrontación colateral, para nada desvirtúa, como hemos visto, la consideración que tales actos pueden ofrecer como autorizaciones administrativas.

Tercero: tampoco se opone a esta construcción el que la Administración pública haya predeterminado sobre la base del «numerus clausus» el número de establecimientos posibles. Cabe perfectamente que asumiendo la Administración una función directamente operativa por medio de autorizaciones, limite el número de estas últimas. En Italia, en el caso

¹¹² Se trata de autorizaciones que se proyectan sobre las actividades que en cada momento se consideran especialmente trascendentes para la vida colectiva, lo que justifica que se sujeten a una especial intervención administrativa. Algunos autores como Albi y Ariño y la propia jurisprudencia (STS 31/10/1982, STS 17/6/1987) las llaman autorizaciones de servicios privados de interés general, también Laguna de Paz JC "La autorización administrativa" pág 60 ss.

concreto del ejercicio de la profesión farmacéutica hay un evidente monopolio directo por parte del Estado, consecuencia a su vez de su reglamentación histórica, CATALDI nos dirá textualmente, que la ley sobre las farmacias ha sido una de las primeras leyes que ha nacionalizado una actividad económica. El sistema español es distinto; más aún, es del todo inverso: se trata del ejercicio de una profesión libre para el que se requiere, y tradicionalmente se ha requerido, autorización. Lo que ocurre es que desde un momento determinado Decreto de 1941—.tales autorizaciones van a limitarse.

Cuarto: la existencia de la concesión, repetimos, implica necesariamente la existencia de una titularidad exclusiva por parte de la Administración del derecho que el administrado —concesionario— va a ejercer. Y este fenómeno no se da en el supuesto a que nos referimos en relación con el derecho español. Los textos legales que hemos recogido en relación con la Industria y la Sanidad, parece que ofrecen, más que la asunción de una titularidad por parte de la Administración pública, la simple enunciación programática de unas declaraciones de principios que, por otra parte, van referidas no tanto a asumir un derecho, cuanto a justificar una función particular del Estado en concreto en materia sanitaria : «incumbe al Estado —nos dirá la Ley de Bases de Sanidad nacional—el ejercicio de la función pública de Sanidad».

Quinto: siguiendo esta misma argumentación, creemos que no es necesario fundamentar en la titularidad de un derecho —«traslación del patrimonio y de la función del Estado»—, la posibilidad de una configuración social de la gestión administrativa. Este último fenómeno de la intervención administrativa, lo justifican quienes defienden la configuración concesional, mediante una asunción de titularidad de forma que la esfera de estas últimas atribuida al Estado queda ampliada para concretarse posteriormente con frecuencia en un tipo concesional. En nuestra opinión, la intervención administrativa, por muy creciente que sea, no necesita basarse en la titularidad de un derecho; aquélla se justifica dentro de sus límites, sin que haya necesidad de atribuir al Estado esta última, por la función y. por el fin

que el propio Estado históricamente ha de realizar. Explicar y razonar tal inmisión en razón de la titularidad —imprescindible, repetimos, para que se dé la concesión y el correspondiente traspaso que ésta implica—, puede suponer, incluso una regresión evidente que nos lleve a una configuración, patrimonialista del Estado y en la que la actuación de éste se justifique, como ya en otro sentido hiciera HALLER, por una necesaria titularidad jurídica y no por una función a realizar.

Sexto: Pudiera estimarse que el argumento de la titularidad, que ciertamente tampoco sería referible en origen a algunas concesiones tradicionalmente consideradas como tales, fuera insuficiente. Pues bien: atendiendo a la propia sustantividad del régimen establecido en relación con el acto administrativo que estudiamos, por encima incluso del propio enunciado terminológico, aquél se enmarca dentro de la autorización.

Señala que se trata de una "Autorización, un tanto particular, y en relación con la cual no vamos a negar cómo esta figura, referida con su desarrollo-tradicional, aparece un tanto alterada con matices que son incluso peculiares de la concesión (caducidad por incumplimiento aspecto típicamente concesional y que de forma -clara prevé el párrafo 2 del art. 3.º del Decreto de 31 de mayo de 1957). Pese a ello y admitiendo la particularidad de tal figura, creemos se encuadra dentro de la autorización."

Por su parte, Vidal Casero¹¹³ destaca que los rasgos más relevantes de la autorización administrativa de una oficina de farmacia son:

- Se trata de una autorización reglada. La administración no es discrecional en su otorgamiento. Comprobados los requisitos objetivos y subjetivos y resuelto el concurso, con arreglo al baremo establecido, no cabe denegar la autorización a la persona que resulte con mayor puntuación en el mismo o a favor de quien la Ley otorgue preferencia.

¹¹³ Vidal Casero, M.C. "Derecho farmacéutico" op. cit. Pag. 1321

- Se trata de una autorización operativa. Tiene no solamente una función de control (autorizaciones simples) sino que pretende ir más lejos encauzando de modo positivo la actividad del sujeto en función de lo señalado en la propia norma o en planes y programas concretos.
- Se trata de una autorización de funcionamiento, ya que no afecta a una operación de determinada, sino que se refiere a una actividad llamada a prolongarse en el tiempo lo que hace aparecer una relación de la administración con el sujeto autorizado.
- Se trata de una autorización mixta, puesto que la administración antes de otorgarla debe comprobar tanto aspectos objetivos (distancias, local) y subjetivos (titulación). También debe comprobar si procede la apertura de la farmacia de acuerdo con la planificación farmacéutica.

En definitiva, la autorización de apertura de farmacia supone el reconocimiento al interesado del derecho a abrir la farmacia en el lugar a que la misma se refiere. En consecuencia, una vez otorgada la autorización, podrá proceder a la apertura de la farmacia¹¹⁴. Esa autorización dota de un contenido específico a ese genérico derecho al libre ejercicio profesional, a la libre elección de profesión y a la libertad de empresa; derechos consagrados en la constitución. Desde el momento que la farmacia es autorizada, su titular debe respetar en el sentido más amplio todos los aspectos que vienen regulados por la normativa que los ampara.

¹¹⁴ González Pérez, J. "Nueva ordenación de las oficinas de farmacia." BOE 1978, Pág 149 y ss.

3.2.2 PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA

3.2.2.1 Antecedentes históricos: la competencia de los Colegios Profesionales

Hasta que se hizo efectivo el traspaso de competencias en la materia que nos ocupa a las Comunidades Autónomas, los Colegios Oficiales de Farmacéuticos eran, de conformidad con el art.9.2 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril¹¹⁵, los competentes para tramitar la resolución de expedientes de autorización de apertura de oficinas de farmacia a los Colegios Provinciales de Farmacéuticos. Por Resolución de la Dirección General de Ordenación Farmacéutica de 30 de noviembre de 1978, se hizo efectiva esta delegación en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

Dicho procedimiento se regía por lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y su normativa de desarrollo (Orden de 21 de noviembre de 1979¹¹⁶).

El procedimiento general para la autorización de una nueva Oficina de Farmacia se iniciaba a instancia del farmacéutico interesado, dirigida al Presidente del Colegio de Farmacéuticos correspondiente. Recibida dicha solicitud, se hacía público mediante anuncio en la sede del Colegio, haciendo constar el municipio solicitado, el censo de población, número de oficinas de farmacia abiertas al público en dicho municipio. Se establecía un plazo de quince días durante el cual se admitían otras solicitudes para dicho municipio, que se acumularán en un único expediente. Finalizado este plazo las Juntas de Gobierno de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos procedían a resolver los procedimientos de acuerdo con el orden de prioridad¹¹⁷ para la apertura.

¹¹⁵ BOE nº 19, de 22 de enero de 1979.

¹¹⁶ BOE de 18 de diciembre de 1979

¹¹⁷ Art. 4.3 Real Decreto 909/1978 ". Respetando siempre los criterios establecidos en el artículo anterior, las autorizaciones se concederán con arreglo al siguiente orden de prioridad:

En el supuesto de que el farmacéutico se acogiera al modelo establecido en el artículo 3.1.b era preciso que el núcleo de población que fuese a atender contase al menos con 2,000 habitantes, la oficina de farmacia se adjudicaba al primer farmacéutico en tramitar la solicitud.

Sobre la actuación de los Colegios Profesionales en esta materia, la STS de 27 de diciembre de 1988 (ponente González Navarro) señaló en su FJ3 que *“desde esa perspectiva superior que marca la Constitución Española, los Colegios Profesionales han de actuar con objetividad (artículo 106.1 de la Constitución) cuando, como ocurre en el caso de licencias de apertura de farmacia ejercen poderes públicos, y que, en caso de duda, han de inspirarse en el criterio de libertad por aquella doble razón ya señalada: libre mercado y prohibición de interpretación «contra cives»¹¹⁸. Y deben, además actuar con ánimo de facilitar la incorporación al ejercicio efectivo de la profesión de los nuevos colegiados y no con el de erigirse en obstáculo o*

-
- Las que correspondan al supuesto previsto en el apartado b del número uno de artículo anterior. En el supuesto de coincidencia de dos o más peticiones sobre el mismo núcleo de población, se resolverá el expediente.
 - Las que se soliciten por farmacéuticos ejercientes en oficinas de farmacia situadas en municipios de menos de 10.000 habitantes, con 6 ó mas años de dicho ejercicio profesional.
 - Las que se soliciten por farmacéuticos agregados en una oficina de farmacia a que se refiere el artículo 1.3, con seis o mas años de dicho
 - Las solicitudes de quienes acrediten los méritos o circunstancias que, en su caso, se hayan señalado previamente por orden del Ministerio General de Ordenación Farmacéutica, previo informe del Consejo de Colegios de Farmacéuticos.
 - Las de los farmacéuticos que no hubieran estado establecidos.
 - Las del farmacéutico que ostente título facultativo expedido en los últimos siete años.
 - Y la del mayor de edad.
- Las prioridades indicadas servirán para decidir sucesivamente los empates en cada caso.

¹¹⁸ En el FJ2 de esta sentencia que resuelve la autorización a favor de un farmacéutico de una oficina de farmacia en Carboneras se señala “para que pueda hablarse de derogación tácita de una norma por otra posterior de igual rango es necesario que exista contradicción clara y tajante entre ésta y la anterior.... Pero es que, además el derecho administrativo es derecho del poder para la libertad, por lo que, en caso de duda, hay que inclinarse por acceder a la apertura solicitada, porque así lo impone entonces el principio de libre mercado. Ya que si bien éste resulta compatible con la existencia de determinadas limitaciones al establecimiento de oficinas de farmacia, estas limitaciones o restricciones se justifican en la necesidad de conseguir una adecuada distribución territorial de esas oficinas que asegure aquella igualdad en las condiciones básicas que pregona el artículo 149.1.2.º de la Constitución y cuya realización encomienda muy particularmente a los poderes públicos (artículo 9.3, también de la Constitución). Y esto no es pura teoría, ni aspiración programática, sino mandato constitucional imperativo, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional confirma esa forma de entender el derecho administrativo -carácter que tiene la normativa farmacéutica- al declarar el principio de interdicción de la interpretación «contra cives» en su sentencia de 30 de septiembre de 1985.

valladar infranqueable, o en el mejor de los casos, en rémora de ese efectivo ejercicio a que tienen derecho las nuevas promociones. Podríamos incluso decir porque esta Sala viene intentando, aunque al parecer con poco éxito, hacerse entender que la función de un Colegio Profesional es de tipo enzimático, o sea análoga a la de un catalizador, sustancia que, como es sabido, utilizada en pequeñas cantidades hace que una reacción química se produzca con mayor rapidez. Y esto tampoco es teoría. Es que los poderes públicos han de actuar también con celeridad (artículo 106.1 citado), lo que implica también que la adecuación a derecho de su actuación ha de producirse cuanto antes, por lo que deben procurar evitar a los petitionarios, cuando éstos llevan razón, que tengan que acudir a los Tribunales de justicia en defensa de su derecho.

Y respecto a esa competencia para la apertura de farmacias de los Colegios oficiales de farmacéuticos, la STS de 25 de abril de 1991, establece la siguiente doctrina: «las competencias para la apertura de farmacias de los Colegios Oficiales Farmacéuticos tiene su origen en la delegación efectuada por la Dirección general de ordenación, en virtud de la resolución de 30-11-1978, resolución que se dictó en ejecución de lo previsto en el RD 14-4-78. En consecuencia, debe mantenerse que la citada competencia no es originaria de los Colegios Farmacéuticos y su organización, sino que les fue traspasada por el Estado. Desde luego ello no significa que la calificación del traspaso como delegación sea correcta y que ello implique una subordinación Jerárquica de los Colegios de Administración así como la posible retirada de la delegación en cualquier momento. Antes al contrario el traspaso citado implica una desconcentración de funciones, efectuada en virtud de una norma de carácter general, que implica el ejercicio de las competencias como propias mientras no se dicte una norma de rango suficiente que disponga lo contrario. Pero ello lleva a la conclusión de que, en cualquier caso, la desconcentración es un traspaso de competencias o funciones que originariamente no eran propias del órgano o ente que las recibe, como sucede en cuanto a la autorización de apertura de farmacias. Dicho traspaso a diferencia de la delegación propiamente dicha, no puede

revocarse mediante un acto administrativo que recupere las competencias, pero si mediante una disposición de carácter general de rango suficiente".

3.2.2.2 Regulación actual

3.2.2.2.1 Características generales

Actualmente, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de Oficinas de Farmacia, otorga la competencia para tramitar y resolver los expedientes de autorización de apertura de oficinas de farmacia a las Comunidades Autónomas. Y establece que dicha tramitación se realizará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas.

En virtud de esta habilitación legal, las distintas Comunidades Autónomas han regulado los procedimientos de autorización de apertura de oficinas de farmacia siendo ellas las competentes para la tramitación de dicho procedimiento. En otros casos como sucede en Cataluña o Aragón, esta competencia se ha delegado en los Colegios Profesionales. Por último, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla siguen realizando la tramitación de este procedimiento de acuerdo a las normas establecidas en el RD 909/1978 y su normativa de desarrollo.

Por lo que se refiere al procedimiento se inicia, con carácter general, a instancia de la administración autonómica competente en materia sanitaria, aunque en algunas Comunidades Autónomas dicho procedimiento también puede iniciarse a instancia de farmacéutico/s interesado/s (Cataluña, Navarra, Murcia)¹¹⁹, de los Ayuntamientos (Cataluña, Comunitat Valenciana, Murcia) o a petición de los colegios oficiales de farmacéuticos (Comunitat Valenciana, Murcia).

¹¹⁹ El procedimiento planificado que recoge el proyecto de Ley de farmacia del País Vasco, para la creación de farmacias se inicia de oficio por el Departamento de Sanidad y se lleva a cabo mediante un concurso de méritos. Junto con este procedimiento, la ley ha previsto otro, que se inicia a solicitud de la farmacéutica, del farmacéutico o de las y los farmacéuticos interesados en crear una farmacia en un municipio que carezca de ella.

Respecto a la tramitación y resolución de dicho procedimiento, en la mayoría de los casos la competencia le corresponde a la Consejería competente en materia sanitaria; en otros, ésta ha sido delegada en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

3.2.2.2.2 El procedimiento de autorización de oficinas de farmacia en la Comunitat Valenciana

Ya que estamos abordando cómo es el procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia, considero que debemos hacer una breve referencia al de la Comunitat Valenciana, por ser en ésta donde se desarrolla este trabajo de investigación.

El artículo 5 de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, somete a las Oficinas de Farmacia a autorización administrativa previa a su creación, apertura y funcionamiento, ampliación, modificación, traslado o cierre, a la vez que otorga a la Conselleria de Sanidad la competencia para el trámite y resolución de los expedientes derivados de la misma.

Por otro lado, en los artículos 16 y siguientes de dicha ley se fijan los criterios de planificación de las Oficinas de Farmacia a los que debe someterse la Conselleria de Sanidad para determinar el número de éstas que sean necesarias para prestar una adecuada atención farmacéutica que cubra las necesidades de la población. Asimismo, el artículo 18 de la citada Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, modificado por la Ley 5/2003, de 28 de febrero y 7/2006, de 9 de junio y 10/2012, 21 diciembre, fija la necesidad de establecer reglamentariamente un procedimiento administrativo específico para la autorización de nuevas Oficinas de Farmacia estableciendo como base los principios de publicidad y transparencia y los apartados que necesariamente han de tenerse en cuenta en el baremo que deba aplicarse para resolver las peticiones de los farmacéuticos interesados en la nueva apertura

Este procedimiento fue regulado por el Decreto 149/2001, de 5 de octubre, por el que se establece el procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia¹²⁰, cuyos aspectos más relevantes se resumen a continuación.

a) Iniciación

El procedimiento se iniciará de oficio, mediante resolución que será publicada en el Diari Oficial de la Generalitat (DOCV), como mínimo, anualmente, dentro del primer trimestre natural del año, determinando en aplicación del módulo general, el número de nuevas Oficinas de Farmacia necesarias que se podrán establecer en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

También podrán iniciarse a solicitud de las entidades locales (mediante acuerdo del pleno de su órgano de gobierno, en el que se haya decidido presentar la solicitud), de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana (mediante acuerdo de su Junta de Gobierno), o de los farmacéuticos interesados, procedimientos administrativos a fin de determinar, en aplicación del módulo turístico las Oficinas de Farmacia complementarias que se puedan establecer, debiéndose aportar en cualquier caso la documentación acreditativa del número de viviendas de segunda residencia, plazas hoteleras, campings y demás alojamientos temporales, mediante los oportunos certificados emitidos por los organismos oficiales competentes en la materia.

¹²⁰ En la Comunitat Valenciana, mediante Decreto 105/1998, de 21 de julio, sobre competencias en materia de ordenación farmacéutica se otorgó a la Secretaría General de la Conselleria de Sanidad la competencia para el trámite y resolución de los expedientes de autorización, para la creación, modificación, traslado, transmisión y supresión de las Oficinas de Farmacia de la Comunidad Valenciana que el Decreto 62/1986, de 19 de mayo, en cuanto al trámite y propuesta de resolución de los expedientes, atribuía a los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Alicante, Castellón y Valencia, y que la Resolución de 20 de junio de 1986, en cuanto a la resolución administrativa de los mismos, delegaba en el plazo de un mes todos los expedientes, documentación e información generada por el ejercicio de esas competencias debían ponerse a disposición de dicha Conselleria de Sanidad por parte de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

b) Resolución del procedimiento

Instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se iniciará trámite de audiencia por un periodo de diez días. Posteriormente, mediante Resolución motivada del conseller de Sanidad, que será publicada en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana dentro del plazo de seis meses desde que se inició el expediente de oficio, se determinará el número de nuevas Oficinas de Farmacia necesarias para prestar una adecuada atención farmacéutica, fijando el número de las que se podrán establecer en el ámbito de la Comunidad Valenciana. En el mismo plazo de 6 meses se resolverán los procedimientos iniciados a petición de las entidades locales, de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y de los farmacéuticos interesados en aplicación del módulo turístico.

c) Procedimiento para la adjudicación de las autorizaciones.

Por su parte, mediante Resolución del director general para la Prestación Farmacéutica, se abrirá el plazo para la presentación de solicitudes para la adjudicación de las autorizaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente Decreto y por las Órdenes que lo desarrollen. La convocatoria será publicada en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, a los efectos previstos en el artículo 59.5.b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se nombra una Comisión de Baremación, que será la responsable de valorar los méritos alegados por cada solicitante, que estará compuesta por representantes de la administración y de las organizaciones representativas del sector farmacéutico legalmente constituidas.

Las autorizaciones se adjudicarán a los solicitantes atendiendo a la puntuación obtenida por cada uno de ellos con arreglo al baremo que al efecto se establezca. De conformidad con el citado art. 18 de la LOFCV "Dichos criterios de selección tendrán en cuenta principalmente la experiencia profesional, preferentemente en oficinas de farmacia de la

Comunidad Valenciana, especialmente en poblaciones de menos de 800 habitantes, la valoración mediante una prueba escrita de los conocimientos de atención sanitaria y farmacéutica, con un peso porcentual del veinticinco por ciento del total de los puntos a obtener, currículum académico, formación profesional complementaria, docencia e investigación, conocimiento del valenciano y de otras lenguas de la Unión Europea". Estos criterios se establecieron por Decreto 198/2003, de 3 de octubre, del Consell de la Generalitat, que ha sido modificado por el Decreto 45/2010, de 12 de marzo y 8/2011 de 4 de febrero.

Finalizada la baremación, se elaborará una lista provisional de todos los concurrentes con las puntuaciones obtenidas o, en su caso, el motivo de la exclusión, que será objeto de publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana y en los tablones de los Servicios Centrales de la Conselleria de Sanidad y en los de sus Direcciones Territoriales, otorgando un plazo de 15 días hábiles, desde el día siguiente al de la publicación en el DOCV a fin de que los interesados puedan formular las reclamaciones que consideren oportunas.

Efectuadas las subsanaciones, en su caso, y analizadas las reclamaciones presentadas, el director general para la Prestación Farmacéutica dictará resolución que se publicará de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, que contendrá lista definitiva de los farmacéuticos solicitantes así como el lugar y fecha para efectuar el acto de adjudicación.

Finalmente, se procederá a efectuar la adjudicación de las autorizaciones. Las autorizaciones de nuevas Oficinas de Farmacia, cuyas aperturas no puedan llevarse a efecto por cualquier motivo, se incorporarán al siguiente proceso de adjudicación que se convoque.

3.2.2.2.3 Comunidades Autónomas con competencias delegadas en los Colegios Profesionales

En la actualidad Cataluña y Aragón siguen teniendo delegada en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos la competencia en relación en cuanto al procedimiento administrativo de autorización de apertura de oficina de farmacia, lo que supone una continuidad con respecto al procedimiento existente anteriormente.

En concreto, de acuerdo con el Decreto 12/1992, de 20 de enero, los Colegios de Farmacéuticos de Cataluña tienen delegadas, entre otras, el ejercicio de la competencia de autorización para la creación, la construcción, modificación, adaptación o supresión de las oficinas de farmacia.

Según datos del Consell de Col·legis Farmacèutics de Catalunya¹²¹ hasta el 31 de diciembre de 2013 (último dato disponible) se estaban tramitando un total de 1692 solicitudes de nuevas oficinas de farmacia; de éstas, los Colegios resolvieron pendientes de resolución por el Departamento de Salud 546 solicitudes de las cuales 14 correspondían a la autorización de una apertura de nueva oficina de farmacia.

En Aragón mediante convenio de fecha 9 de noviembre de 2001 (BOA 24 de diciembre de 2001) se delegó en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, entre otros procedimientos, los de autorización de oficinas de Farmacia. Este mismo año mediante Orden de 5 de enero de 2011, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se dispone la publicación del Convenio de colaboración entre el Departamento de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Huesca, Teruel y Zaragoza sobre la coordinación en la tramitación administrativa de las Oficinas de Farmacia, que recoge entre otras, la delegación citada (BOA 13 de enero de 2011).

¹²¹ Memoria 2013 Consell de Col·legis Farmacèutics de Catalunya

3.2.3 MODELOS DE ADJUDICACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

3.2.3.1 Introducción

Según datos del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos ¹²² a 31 de diciembre de 2014 en España había 21.845 oficinas de farmacia, 294 más que en 2013.

El 35,9% de las farmacias están situadas en capital de provincia-7.855- mientras que el 64,1% -13.999 farmacias- están situadas en municipios que no son capital de provincia.

La apertura de farmacias como se viene poniendo de manifiesto está condicionada al modelo de adjudicación de las mismas que las CCAA han establecido.

Del análisis de la legislación, se pueden distinguir tres modelos en la adjudicación de oficinas de farmacia: el navarro, el catalán y el del resto de Comunidades Autónomas. En este último grupo la adjudicación se realiza por concurso, por ello se analizarán detalladamente las características del mismo en especial aquellas que difieren de unas Comunidades Autónomas a otras.

3.2.3.2 El modelo de la Comunidad Foral Navarra

El artículo 24.4 de la Ley 12/2000, de 16 de noviembre de Atención Farmacéutica, establece que "El procedimiento para la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia se ajustará a lo dispuesto en la presente Ley Foral, a las normas de desarrollo reglamentario que se dicten al efecto y en todo caso a las normas del procedimiento administrativo común, siendo conforme a los principios de publicidad, transparencia y en su caso concurrencia".

¹²² Estadísticas de Colegiados y Oficinas de farmacia 2014. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos. http://static.correofarmaceutico.com/docs/2015/05/12/estadisticas_farmacia.pdf

En la Comunidad Foral de Navarra la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia es solicitada por parte de los farmacéuticos interesados, siendo la administración la que resolverá si dicha solicitud se adecua a los criterios de planificación establecidos en el procedimiento. Es decir, la adjudicación de oficinas de farmacia no se resuelve por concurso.

El Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio, por el que se dictan normas de desarrollo de la citada Ley Foral en materia de oficinas de farmacia regula el procedimiento de apertura de oficinas de farmacia en esta Comunidad Foral.

En el art. 3 del mismo se establecen las actuaciones que ha de llevar a cabo la administración sanitaria, señalando entre otras que el Departamento de Salud verificará que todas y cada una de las Zonas Básicas de Salud y/o localidades tengan cubiertas las previsiones mínimas resultantes de aplicar los criterios de planificación, y que para considerar cubiertos los mínimos se tendrán en cuenta todas las oficinas de farmacia autorizadas, aun cuando estén pendientes de apertura al público; asimismo y respecto de las Zonas Básicas de Salud y/o localidades que pudieran resultar deficitarias deberán resolverse previamente todas las solicitudes que puedan existir para las mismas.

No obstante, tal y como preceptúa el art. 3.2 si el Departamento de Salud comprueba de acuerdo con los criterios de planificación que en alguna de las Zonas Básicas de Salud y/o localidades se precise la instalación de oficinas de farmacia, hará publico este extremo en el Boletín Oficial de Navarra e iniciará de oficio el procedimiento para su provisión quedando paralizada la tramitación de autorizaciones de apertura y traslado en tramitación en las restantes Zonas Básicas de Salud y/o localidades de Navarra.

Pero es concretamente en el art. 4 donde se fijan el procedimiento de apertura de oficinas de farmacia. Este artículo fue modificado mediante

Decreto Foral 72/2006, de 16 de octubre de modificación del citado Decreto Foral 197/2001, de 16 de julio¹²³.

El farmacéutico interesado realiza la solicitud mediante instancia dirigida al Departamento de Salud, acompañando el Título de Licenciado en Farmacia del solicitante o indicación de hallarse registrado el título en el Departamento de Salud, la designación del local donde pretenda ubicarse la oficina de farmacia así como certificado de técnico competente, planos de situación; además del justificante de abono de tasa. Asimismo se debe aportar la documentación acreditativa de la condición de farmacéutico regente, adjunto, sustituto o titular único así como acreditación de la experiencia previa de atención farmacéutica en oficina de farmacia concertada con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y la nota promedio de la licenciatura, valorándose la experiencia acreditada hasta el día del anuncio en el Boletín Oficial de Navarra.

En cuanto a la prioridad en el derecho de apertura, ésta se reconoce conforme al orden cronológico de presentación de las respectivas solicitudes, que en el caso de no acreditar de modo fehaciente el momento preciso de su presentación se acumularán al final del día correspondiente.

Los méritos para establecer el orden de prelación en caso de concurrencia son los siguientes: mayor experiencia profesional como farmacéutico, en los últimos 10 años a razón de 0,1 punto por cada mes. Los empates producidos según este criterio, se resolverán a favor del que acredite una mejor nota promedio en la licenciatura, a razón de 0,1 punto por cada

¹²³ El Decreto 72/2006, de 16 de julio (BOE 130, de 30 de octubre de 2006) modificó entre otros, los apartados a y b del artículo 4 del Decreto Foral 197/2001, de 16 julio. Inicialmente debía acompañarse el Título de Licenciado en Farmacia, tras la modificación de 2006 es posible también señalar la indicación de hallarse registrado el título en el Departamento de Salud. Asimismo, en cuanto a la documentación a acompañar para la designación de local donde pretenda ubicarse la oficina de farmacia, se suprime la exigencia de acompañar el documento acreditativo del título jurídico que garantice el derecho real de disfrute y la disponibilidad del local para el ejercicio de la actividad de la oficina de farmacia con el fin de adecuarla a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005 (este requisito se consideró demasiado riguroso y fue anulado al entender que "el local ha de reputarse un bien fungible que puede ser sustituido por otro si resulta adecuado al objeto de la citada apertura. Todo lo cual ha de observarse en un marco de mayor flexibilización en la implantación de nuevas oficinas de farmacia que parte de la doble condición de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público").

aprobado, 0,2 puntos por cada notable, 0,3 puntos por cada sobresaliente y 0,4 puntos por cada matricula de honor.

En el supuesto contemplado en el citado artículo 3.2, el otorgamiento de las autorizaciones de las oficinas de farmacia se resolverá por el orden de prelación que resulte de aplicar los criterios establecidos en el artículo 26.2.b)¹²⁴ de la Ley Foral de Atención Farmacéutica.

Si la oficina de farmacia fuera solicitada conjuntamente por dos o más farmacéuticos, la puntuación será la media ponderada en función de la participación de cada uno de los solicitantes en la titularidad.

3.2.3.3 El modelo de Cataluña

El artículo 7 de la Ley 31/1991, de 13 de diciembre de ordenación farmacéutica de Cataluña establece que reglamentariamente se fijará el baremo que recoja las circunstancias o méritos que se deberán tener en cuenta para otorgar la autorización de nuevas oficinas de farmacia.

Es el Decreto 40/1992, de 17 de febrero (DOGC núm. 1564, de 4.3.1992), el que establece el procedimiento de autorización para la creación, construcción, modificación, adaptación o supresión de oficinas de farmacia¹²⁵; y el Decreto 173/1992, de 4 de agosto¹²⁶, el que fija el baremo

¹²⁴ Art. 26.2b La apertura de nueva oficina de farmacia se resolverá en primer lugar por reordenación de los farmacéuticos a favor del solicitante que acredite mayor experiencia previa de atención farmacéutica en oficina de farmacia concertada con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como farmacéutico regente, adjunto, sustituto o como titular único de oficina de farmacia situada en una Zona Básica de Salud que cuente con más número de oficinas de farmacia que las que resulten de la planificación establecida en el artículo siguiente. La experiencia previa se acreditará mediante la presentación de los contratos suscritos o en su caso certificación de la antigüedad en la titularidad. De no haber solicitantes que reúnan dichas características, la apertura de nueva oficina de farmacia se resolverá a favor del licenciado en Farmacia sin oficina de farmacia que acredite la mayor nota promedio en la licenciatura.

¹²⁵ La disposición adicional primera de este decreto señala que "cuando se hayan de presentar en un mismo día diversas solicitudes de oficinas de farmacia, al amparo del artículo 7.2.a de la ley en las que concurra identidad de objeto y no se pueda determinar que solicitud se ha presentado en primer lugar, se establecerá el orden de prioridades aplicando el baremo previsto.

¹²⁶ http://www4.gencat.cat:83/basisbwdocstotales/sframes_recerca.htm

para la autorización de nuevas oficinas de farmacia viene a reglar en su anexo dicho baremo.

El baremo establecido en esa CCAA, con carácter general, es el siguiente:

- Se establece, en primer lugar, una puntuación dependiendo si el ejercicio como farmacéutico es como titular, regente o en otros centros o modalidades. En concreto:

- a) en el caso de que el ejercicio sea como farmacéutico titular de una oficina de farmacia la puntuación varía dependiendo de donde ésta se encuentre ubicada: en área básica de montaña (1 punto al año con un máximo de 10 puntos), en área rural o semiurbana (0,8 puntos al año con un máximo de 8 puntos) o en área básica urbana (0,6 puntos al año con un máximo de 6 puntos).

- b) Si el ejercicio es como farmacéutico regente, sustituto o adjunto o en oficina de farmacia durante los últimos diez años: 1 punto por año hasta un máximo de 10.

- c) Si el ejercicio lo es en otros centros bien de atención farmacéutica bien distribuidores de productos farmacéuticos o centros de dispensación o distribución de medicamentos veterinarios, esta puntuación es de 0,5 puntos/año (hasta un máximo de 5 puntos) en el primer caso o de 0,4 puntos/año (hasta un máximo de 4 puntos) en el segundo caso.

- d) En el caso de ejercicio en otras modalidades profesionales esta puntuación se reduce a 0,3 puntos/año (hasta un máximo de 3 puntos).

- En cuanto a la puntuación académica, la licenciatura puntúa 0,5 puntos mientras el grado de doctor puntúa 2 puntos. También se incluye en el baremo el estar en posesión de otros títulos (diplomado en sanidad, oposición al cuerpo de farmacéuticos titulares municipales, ejercicio como catedrático o profesor, certificados y diplomas, etc.).

- Puntúan asimismo las publicaciones en los últimos cinco años: 0,1 punto hasta un máximo de 1.
- Por último, se barema estar en posesión del título que acredite un conocimiento superior de la lengua catalana.

3.2.34 El procedimiento de autorización en las Comunidades Autónomas

La mayoría de CCAA han optado por instaurar el procedimiento del concurso como cauce para obtener por parte de un farmacéutico una oficina de farmacia. Como pone de manifiesto Cueto Pérez, la implantación de un sistema de selección de concurrencia competitiva implica la creación previa de un baremo en el que se señalen los méritos y circunstancias que se han de tener en cuenta en la valoración de las solicitudes, asignando a cada uno de ellos una puntuación determinada¹²⁷.

Se dedica a continuación, dada la trascendencia que tiene, un apartado específico dedicado al concurso como forma de adjudicación de la autorización para la apertura de oficinas de farmacia.

3.3 EL CONCURSO COMO PARTE DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE NUEVAS OFICINAS DE FARMACIA

Son muchas y de muy diversa índole las cuestiones que se plantean sobre el concurso como procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia, en especial las referidas al baremo de méritos que se fija a la hora de optar a ser titular de una oficina de farmacia.

No existe un criterio unánime al respecto en las diferentes Comunidades Autónomas y ha sido la jurisprudencia la que ha venido matizando algunos de ellos, en especial la dictada por el TJUE y que ha supuesto precedente en

¹²⁷ Cueto Pérez, M. “Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica”. Op cit pág 168

el ordenamiento jurídico español en el ámbito de la ordenación farmacéutica; lo que ha llevado a las Comunidades Autónomas a introducir modificaciones en su normativa.

Pero la cuestión más relevante que debemos plantearnos en cuanto a la aplicación de los baremos, desde mi punto de vista debe ser la de qué buscamos con la aplicación de los mismos; es decir, que perfil profesional es el que queremos que acceda con carácter prioritario en la adjudicación de una oficina de farmacia teniendo en cuenta que se trata de un establecimiento sanitario en el sentido que se ha expuesto en los capítulos anteriores, y en base a esto qué méritos deben incluirse en los baremos. Es decir, ¿se debe dar prioridad a quién haya desempeñado su desarrollo profesional en oficina de farmacia?, o por el contrario ¿se debe dar prioridad a la formación de los profesionales y a otros aspectos como los actualmente vigentes?. Estamos al final equiparando el acceso a una farmacia a lo que ocurre con la función pública.

En todo caso, es evidente que cualquier criterio por el que se opte debe buscar la objetividad con el fin de asegurar la igualdad en el acceso a la misma, y en aplicar criterios de mérito y capacidad.

Y en este sentido el Tribunal Constitucional (vuelve a insistir en la STC 181/2014 de 6 de noviembre referente a la Ley de Farmacia de Andalucía) ya ha afirmado que "la regulación por la Ley autonómica de un concurso para la adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia no es contrario a lo establecido en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia. Tampoco lo son los criterios de baremación relacionados con el mérito y capacidad, como son los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional, pues tratándose una «actividad privada» de incuestionable «interés público» (sujeta al régimen de autorización), aun sin tratarse estrictamente del acceso a la función pública, «resulta ineludible aplicar los principios de mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de funciones propias del servicio farmacéutico, pudiendo entenderse que estas indicaciones están ínsitas en el principio de

transparencia (recogido en el art. 11 de la Ley 3/1996). Todo ello sin perjuicio de que los principios del mérito y la capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública, estatal o autonómica de servir a los intereses generales con objetividad (art. 103.1 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).» (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3)”.

Desde mi punto de vista lo que viene a declarar el Tribunal Constitucional es sumamente destacable en cuanto a que el concurso de farmacia se basa en los criterios que ya vienen recogidos en el marco de la función pública, aunque no se trate estrictamente de acceso a la misma.

3.3.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

El sistema de concurso para regular la apertura de oficinas de farmacia se ha ido generalizando en la mayoría de Comunidades Autónomas. La STS de 23 de septiembre de 2009 ya señaló que “aun tras la Ley 16/1997, el sistema de concurso como forma de regular la apertura de oficinas de farmacia es perfectamente viable al ser esta Ley una continuación de la normativa anterior fundamentalmente el Real Decreto ley 11/96”.

Para describir las características generales de los concursos resulta imprescindible detallar con precisión cuales son los parámetros propios sobre los que se desarrollará el concurso.

3.3.2 REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN

Respecto a la participación en el procedimiento, reiterada jurisprudencia ha precisado que quien participa en un proceso concursal debe aceptar sus reglas (STS de 29.01.50, 17.10.57, 27.04.64, 18.10.78, 10.03.82, 23.01.85, 18.11.87, 06.02.88, 20.04.92, 05.10.99 y 17.10.00), más aún cuando se establecen en una norma reglamentaria que se ha consentido.

En el caso concreto de los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia, con carácter general los requisitos generales de participación son estar en posesión del título de licenciado en farmacia, la colegiación del interesado o la aportación de diversa documentación, entre otros.

3.3.2.1 Licenciado en farmacia

El principal requisito que se exige a la hora de participar en el procedimiento en cuestión no es otro que la necesidad de estar en posesión del título de licenciado en farmacia o en su caso disponer del resguardo de su solicitud.

La primera regulación oficial de los estudios de Farmacia en España se realiza mediante las Reales Ordenanzas de 24 de marzo de 1800, donde los farmacéuticos se debían formar durante dos años de estudio teórico y otros dos de estudio práctico, en el Real Colegio de Medicina y Cirugía. Posteriormente, sería con la Real Orden de 27 de noviembre de 1804 donde se regularía el régimen y gobierno de las Facultades de Farmacia, y se creó los Reales Colegios de Farmacia¹²⁸. En 1815 se produjo un cambio importante en la docencia de la carrera, pasando a constar de cuatro cursos. En 1843, las enseñanzas se ampliaron a cinco cursos, unificándose e intercalándose con los estudios de Medicina. En 1845 se permitió el primer establecimiento de las Facultades de Farmacia en Madrid y Barcelona¹²⁹.

En la actualidad ese título ha pasado a denominarse y estructurarse como Grado en Farmacia, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2007 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades y el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero de que modifica el Real Decreto 1393/2007, de 2 de febrero, por el que se establece la ordenación de las

¹²⁸ J. ESTEVA DE SAGRERA, "Historia de la Farmacia. Los medicamentos, la riqueza y el bienestar" Masson, Barcelona, 2004, p. 359.

¹²⁹ Del Castillo García, B, "Plan de Estudios", Encuentro Farmacéutico, Facultades de Farmacia y Colegios Profesionales, Consejo General de Colegios Oficiales, Madrid, 1990, pp. 7-18. Citado también en Celine Baes, tesis doctoral "El uso racional del medicamento. Fundamento de la intervención administrativa en el sector farmacéutico". Universidad de Granada. Dirigida por F. Villalba

enseñanzas universitarias oficiales y el Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado.

El libro Blanco "Título de grado en farmacia" de la Agencia Nacional de la Evaluación de la Calidad y Acreditación¹³⁰ repasa los aspectos más destacados en relación al citado título. Así recuerda que el Decreto de Ordenación de la Facultad de Farmacia de 1944 fija en su artículo quinto que "El título de licenciado en Farmacia habilita al que lo posea: Primero: Para el ejercicio de la profesión farmacéutica en la dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia oficiales y particulares".

El artículo 6.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, preceptúa en su apartado b) Farmacéuticos: corresponde a los Licenciados en Farmacia las actividades dirigidas a la producción, conservación y dispensación de los medicamentos, así como la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública.

En realidad dicho requisito es obvio ya que resulta necesario estar en posesión del título de licenciado en farmacia es condición indispensable para ser propietario de una oficina de farmacia.

3.3.2.2 Colegiación

En la actualidad es requisito obligatorio para desempeñar la profesión farmacéutica el hecho de pertenecer a un Colegio Profesional. Sin embargo, esta circunstancia ha variado a lo largo de los años.

A mediados del siglo XIX la colegiación era voluntaria. El RD de 28 de mayo de 1855 estipula que el boticario, siempre que estableciese su residencia para el ejercicio de su facultad en cualquier punto de la península, estaba obligado a presentar su título en el Colegio o Subdelegación respectiva. Las

¹³⁰ http://www.aneca.es/var/media/150368/libroblanco_farmacia_def.pdf

Ordenanzas de 1860 no hacen mención alguna sobre la necesidad de colegiación¹³¹.

Será en 1898¹³² cuando se publiquen los Estatutos para el régimen y el gobierno de los Colegios médicos y farmacéuticos que configuran inicialmente el antecedente de la colegiación; sin embargo, pocos años más tarde, en 1902 volverá a dejar de ser obligatoria la colegiación.

Será de nuevo con la Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 6 de diciembre de 1917, la que establecerá definitivamente la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión y la obligatoriedad de los Colegios de crear los "Estatutos de los Colegios Farmacéuticos".

Posteriormente, la Orden de 28 de septiembre de 1934 estableció en su Base I que en todas las capitales de provincia debía existir un Colegio Profesional; y la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 dedica la Base XXXIV a la organización profesional. En 1938 se crea el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

La regulación de los Colegios profesionales se realiza con carácter general mediante la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales que ha sido modificada en diversas ocasiones (para adaptarla principalmente, a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior , así como mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de

¹³¹ Vidal Casero M.C. "Derecho Farmacéutico" op cit 1, en Capítulos XI a XIII están dedicados a los Colegios Profesionales de Farmacia. Pag 463 y sg.

¹³² R. D. 12 de abril de 1898, publicado en la Gaceta de Madrid nº 105 del viernes 15 de abril de 1898. DT 1ª la constitución de los Colegios de Farmacéuticos en los dominios de España deberá tener lugar dentro del más breve plazo. Para conseguir este resultado, el Gobernador de cada provincia nombrará en el plazo de un mes una Junta compuesta de siete Doctores ó Licenciados en Farmacia que residan, á ser posible, en la capital de la provincia, designando dicha Autoridad al que haya de ejercer el cargo de Presidente, y desempeñando el de Secretario el que tenga el título profesional de fecha más moderna, y en igualdad de circunstancias, el más joven. En las capitales de provincia donde no hubiese el número de Farmacéuticos que fija el párrafo anterior, se constituirá la Junta con los que existieran. <http://www.cofpo.org/index.php/historia-es.html>

servicios y su ejercicio), y a ellos se refiere también el art. 36 de nuestra Constitución precisando que “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

En los últimos años se ha venido tramitando un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios profesionales, en los que se preveía la colegiación obligatoria de la profesión farmacéutica. Sin embargo, este Anteproyecto de Ley está paralizado en la actualidad, por lo que se mantiene vigente la normativa existente.

No obstante, el dictamen del Consejo de Estado relativo al citado Anteproyecto de Ley, advertía que el requisito de la colegiación obligatoria constituye una barrera de entrada al ejercicio de la profesión y, por tanto, debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios¹³³. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3.3.2.3 Aportación de documentación

Sin embargo, con carácter general deben aportarse otros documentos como son: fotocopia compulsada del DNI, justificante de haber ingresado la tasa de participación, hoja de autobaremación, etc.

¹³³ Dictamen del Consejo de Estado de 27 de febrero de 2014 relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1434>

3.3.2.4 Las características de la solicitud de participación

Cada farmacéutico de forma individual debe solicitar la participación en el procedimiento en cuestión. Sin embargo, deben admitirse también las solicitudes conjuntas tal y como ha señalado la jurisprudencia.

En nuestra Comunitat, la administración valenciana venía manteniendo el criterio de que la solicitud para participar en el procedimiento de adjudicación debía formularse por cada farmacéutico individualmente, no aceptándose solicitudes formuladas por dos o más farmacéuticos conjuntamente. Así lo recogía el art. 4.2 del Decreto 198/2003, de 3 de octubre.¹³⁴

Pero dicho criterio se anuló en virtud de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de fecha 30 de diciembre de 2004, ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2008¹³⁵, al considerar la misma que la disposición legal que sustentaba la postura de la administración infringía el régimen de acceso a la propiedad, así como el artículo 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia y el artículo 9¹³⁶ de la Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunitat Valenciana.

¹³⁴ Decreto 198/2003, de 3 de octubre por el que se establecían los criterios de selección y su correspondiente valoración a aplicar en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia en dicha Comunidad Autónoma, que se recogían, en el Decreto 149/2001, de 5 de octubre, del Consell de la Generalitat

¹³⁵ La Sentencia TSJCV de 30 de diciembre de 2004 anuló y dejó sin efecto algunos preceptos del Decreto 198/2003, de 3 de octubre, por el que se establecían los criterios de selección y su correspondiente valoración a aplicar en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia en dicha Comunidad Autónoma, que se recogían, en el Decreto 149/2001, de 5 de octubre, del Consell de la Generalitat. Entre otros, y en lo que aquí interesa el art. 4. 2.7 así como el apartado I. Méritos Profesionales, en sus apartados 1 y 2; y el Apartado II. Formación Profesional Complementaria, en su apartado 4 (ambos del Anexo del citado Decreto). Esta sentencia fue ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 17 de junio de 2008.

¹³⁶ Artículo 9 Ley de Ordenación Farmacéutica de la CV "La titularidad de la Oficina de Farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos que serán sus propietarios o propietarias"

En la mentada sentencia, la Administración demandada y el Colegio de Farmacéuticos venían sosteniendo para apoyar su postura, que "una cosa era la titularidad de las Oficinas de Farmacia y otra la participación en el procedimiento de adjudicación, que al tratarse de un concurso en el que confluyen méritos de carácter personal, sólo pueden valorarse con carácter individual, puesto que lo contrario conllevaría confusión con otros copartícipes".

Sin embargo, la Sala no compartió dichos argumentos por dos razones fundamentales:

La primera, se sustentaba en lo establecido en el artículo 9 de la Ley 6/1998 de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana "La titularidad de la Oficina de Farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos o farmacéuticas que serán sus propietarios o propietarias..."; así como en lo preceptuado en el artículo 4.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de Servicios en las Oficinas de Farmacia "La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos". En base a ello se entendía que el precepto impugnado al no aceptar las solicitudes conjuntas de 2 o más farmacéuticos, vulneraba los preceptos de las Leyes antes especificados.

La segunda, se apoyaba en que los problemas alegados por la administración en cuanto a la confluencia de méritos de carácter personal, serían fácilmente subsanables adoptando una solución análoga a la establecida en el Decreto 17/2001, de 16 de febrero, del Gobierno de la Región de Murcia¹³⁷ que contrariamente al valenciano sí permitía solicitudes conjuntas de farmacéuticos, computándose los méritos de todos ellos.

La administración valenciana con el fin de dar cumplimiento a lo estipulado por la Sala incorporó (antes de que se dictara STS) esta posibilidad de solicitud conjunta mediante la modificación del art. 18 de la Ley de

¹³⁷ Por Orden de 16 de febrero de 2.001, por la que se establece el nuevo baremo para la valoración de méritos aplicables a los procedimientos de apertura de oficinas de farmacia

Ordenación Farmacéutica de la Comunitat Valenciana, redacción dada por la Ley 7/2006, de 9 de junio que estipula ahora *“Las solicitudes de participación en los procedimientos de adjudicación de oficinas de farmacias serán, en todo caso, individuales, sin perjuicio de que cualquier farmacéutico que cumpla con los requisitos establecidos pueda acceder a la cotitularidad de una oficina de farmacia ya autorizada en los términos establecidos en la presente Ley”*.

3.3.3 LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN

3.3.3.1 Edad

a) La doctrina del TC relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación.

Con carácter general el TC tienen fijada doctrina relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación. Esta doctrina, tal y como se señala en la STC 63/2011, de 16 de mayo FJ3, fue resumida en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y la misma viene a destacar:

“El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas..... El principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad

pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)”.

“La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE.....; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11)....

Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias

incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en aplicación del cual este Tribunal ha llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley.”

b) Edad como requisito de participación en los concursos de oficinas de farmacia

En algunas CCAA se han establecido límites de edad como requisito de participación en los concursos. Es evidente que se trata de una limitación máxima de la edad de participación pues la mínima es la que tiene el solicitante en el momento en que se finaliza la carrera de farmacia y obtiene la licenciatura.

En ese sentido, los límites de edad que como tope se han venido fijando para que los farmacéuticos puedan participar en los concursos son los 65 años como recogía Extremadura, Castilla-La Mancha, Baleares, La Rioja, Castilla-León, y hasta los 70 que estipula la normativa de la Comunitat Valenciana. Por tanto, inicialmente, superados esos límites de edad no se podrá ser partícipe en dicho procedimiento administrativo.

Sin embargo, la cuestión relativa a la fijación de un límite de edad para poder participar en los concursos ha motivado la impugnación de aquellas normas que la incluían como causa de exclusión en la participación.

El Tribunal Constitucional ha resuelto diversas cuestiones de constitucionalidad fijando doctrina al respecto en las SSTC 63/2011, de 16 de mayo, 79/2011, de 6 de junio, 117/2011, de 4 de julio y 161/2011, de 19 de octubre, en las que se declaró la inconstitucionalidad de las prohibiciones del acceso a autorizaciones de nuevas oficinas de farmacia a mayores de sesenta y cinco años contenida en las Leyes 4/1996, de 26 de

diciembre, de Castilla-La Mancha¹³⁸; 5/1999, de 21 de mayo, de Galicia¹³⁹; 4/1999, de 25 de marzo, de Aragón¹⁴⁰ y 3/1996, de 25 de junio, de Extremadura¹⁴¹, al considerarla una discriminación arbitraria por razón de la edad que no quedaba justificada. Y más recientemente también en la STC 78/2012, de 16 de abril del 2012, en relación al art. 34.2, párrafo segundo, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco al implicar una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE).

En síntesis los argumentos que se esgrimen para la declaración de inconstitucionalidad son, entre otros, los siguientes:

- La edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad recién mencionadas, la respuesta a la duda de constitucionalidad planteada vendrá dada por la valoración de las razones esgrimidas por los órganos autonómicos en pro de la justificación constitucional del distinto tratamiento que la ley cuestionada dispensa a los mayores de sesenta y cinco años. Bien entendido que, al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del art. 14

¹³⁸ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6191-2001, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha.

¹³⁹ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 12-2005, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia respecto del primer inciso del art. 19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica

¹⁴⁰ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6725-2009, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo respecto del inciso inicial del art. 24.4 de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón.

¹⁴¹ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 251-2005, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del art. 11 de la Ley de la Asamblea Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, de 25 de junio, desarrollada por el Decreto del Gobierno de Extremadura 121/1997.

CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucionalidad de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación. (FJ4 STC 63/2011, 79/2011)

- No resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica. (FJ4 STC 63/2011, 79/2011)

- Tampoco puede admitirse que la prohibición impuesta a los mayores de sesenta y cinco años constituya una medida de acción positiva dirigida a equilibrar la desfavorable situación de partida de los integrantes de un grupo desfavorecido.

- Si la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia, la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años.

3.3.3.2 Prohibiciones de participación de titulares de oficinas de farmacia

Las prohibiciones de participación se establecen para aquellos farmacéuticos que ya son titulares de oficina de farmacia.

a) En la misma zona de salud, zona farmacéutica o municipio

En algunas CCAA se establece esta prohibición a los titulares de oficinas de farmacia en la misma zona de salud o zona farmacéutica como Cataluña, Galicia, Aragón (salvo en las zonas de salud no urbanas cuando la nueva

apertura sea en otro municipio), Castilla-León (salvo para las zonas farmacéuticas rurales cuando dicha apertura sea en otro municipio) y Asturias; mismo núcleo de población (Castilla-La Mancha), en el mismo municipio donde se ubique la que tiene autorizada (Andalucía, La Rioja o Comunitat Valenciana).

b) Fijación de plazos para la participación

Algunas CCAA también establecen un plazo determinado para optar a la titularidad de otra farmacia desde la fecha en que fue concedida la última autorización de apertura de la que es titular. En Castilla La Mancha, 6 años con carácter general y 3 años para oficinas de farmacia autorizadas en núcleos de población de menos de 750 habitantes¹⁴². En Baleares tampoco pueden participar quienes hayan transmitido la titularidad o cotitularidad de una oficina de farmacia dentro del territorio de la Unión Europea durante los siete años anteriores a la fecha de convocatoria del concurso¹⁴³. En Andalucía el plazo no puede ser inferior a cinco años respecto a la fecha de publicación de la convocatoria de concurso; y éste plazo se amplía a 15 en el caso de La Rioja pero referido a la última transmisión.

3.4 BAREMOS DE MÉRITOS

Entre las definiciones que la Real Academia de la Lengua otorga a la palabra baremo, se encuentra la de "Cuadro gradual establecido convencionalmente para evaluar los méritos personales...", que es el que entendemos tiene que aplicarse al contexto que estamos abordando, pues con carácter general en el marco del sistema de concurso se establece un baremo de méritos en base al cual se determinará quienes son los farmacéuticos adjudicatarios de las nuevas oficinas de farmacia.

¹⁴² Artículo 12 Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, se incrementa el número de habitantes que pasa de 500 a 750

¹⁴³ Artículo 8 Ley 1/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la ordenación farmacéutica de las Illes Balears, que incrementa el plazo de 3 a 7 años en relación a la participación derivada de transmisión de oficina de farmacia.

No existe un criterio unánime a la hora de establecer dichos baremos de méritos y de ahí cada Comunidad Autónoma en su respectivo ámbito territorial haya optado por fijar el que ha considerado más adecuado.

Con el fin profundizar en la diversificación de criterios de baremación para ser adjudicatario de una oficina de farmacia, es necesario señalar las peculiaridades propias de los mismos, para a partir de ahí volver a hacernos la pregunta con la que introducíamos este apartado y que se resume en qué pretendemos con el baremo a la hora de establecer la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia.

3.4.1 CONTENIDO

El contenido de los baremos abarca con carácter general diversos méritos¹⁴⁴ entre los que se suelen incluir la experiencia profesional, la formación académica y de postgrado, publicaciones, etc.

Algunas administraciones autonómicas lo han considerado como “una verdadera carrera profesional dentro de la oficina de farmacia”.

La puntuación obtenida tras la valoración de los méritos es la que permite que un farmacéutico obtenga la autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia.

En determinadas Comunidades Autónomas la valoración de méritos en un concurso impide que éstos se computen y valoren en concursos que se convoquen con posterioridad. En Baleares¹⁴⁵ este requisito se ha eliminado ya que se “ha puesto de relieve la dificultad técnica de aplicar esta regla,

¹⁴⁴ Artículo Ars Pharmaceutica; (50-2), pag 97-105 (2009) “Adjudicación de farmacias: análisis comparativo de baremos” de Ríos LM, Garrigues TM, Martín A, Muelas J. <http://farmacia.ugr.es/ars/articulo.php?458>

¹⁴⁵ Decreto 54/2010, de 9 de abril, por el que se modifica el Decreto 25/1999, de 19 de marzo, por el que se aprueban las zonas farmacéuticas de las Illes Balears, y el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia

pues resulta una tarea compleja determinar los concursos que se han convocado en otras Comunidades Autónomas o en el ámbito europeo y acceder a los datos de todos los concursos y concursantes”.

3.4.1.1 Experiencia profesional

Con carácter general todos los baremos cuentan con un apartado de experiencia profesional, en el que suelen distinguirse dos grandes subapartados: ejercicio en oficina de farmacia, y cualquier otro tipo de actividad donde se requiera el título de licenciado en farmacia.

Desde mi punto de vista parece lógico que se puntúe en mayor medida el haber desarrollado la labor profesional en el ámbito de la oficina de farmacia pues se está primando así la experiencia en la misma

3.4.1.1.1 La primacía o no del ejercicio en oficina de farmacia

En la mayoría de las Comunidades Autónomas excepto Canarias, Cantabria y Castilla y León, la valoración del ejercicio en una oficina de farmacia como farmacéutico se hace sin distinguir la categoría profesional (titular, regente, sustituto o adjunto). En las tres indicadas sí que se puntúan de distinta forma las diferentes modalidades de ejercicio en la misma.

Por lo que se refiere a la valoración de ejercicio profesional en modalidades diferentes a la oficina de farmacia, debe señalarse que ésta varía de forma notable en los diferentes baremos autonómicos, si bien en todos los casos, se adjudica una menor puntuación al desempeño en modalidad diferente. No obstante, dentro de esas alternativas profesionales el trabajo en servicio de farmacia hospitalaria se puntúa en segundo lugar en la mayoría de los baremos. (A título de ejemplo, en Canarias el ejercicio en oficina de farmacia como titular, cotitular, regente, sustituto o adjunto se puntúa con 0,5 puntos por mes con un máximo de 60 puntos, mientras el ejercicio en servicios de farmacia hospitalaria como facultativo especialista en farmacia hospitalaria se puntúa con 0,4 puntos por mes con un máximo de 48

puntos).¹⁴⁶ La Comunidad Autónoma de Cantabria ha ido más allá y el ejercicio como farmacéutico titular de oficina de farmacia puntúa dependiendo del tamaño del municipio donde se ha prestado dicho ejercicio (en un municipio de población inferior a 1.000 habitantes durante los últimos 10 años: 1,4 puntos por año, hasta un máximo de 14; mientras si el municipio tiene una población de 1.000 habitantes o más, este disminuye a 1,2 puntos por año hasta un máximo de 12 puntos).

La jurisprudencia, no ha seguido un criterio unánime en relación a si debe puntuarse en mayor medida dicho ejercicio profesional en oficina de farmacia que en otras modalidades.

La STS de 19-6-2001 consideró que "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".

Por el contrario, en el ámbito de nuestra Comunidad, la STS de 17 de junio de 2008 confirma la del TSJCV de 30 de diciembre de 2004 y anula el Anexo. Apartado I. Méritos Profesionales, en sus apartados 1 y 2 del Decreto 198/2003, de 3 de octubre¹⁴⁷, al considerar que se infringía el

¹⁴⁶ En Canarias el último baremo se reguló mediante ORDEN de 6 de julio de 2014, por la que se modifica la Orden de 20 de febrero de 2014, que aprueba el baremo específico de méritos y los criterios para su valoración que ha de regir el concurso de nueva adjudicación de oficinas de farmacia correspondiente al año 2014. Orden que fue modificada por la de 6 de julio de 2014.

¹⁴⁷ El Anexo del Decreto impugnado, en su APARTADO I. MÉRITOS PRORESIONALES, establecía lo siguiente:

- 1.- Ejercicio como farmacéutico titular, regente, sustituto o adjunto en una Oficina de Farmacia abierta al público: 0, 3 puntos por cada mes de ejercicio, con un máximo de 32 puntos.
- 2.- Ejercicio como farmacéutico en cualquier otra actividad: 0,13 puntos por mes completo de ejercicio, con un máximo de 30 puntos.

principio de jerarquía normativa al vulnerarse el art. 18.4 de la Ley 6/1998 de Ordenación farmacéutica de la CV, por cuanto que la puntuación que se evidenciaba en el punto de partida respecto al ejercicio como farmacéutico de oficina de farmacia con respecto al ejercicio del farmacéutico de cualquier otra actividad no satisfacía lo dispuesto en dicho precepto al no resultar equitativo¹⁴⁸.

Al respecto la Sala considera que "La distinta puntuación que se evidencia en el punto de partida, al adjudicarse 0,30 puntos por cada mes de ejercicio como farmacéutico titular en una oficina de farmacia abierta al público y 0,13 puntos por mes completo de ejercicio como farmacéutico en cualquier otra actividad, no se corresponde en su resultado final, en el que se otorga un máximo de 32 puntos en el primer caso y un máximo de 30 puntos en el segundo, puesto que se hace fracasar en el mismo, la voluntad de puntuar en mayor medida los supuestos establecidos en el número 1 ("Ejercicio como farmacéutico titular...en una Oficina de Farmacia abierta al público"), todo ello de conformidad con lo expresamente instituido en el artículo 18.4 de la Ley 6/1998 , a cuyo tenor "Dichos criterios de selección tendrán en cuenta principalmente la experiencia profesional, preferentemente en oficinas de farmacia de la Comunidad Valenciana...". En este sentido, pudiera ser que la solución al mencionado desajuste, pasara por moderar la puntuación máxima admisible en aquellos supuestos que no aprecien la experiencia en Oficinas de Farmacia".

Mediante Decreto 45/2010, de 12 de marzo, del Consell, de modificación del Decreto 198/2003, de 3 de octubre por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia, la experiencia en oficina de farmacia puede sumar hasta 32 puntos sobre un máximo de 100 como anteriormente sin embargo,

¹⁴⁸ La parte actora alegaba que ara el ejercicio en Oficina de Farmacia se valoran un máximo de 107 meses, puesto que 107 meses por 0,30 puntos/mes = 32,1 puntos; y para el ejercicio profesional en otra actividad se pueden valorar hasta 231 meses, dado que 231 meses por 0,13 puntos/mes = 30,03 punto.

el resto de experiencias laborales sólo pueden sumar un máximo de 27 puntos en vez de los 30 anteriores.

Por el contrario, la STS de 27 de diciembre de 2007¹⁴⁹ consideró que lo establecido en el Decreto referente al baremo de méritos en cuanto a la valoración del ejercicio profesional en oficina de farmacia o en otras modalidades diferentes¹⁵⁰ era discriminatorio y vulneraba lo dispuesto en los artículos 14 y 23 del texto constitucional.

En concreto la parte demandante considera contraria la superior valoración del mérito por ejercicio profesional que, según lo establecido en el Baremo de Méritos, se otorgaba al farmacéutico que lo hubiera realizado en una oficina de farmacia, frente a aquel otro que hubiera llevado a cabo "otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos", comportaba una discriminación injustificada porque, si se tomaban en consideración los

¹⁴⁹ STS por la que se estima recurso contencioso-administrativo interpuesto por la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FARMACÉUTICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA (SEFAP) contra la sentencia de 30 de julio de 2004 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 172/2004), anulando el apartado "1. Ejercicio profesional" del Baremo de Méritos del Anexo II del Decreto 353/2003, de 16 de Diciembre, por el que se regula la planificación farmacéutica en los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia en la Comunidad Autónoma Andaluza (BOJA número 6 de 12/01/2004)

En base al mismo se dictó la Orden de 3 de marzo de 2004 (BOJA nº, 47, de 9/III/2004), de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que se convocaba concurso público para la adjudicación de 182 oficinas de farmacia.

¹⁵⁰ Los preceptos a destacar de dicho Decreto en relación con el baremo de méritos son los siguientes:

Artículo 14 .Baremo de méritos:

1. En el baremo aplicable a los concursos para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se tendrán en cuenta aquellos méritos que se deriven de la valoración del expediente académico, formación postgraduada y experiencia profesional.

2. Los conocimientos académicos, formación postgraduada y experiencia profesional que se tendrán en cuenta en la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia y su valoración, así como los criterios para el desempate en caso de igualdad en la puntuación, serán los que se recogen en el Anexo II del presente Decreto.

ANEXO II BAREMO DE MÉRITOS

1. Ejercicio profesional

a) Ejercicio en oficina de farmacia como titular, regente, sustituto o adjunto en los últimos 10 años: 0,8 puntos/año hasta un máximo de 8 puntos.

b) Ejercicio como farmacéutico en otras modalidades profesionales relacionadas con los medicamentos: 0,3 puntos/año hasta un máximo de 2,5 puntos.

c) En el caso de méritos por ejercicio profesional coincidentes en el tiempo, el solicitante deberá optar por uno de ellos, pudiéndolo hacer por el que reporte mayor puntuación.

principales cometidos de una y otra, no había razones de peso para apreciar diferencias sustanciales entre esas dos modalidades de ejercicio profesional que correspondían a los farmacéuticos. Se denunciaba especialmente que con esa diferenciación, en lo que hace a la posibilidad de obtener la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, resultaban muy perjudicados los farmacéuticos que prestaban sus servicios "en los Servicios Farmacéuticos de Área de Salud", y para llamar la atención sobre la falta de justificación de tales diferencias se aducía que estos últimos farmacéuticos habían superado un proceso de selección para el ingreso en la función pública y desempeñaban "como mínimo las mismas funciones de dispensación que el farmacéutico de oficina de farmacia".

Continúa diciendo que "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".

La Sala por su parte, entiende que 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. Y tampoco ha ofrecido una explicación del criterio que ha seguido para valorar con tan acusada diferencia (0,8 puntos por año frente a 0,3, y dos maneras distintas de calcular el máximo) esas dos modalidades de práctica profesional que son consideradas. En base a esta argumentación considera fundada la infracción del citado art. 14 CE.

Como ejemplo de Comunidad Autónoma que modificó la distinción en relación a la puntuación de la experiencia profesional en oficina de farmacia

se puede citar la de Andalucía que en su concurso convocado por Orden de 8 de abril de 2010¹⁵¹, no hacía dicha distinción y otorgaba 5 puntos/año el ejercicio como farmacéutico o farmacéutica con funciones de custodia, conservación y dispensación de medicamentos en centros sanitarios, sociosanitarios o penitenciarios.

3.4.1.1.2 La puntuación del ejercicio profesional en pequeños municipios

En algunas CCAA como Andalucía¹⁵², Aragón, Cataluña, Principado de Asturias, Illes Balears, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Murcia y Comunitat Valenciana, el ejercicio profesional en el ámbito rural se puntúa como mérito adicional del baremo.

Si bien, las peculiaridades entorno a la realidad demográfica de las Comunidades Autónomas españolas hace que no exista una definición exacta de "pequeño municipio" en lo que a población se refiere en el ámbito de las farmacias. Así, mientras unos núcleos de población son considerados pequeños en una comunidad otros se clasifican como grandes en otra (a título de ejemplo Asturias y Cantabria fijan el límite en 2.800 habitantes en la Comunitat Valenciana éste es de 800 habitantes).

En relación a este punto, es importante también señalar que la falta de equidad en el baremo basada en la incorporación de este mérito ha suscitado una gran controversia al ponerse en entredicho si esa diferencia de trato suponía discriminación, y si el mismo suponía además, la vulneración del Derecho de la Unión.

¹⁵¹ BOJA Nº 79 de 26 de abril de 2010

¹⁵² En Andalucía el art. 3 de la Orden de 8 de abril de 2010, por la que se convoca concurso público para la adjudicación de oficinas de farmacia en desarrollo de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, fija tres fases distintas en el procedimiento, entre ellas la primera reserva para su adjudicación 60 oficinas de farmacia, en la que podrán participar las farmacéuticas y farmacéuticos que, a la fecha de publicación de la convocatoria, sean titulares de oficina de farmacia abierta al público en municipios, ELA, EATIM, o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de 1.000 habitantes, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es decir, se da preferencia a los farmacéuticos rurales reservándoles a ellos en una primera fase un número determinado de oficinas de farmacia.

En nuestro país la STS de Asturias de 15 de noviembre de 2004 y de 11 de noviembre de 2010 siguiendo el criterio del TSJUE no consideran que suponga trato discriminatorio.

En concreto, la STS de 15 de noviembre de 2004 que resuelve recurso de casación contra la Sentencia de 30 de abril de 2002 Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Castilla La Mancha, considera que "es lógico que se quiera primar el establecimiento de los profesionales farmacéuticos en núcleos pequeños de población, para atender al gran número de habitantes que en caso contrario deben desplazarse a grandes distancias, compensando en este caso a quien allí se instalara con esa prima en la puntuación que, por otro lado, no es descabellada".

Por su parte, la STJUE en el FJ decimoquinto señala "*Pues bien, a la vista del baremo aprobado resulta que se confiere una puntuación tres veces inferior a un titular que hubiese tenido una oficina en un municipio de más de 1.801 habitantes que a otro que lo hubiese desarrollado en otro de menos de hasta 400 habitantes; con todas las variantes que se quieran ejemplificar como sería que el cómputo del ejercicio profesional en una de las Ciudades de nuestra Comunidad que supere los cien mil habitantes tendría una experiencia profesional -es decir, menos funciones de las establecidas en el artículo 3 de la Ley- que otro que la hubiese desempeñado en un pequeño municipio. La regla carece de toda lógica y desde luego aparecen como contradictoria y carente de fundamento -en contra de la afirmación que se hace en la contestación a la demanda-, así como contraria a la propia realidad de las cosas, pues a más habitantes mayor ejercicio profesional y, por ello, mayor experiencia. La única finalidad que podría atribuirse al baremo es, como se aduce en la demanda, que se trata de primar el ejercicio profesional de los farmacéuticos que hubiesen tenido oficina en un pequeño municipio para acceder a otras poblaciones de mayor población, pero esa interpretación -en realidad fundamento- además de requerir una gran dosis de imaginación habida cuenta de que el límite se*

hace de poblaciones exiguas, es contraria a la propia exigencia legal y a la propia denominación del criterio de puntuación, constituyendo un modo de la desviación de poder que para los actos administrativos se recoge en el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que en el caso de las disposiciones reglamentarias comporta una vulneración del mandato del legislador que en modo alguno autorizó al reglamento la computación de una primacía por el desempeño de la titularidad en un pequeño municipio a favor de los que lo hicieran en otros municipios de población mayor; y es precisamente esta extralimitación "de facto" del mandato legislativo el que impide acoger el argumento aducido por la defensa autonómica sobre la ausencia de vulneración constitucional o discriminación por no ser determinante la asignación de puntuación por este criterio para adjudicar la oficina, pues si puede ser determinante en aquellos casos en los que la asignación de esos puntos a un titulado le confiera una puntuación superior a otro que haya desempeñado su ejercicio en un Municipio de mayor atención farmacéutica. Todo ello obliga a declarar la nulidad del baremo examinado debiendo computarse la experiencia profesional, en su caso de discriminar en función de las oficinas atendidas, conforme a criterios razonables de ejercicio de las funciones encomendadas a las Oficinas de Farmacias".

Siguiendo este argumento la STSJA considera que los puntos 4 y 7 letras a) y b) del Decreto asturiano, no suponen ningún tipo de infracción del Derecho de la Unión. En efecto, por lo que se refiere a la alegación referida a la falta de equidad en el baremo de méritos para computar en el concurso público en relación, por un lado, a los farmacéuticos que hayan sido titulares de una oficina de farmacia en una población superior a 2800 habitantes, de aquellos que lo hayan sido en una localidad de una población inferior, considera esta Sala que se trata de un criterio no discriminatorio en la medida que parece atendible.

En definitiva, y siguiendo el criterio de esta última jurisprudencia se "considera que uno de los motivos que permiten entender asumibles los

criterios de módulo poblacional y de distancias en el otorgamiento de autorización para la apertura de Oficinas de Farmacia es precisamente el incentivo que supone para las zonas consideradas menos atractivas desde el punto de vista poblacional, es decir, de menos de 2800 habitantes, ser primadas con mayor puntuación, ante la perspectiva de poder ser recompensado ulteriormente con la concesión de otras licencias de instalación de nuevas Oficinas de Farmacia en poblaciones mayores.

Este criterio aparece en el baremo en el apartado 7 b) como elemento para deshacer empates y en los apartados a) y b) del baremo que valora la experiencia profesional. Sin duda, que las cosas sean de esta manera, hace que tampoco pueda considerarse disconforme a derecho el hecho de que se valoren de manera distinta los años o periodos de permanencia en uno u otro tipo de Oficina de Farmacia por razón del núcleo de población en el que radica.

La justificación definitiva de ese trato desigual lo basa precisamente en elementos racionales, cual es el incentivo en la adecuada cobertura de todos los territorios, para una óptima prestación del servicio, desigualdad que pretende fomentar esa circunstancia y que entra, en consecuencia, dentro de las exenciones que precisamente el Tribunal Constitucional ha declarado razonables o proporcionadas, citándose al efecto y por todas la sentencia 209/88, de 10 de noviembre.”

3.4.1.1.3 Los méritos por la experiencia profesional en la propia Comunidad Autónoma

La consideración de la experiencia profesional desarrollada en el ámbito de la propia Comunidad Autónoma¹⁵³ como mérito computable tampoco ha escapado del debate surgido en torno a cuales de esos méritos son razonables.

¹⁵³ Este criterio tiene su antecedente en materia de oposiciones y concursos para el acceso a la provisión de puestos de trabajo en el empleo público. Vid STC 281/1983 de 13 septiembre, STC 12/1999 de 11 de febrero de 1999, STS 18 de mayo de 2011.

Y de ahí que diversas Comunidades Autónomas lo recogían en su normativa. Así se reconocía en las legislaciones de Baleares¹⁵⁴ (se primaba la experiencia profesional dentro de la Comunidad Autónoma con 0,045 puntos por mes trabajado hasta un máximo de 5 puntos), Comunitat Valenciana (este mérito incrementaba en un 15 % la puntuación obtenida) y otras como Asturias, La Rioja, Cantabria o Murcia.

En relación a esta cuestión, la STS de 16 de noviembre de 2006¹⁵⁵ señala que los méritos profesionales referidos al ejercicio profesional obtenidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria y que se computaban en el baremo de méritos del concurso de farmacias con un incremento del 20%, carece de justificación ya que los mismos "no pueden ser valorados de modo distinto porque se hayan obtenido en uno u otro lugar del territorio nacional. No hay razón alguna para ello; en consecuencia se trata de un criterio carente de lógica y, por tanto, arbitrario sin que pueda servir de excusa el que en otras legislaciones autonómicas se haya recogido ese trato desigual. Lo que por otra parte tampoco es totalmente cierto porque la Sentencia no se refiere a los casos en que así ocurre, hace una mera referencia a ello". (FJ4)

Por su parte, fue la sentencia de 1 de junio de 2010 el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) sobre la cuestión prejudicial asturiana que analizaremos en próximos capítulos con mayor profundidad, la que vino a sentar el precedente definitivo al precisar que primar el ejercicio profesional en una parte del territorio nacional como mérito específico es contrario al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como consecuencia de este pronunciamiento las Comunidades Autónomas suprimieron este mérito del baremo. A modo de ejemplo:

¹⁵⁴ <http://boib.caib.es/pdf/2005110/mp59.pdf>

¹⁵⁵ STS por la que se resuelve recurso extraordinario de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de doce de marzo de dos mil cuatro que desestimó el recurso interpuesto frente al Decreto 7/2003 del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria por el que se aprueba la Planificación Farmacéutica y se establecen los requisitos Técnico-Sanitarios, el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización, transmisión, traslados, modificaciones y cierre de las Oficinas de Farmacia en la Comunidad Autónoma.

- En la Comunitat Valenciana se hizo mediante el Decreto 8/2011, de 4 de febrero, del Consell, de modificación del Decreto 198/2003, de 3 de octubre, por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia, pasando la puntuación máxima del apartado méritos profesionales de un máximo de 45 puntos a 40 puntos.
- En Murcia se hizo lo mismo mediante Decreto 176/2012, de 21 de diciembre, por el que se regulan los procedimientos de apertura, traslado, modificación, cierre y transmisión de las oficinas de farmacia y se aprueba un nuevo baremo para la valoración de méritos aplicable a las convocatorias de adjudicación de oficinas de farmacia. De ese modo, los méritos profesionales no pueden superar el 40%.

3.4.1.2 Formación

La formación tiene una destacada importancia en todos los baremos. En ella se incluyen los méritos académicos (expediente académico y, en muchas ocasiones, también el doctorado y título de especialista, así como otras licenciaturas y diplomaturas en otras Ciencias de la Salud).

3.4.1.2.1 Expediente académico

El apartado relativo al expediente académico se puede considerar el segundo de mayor importancia en el porcentaje de cómputo global en la mayoría de los baremos autonómicos. En todos los baremos se considera como punto esencial el expediente durante la licenciatura y/o grado de Farmacia, si bien no de forma homogénea ya que cada baremo otorga en cada caso una puntuación diferente al aprobado, notable, sobresaliente y matrícula de honor (Por ejemplo, Cantabria otorga 4 puntos a la matrícula de honor, 3 por cada sobresaliente, 2 por cada notable y 1 por cada

aprobado).¹⁵⁶ Otro de los aspectos que se estima de relevante valoración es el relativo al título de Doctor o estar en posesión del Diploma de Estudios Avanzados; así como la realización de los estudios que conducen a su obtención, otras licenciaturas y grados relacionados con las Ciencias de la Salud, cursos en materias de interés sanitario o farmacéutico organizados por entidades acreditadas¹⁵⁷, entre los cuales se destaca de forma aislada, por lo general, el título de Diplomado en Sanidad.

Sobre estas cuestiones la jurisprudencia también se ha pronunciado:

a) Estudios de postgrado

La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de octubre de 2009 anuló el baremo contenido en los anexos de la normativa reguladora del concurso para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia¹⁵⁸, en lo que se refiere a la puntuación asignada a los farmacéuticos especialistas en otros ámbitos, contenida en el número 1.2 (Estudios de postgrado) del apartado B) (Criterios de valoración), pues se daba el doble de puntuación (dos puntos frente a uno) a los farmacéuticos de hospital frente a los titulados en otras especialidades.

En concreto vino a señalar que “la puntuación de los estudios de postgrado, que se puntúan por sí mismos, no por su posible relación con la experiencia

¹⁵⁶ Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo, por el que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria. BOC nº 54 de 19 de marzo de 2015.

¹⁵⁷ Por ejemplo, el Decreto 197/2009, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica en materia de Oficinas de farmacia y Botiquines, introduce de su redacción original un nuevo apartado en el apartado formación en el que se introduce “Formación organizada por otras instituciones y acreditada por la Comisión de Formación Continuada del Sistema Nacional de Salud” alegaciones de la SEFAC que entendía que se excluían los cursos acreditados que puedan organizar las sociedades científicas farmacéuticas.

¹⁵⁸ El Decreto 146/2001, de 7 de junio, sobre planificación, apertura, traslado, cierre y transmisión de oficinas de farmacia, de desarrollo de la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia fijó en el anexo Baremo para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia. Por Resolución de 29-12-06 de la Secretaría General de la Consellería de Sanidade se convocó concurso público para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia

profesional en el ejercicio como farmacéutico, como pone de manifiesto que una de las puntuaciones máximas es la atribuida a los doctores en farmacia. Así como respecto a estos no se distingue la materia sobre la que versó su tesis doctoral, tampoco hay razón para hacer distingos entre los diversos farmacéuticos especialistas, pues todos ellos, según regula el Decreto 2708/82, tienen que cursar íntegramente la formación en la especialización correspondiente y superar las pruebas de evaluación que se determinen, tras lo cual obtienen el título de farmacéutico especialista. El argumento que se da en la contestación a la demanda sobre que todas las Administraciones con competencia sanitaria dan superior valoración a la formación y experiencia hospitalaria no puede ser aceptado. En primer lugar, por lo antes dicho sobre las tesis doctorales; y en segundo término, porque hay especialidades que, según el citado Decreto, requieren básicamente formación hospitalaria (Análisis clínicos, Bioquímica clínica, Microbiología y Parasitología) y el Baremo atribuye menos puntuación a sus estudios de postgrado en relación con los de la especialidad en farmacia hospitalaria. Por ello en cuanto a este particular el recurso tiene que ser acogido, al no resultar conforme a derecho, por infracción del principio constitucional de igualdad, la diferencia de puntuación a que se viene haciendo referencia, que ha de ser anulada”.

En definitiva, lo que consideró no conforme a derecho es que se otorgase en el citado baremo en relación a estos estudios de postgrado, mayor puntuación a los méritos de la farmacia hospitalaria que a los de otras especialidades.

b) Expediente académico

En cuanto a las puntuaciones del expediente académico propiamente dicho, me remito de nuevo a la ya citada Sentencia TSJCV de 30 de diciembre de 2004, ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 17 de junio de 2008, que también anuló, en lo que aquí interesa el art. 2.7 del Decreto 198/2003, de 3 de octubre En este precepto se establecía: "La puntuación correspondiente al subapartado 1 "Expediente Académico" se

obtendrá al dividir el total de puntos por el número de asignaturas evaluadas. Las calificaciones correspondientes a Religión, Formación Política, Educación Física e Idiomas no se evaluarán, por ello no estarán comprendidas en el divisor".

Respecto a esto, el TSJCV considera que aunque la valoración del conocimiento de idiomas pertenecientes a países de la Unión Europea se valore en un apartado específico del anexo de méritos del Decreto 198/2003, "una cosa es la valoración de méritos y otra la valoración del expediente académico o currículum académico según lo denomina la Ley 5/2003, de 28 de febrero, de la Generalitat, de modificación de la Ley 6/1998, de 22 de junio de Ordenación Farmacéutica de la Comunitat Valenciana, de ahí que si en un concreto expediente académico se contempla la asignatura de Idioma, deberá tenerse en cuenta, a efectos de valorar el expediente académico".

Por tanto, el apartado 7 del artículo 2 de dicho Decreto, que excluía de la valoración del currículum académico las asignaturas de Religión, Educación Física, Educación Política e Idioma, se modificó excluyendo tan sólo los tres primeros e incorporando el Idioma al cómputo para su valoración, manteniéndose la fórmula matemática para el cálculo de la puntuación final¹⁵⁹.

c) Formación Profesional Complementaria

Por lo que se refiere a la formación profesional complementaria y también tomando como base la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2008, ésta también anuló el Apartado II. Formación Profesional

¹⁵⁹ En ejecución de sentencia, en el año 2010 el Consell aprobó el Decreto 45/2010, de 12 de marzo, de modificación del Decreto 198/2003, de 3 de octubre. Dicho Decreto viene a incorporar las consideraciones realizadas por el tribunal. El análisis de las modificaciones llevadas a cabo se relatan en el número 6 de la Revista Ordenación y Control de Productos Farmacéuticos de la Comunitat Valenciana, Publicación de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Conselleria de Sanitat, de junio de 2010, artículo "Modificación de los criterios de selección para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en la Comunitat Valenciana" de José Luis Comes, y que sirve de guión a lo apuntado sobre esta CCAA. <http://www.san.gva.es/cas/prof/dgf/farmacia/pdf/ordenacion06.pdf>

Complementaria, en su apartado 4 (ambos del Anexo del Decreto 198/2003, de 3 de octubre, por el que se establecían los criterios de selección y su correspondiente valoración a aplicar en los procedimientos de autorización de nuevas Oficinas de Farmacia en dicha CCAA), obligando además a diferenciar aún más la puntuación a favor de las oficinas de farmacia frente a cualquier otra actividad profesional.

El TSJCV aprecia que "se prima la formación profesional complementaria, frente a otros méritos para su obtención", cuando se otorgan 0.10 puntos por cada 10 horas de formación en cursos de perfeccionamiento en atención sanitaria, ya que existe una desproporción entre este mérito y otros del mismo apartado o del apartado III. Expediente académico".

3.4.2 OTROS MÉRITOS

3.4.2.1 Prueba escrita

Además algunas Comunidades Autónomas incluyen determinados aspectos que aportan heterogeneidad al baremo. La existencia de una prueba escrita, de carácter voluntario, se podría considerar como la más importante, en cuanto a peso en el total de la baremación. Las Comunidades Autónomas que la establecen son Castilla-León, La Rioja y la Comunitat Valenciana (máximo de 25 puntos)

En la Comunitat Valenciana también en cuanto a la puntuación de la prueba escrita, se introdujo un apartado 8 en el artículo 18 de su Ley de Ordenación Farmacéutica¹⁶⁰ en el que se establecía que "en aquellos supuestos en que un farmacéutico se haya visto obligado a cerrar su oficina de farmacia o impedida la apertura de una oficina de farmacia cuya autorización se haya obtenido mediante su participación en el procedimiento de adjudicación previsto en el presente artículo, por haberse declarado nula

¹⁶⁰ Número 8 del artículo 18 de la Ley de Ordenación Farmacéutica introducido por el artículo 98 de la Ley 10/2012, 21 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat («D.O.C.V.» 27 diciembre).

la adjudicación mediante resolución judicial firme, por causa no imputable a aquél, podrá optar por mantener la puntuación obtenida en la prueba escrita, sin que sea de aplicación lo establecido en el punto anterior, para la siguiente convocatoria en la que participe, o por la elección de una de las autorizaciones cuya adjudicación no haya sido convocada, previa renuncia a los efectos económicos que pudieran derivarse del cumplimiento de la resolución judicial, siempre que la misma lo permita”.

3.4.2.2 Idioma

También algunas Comunidades Autónomas incluyen conocimientos sobre los idiomas reconocidos en sus respectivos estatutos. Es el caso de las Islas Baleares, Cataluña, Galicia, País Vasco y Comunitat Valenciana. De modo general se justifica este hecho como indicativo del conocimiento de la realidad social de esa Comunidad Autónoma y con el que se pretende el sujeto tenga una mayor capacidad de comunicación con la población.

En relación a este apartado relativo al idioma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de octubre de 2004 que resolvió recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Pontevedra, contra el Decreto 146/2001, de 7 de junio, de la Xunta de Galicia, sobre planificación, apertura, traslado, cierre y transmisión de oficinas de farmacia en el FJ5 recordó que este requisito no infringe el principio de igualdad, precisando lo siguiente “La STC 46/1991, de 28 de febrero, declara que la exigencia de conocimiento de un idioma distinto del castellano para el acceso a la función pública de una Administración autonómica en la que es oficial no es discriminatoria desde la vertiente de la igualdad de los españoles en todo el territorio nacional; y que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas si tiene relación con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Esto último ocurre en el presente caso, pues el gallego es el idioma utilizado por la Administración con la que tiene que relacionarse el

titular de una oficina de farmacia, así como el empleado habitualmente por una parte considerable de la población de Galicia, especialmente en el medio rural. En lo que concierne a la puntuación asignada a dicho mérito en relación con la atribuida a los demás, los 10 puntos señalados como máximo suponen un 11,26 % sobre el máximo total posible (88,75 puntos), y porcentajes superiores han sido admitidos por la Jurisprudencia en supuestos análogos (SSTS de 13-12-88, 27-9-88 y 3-9-88)".

3.4.2.3 Otros

En los baremos también se puntúan entre otras cuestiones como son:

- el grado de minusvalía: por ejemplo, en Aragón¹⁶¹, por grado de minusvalía superior al 33% se puntúan 0,5 puntos; en La Rioja¹⁶², se incrementa la puntuación obtenida referida al ejercicio profesional en un 10%.
- el fomento de empleo: En Andalucía, por ejemplo, se establece un incremento del 10% sobre la puntuación total obtenida para quienes acrediten llevar más de dos años, inmediatamente anteriores a la publicación de la Orden e ininterrumpidamente, en desempleo. En Extremadura % por creación de empleo neto en la categoría profesional que preste sus servicios en la Oficina de Farmacia, 5,00 puntos por puesto de trabajo a crear" y el de 10 puntos por puesto "por el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en el momento de la autorización administrativa"
- Valoración de la titularidad de una oficina de farmacia. En Aragón si el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no la hubiese mantenido abierta a su nombre durante al menos 5 años, la puntuación de los méritos

¹⁶¹ Decreto 197/2009, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1999, de 25 de marzo, de Ordenación Farmacéutica, en materia de Oficinas de Farmacia y Botiquines.

¹⁶² Decreto 15/2007, de 30 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia

aportados en su favor para su aplicación en la fase de selección le serán reducidos en un 75%.

3.5 LA IMPUGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Teniendo en cuenta la importancia que ha ido cobrando el sistema de concurso en el marco de los procedimientos de autorización de nuevas oficinas de farmacia, es evidente que todo lo relacionado con los mismos ha adquiriendo también sumo interés. Y en ese sentido, a nadie escapa que los concursos son objeto de numerosas impugnaciones, en especial por las cuestiones relativas a los baremos. Y de alguna manera resulta lógico por los intereses que están en juego.

Podría decirse que ha pasado a ser práctica habitual que nada más ponerse en marcha “la maquinaria” del procedimiento en cuestión, la norma reguladora del mismo sea cuestionada ante los tribunales.

La pregunta que surge entonces es ¿qué consecuencias puede llegar a tener que, en el ámbito de las farmacias, un concurso sea impugnado ante los Tribunales y se solicite la suspensión del procedimiento, y en su caso se anule dicho concurso?.

3.5.1 SUSPENSIÓN CAUTELAR

En el mejor de los casos se denegará la solicitud de suspensión cautelar de la norma que regule el concurso por parte de los Tribunales, lo que supondrá continuar la tramitación o convocatoria correspondiente del mismo. Por el contrario, el procedimiento contencioso administrativo puede continuar, como ocurre de forma mayoritaria, concluyendo en una anulación de alguna parte de la norma que regule el procedimiento, el baremo, etc.

A modo de ejemplo y por tratarse de dos situaciones diferenciadas me refiero a los concursos convocados en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En Andalucía se convocó en el año 2010 concurso para la adjudicación de 312 nuevas oficinas de farmacias mediante Orden de 8 de abril de 2010. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía denegó mediante autos la suspensión cautelar de dicho concurso. Aunque en dichos autos no entra a valorar los fundamentos de las partes para pedir esa suspensión señala que la paralización del concurso sería "una grave perturbación del interés general", en referencia a que no abrir las más de trescientas boticas previstas en la comunidad afecta a más ciudadanos que las posibles irregularidades denunciadas por estos colectivos en el baremo. Dicho concurso es el primero resuelto en esta Comunidad Autónoma ya que el del año 2004 no se llegó a resolver.

Y fue concretamente con ese concurso de 2004 donde sucedió lo contrario. Así mediante Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada, de 29 de julio de 2004, se suspendió cautelarmente¹⁶³ la ejecución del Decreto 353/2003, de 16 de diciembre de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia, considerando la posibilidad de que el articulado violase el principio de reserva de ley y estableciese trabas para la transmisión de oficinas de farmacia; y por auto de 11 de noviembre de 2004 se suspendió la Orden de 3 de marzo de 2004, (BOJA nº, 47, de 9/III/2004) por la que se convocaba un concurso público para la adjudicación de 182 nuevas farmacias por la que se convocaba concurso para la adjudicación de oficinas de farmacia. Posteriormente en fecha 1 de octubre de 2007 se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada (recurso contencioso administrativo 499/04) por el que se estima el recurso contencioso administrativo

¹⁶³ El art. 130 de la [Ley 29/1998](#), de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite al órgano jurisdiccional acordar la medida cautelar, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso; añadiendo en el punto 2 que "podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada"

interpuesto por varios interesados contra el Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, declarándose nulo de pleno derecho dicho Decreto 353/2003 por violación del principio de reserva de Ley.

Como ya hemos señalado, lo ocurrido en Andalucía no es una excepción, y en ese sentido también la STS de 30 de junio de 2009 ratifica la sentencia de 11 de febrero de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), por la que anulaba la Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo de 17 de julio de 2001 por la que se establecía el baremo que había de regir el concurso de nuevas oficinas de farmacia, al entenderse que la misma había sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

Los efectos que la anulación de baremos y en consecuencia de los concursos tiene para los farmacéuticos son de especial importancia, de ahí que repasemos sucintamente algunos criterios seguidos por la jurisprudencia.

3.5.2 EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA¹⁶⁴

La ejecución provisional persigue que se cumpla anticipadamente una sentencia, ahora bien la misma viene limitada a que se produzcan como consecuencia de las mismas situaciones irreversibles o se causen perjuicios de difícil reparación. La dificultad estriba en la definición de lo que ha de entenderse por situación irreversible y por perjuicios de difícil reparación. La cuestión es enormemente controvertida.

La jurisprudencia del TS ha venido a señalar que *"en todos aquellos casos en los cuales se perciba un beneficio en la apertura de la nueva farmacia en cuanto a la asistencia farmacéutica a la población de que se trate es procedente la ejecución provisional"*, así lo precisó en la STS de 8 de octubre de 2001 (que resuelve recurso de casación interpuesto contra un Auto denegatorio de la ejecución provisional de una sentencia recurrida a su vez en casación, en relación con la apertura de una oficina de farmacia) en

¹⁶⁴ Marín Álvarez, Rosa María. "La ejecución provisional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa." Estudios jurídicos 2004

la que se repasa además la jurisprudencia en relación a la ejecución provisional en esta materia. *"La jurisprudencia de esta Sala fue inicialmente contraria a la ejecución provisional de las sentencias recurridas en las que se ha reconocido en derecho a la apertura de una nueva oficina de farmacia (autos de 13 de diciembre de 1989, 11 de enero de 1990, 23 de octubre de 1990, 13 de noviembre de 1990 y 19 de febrero de 1991), fundándose en la consideración de los perjuicios que sufrirían los farmacéuticos ya instalados, al resultar imposible en la realidad concretar su cuantía, ya que no son evaluables en cuanto a la disminución de sus ventas por depender de circunstancias contingentes.*

Posteriormente se ha producido un cambio de criterio jurisprudencial (autos de 23 de abril de 1991, 10 de junio de 1991, 24 de junio de 1991, 5 de febrero de 1992, 12 de junio de 1992, 28 de octubre de 1994, recurso núm. 824/1992, y sentencia 15 de abril de 1999, recurso de apelación núm. 10081/1992). Esta nueva línea doctrinal se funda en que la apertura de una nueva farmacia normalmente concurre, en atención a las circunstancias geográficas y de población, que es necesario examinar, junto al interés de los farmacéuticos ya establecidos y al interés del nuevo solicitante, el elemento preferente del beneficio del interés público consistente en la mejora del servicio de atención farmacéutica. Este interés debe prevalecer sobre los intereses particulares al hallarse en pugna con ellos. Una adecuada aplicación del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a este orden jurisdiccional permite dar relevancia al interés público, en un sentido análogo al que se extrae de la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 en los supuestos de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos de su artículo 122.

Razona, asimismo, esta jurisprudencia que, mientras los farmacéuticos establecidos sólo sufren una merma en sus ingresos, al farmacéutico nuevo se le priva de todo ingreso y, en la mayoría de los casos, del ejercicio de la profesión".

3.5.3 CONVALIDACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ante la anulación de concursos de adjudicación de farmacias, el Tribunal Supremo siempre ha mantenido la postura de mantener abiertas las oficinas de farmacia y convalidar los actos administrativos.

En sentencia de 22 de abril de 2008 relativo al concurso de la Comunidad Autónoma de Galicia, el Tribunal Supremo señala que (fundamento de derecho segundo) *"La Administración recurrida se ha excedido al declarar la nulidad de la Resolución de fecha 16-12-99 (por la que se da a conocer la lista de adjudicatarios de las farmacias), puesto que bastaba con subsanar el vicio apreciado mediante Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, convalidando el baremo contenido en la Orden de 4 de noviembre de 1996, según lo dispuesto en el artículo 67.3 de la LRJ-PAC, como también "se ha excedido en declarar la nulidad de todo el concurso , puesto que dicha nulidad ni es precisa ni ha sido solicitada por nadie.*

A diferencia de lo expresado en la Sentencia que se recurre no puede la administración desecharla cuando su procedencia es razonable, garante de intereses legítimos y de la economía procedimental: sólo lo fundamentado y justificado en Derecho es razonable y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. Como tampoco puede la Administración, si quiere ejercer sus potestades de forma no caprichosa o arbitraria y por tanto ilegal, olvidarse (borrando de un plumazo todo lo actuado de forma procedimentalmente correcta) del "favor acti", del principio general de conservación de los actos administrativos y sus complementarias reglas "utile per inutile non vitiatur" e incomunicación automática de la invalidez parcial, contenidas en los artículos 63 y siguientes de la LRJ-PAC y, en especial, del artículo que impone un criterio restrictivo en materia de nulidades (entre muchas, S^a del T.S de 26 de septiembre de 1981).

Entiende sin embargo esta parte que el razonamiento del TSJG no es correcto. Lo que dicho Tribunal había fallado en su sentencia de 7 de junio de 2000 era la estimación del recurso presentado contra la Orden de 4 de

noviembre de 1996 "acto que anulamos por no ser conforme a derecho". La Sala no anuló la totalidad del procedimiento concursal, sino únicamente el baremo como consecuencia de existir una delegación de competencia, a su juicio indebida, del Consejo de la Xunta de Galicia en la Consellería de Sanidad. Por ello, esta parte se encuentra en condiciones de afirmar que, al contrario de lo que se dice en el transcrito fundamento de derecho, la Administración no se limitó a la ejecución de la sentencia en sus puros términos, sino que se excedió de ellos, extendiendo indebidamente a mayores ámbitos la nulidad judicialmente declarada.

Respecto del exceso en la declaración de nulidad de la totalidad del concurso, entiende esta parte que lo que la Administración debió hacer a la vista de la sentencia -y para ejecutarla debidamente- fue anular la Orden de 4 de noviembre de 1996, dictar un nuevo baremo aprobado por el órgano considerado competente y aplicarlo a aquellos solicitantes que habían participado en el concurso, salvando así el resto del procedimiento que, en ningún caso, está afectado de nulidad. Así lo exigen los antes citados principios, positivados en nuestras leyes de régimen procedimiento administrativo, de defensa y conservación de los actos propios, subsistencia de actos firmes e incomunicación de invalideces parciales, que vienen siendo constatados y explicitados tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional (sentencia 45/1989, de 20 de febrero, entre muchas) y exigibles por razones de seguridad jurídica, buena fe equidad. No cabe olvidar que todos los actos relativos al concurso habían adquirido firmeza.

En efecto, el artículo 66 de la LRJ-PAC determina, imperativamente, que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites que, aún sin ser independientes del anulado, su contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Pues bien, ello es exactamente lo que sucede en el supuesto de autos: como se indicó, la declaración de nulidad de la Orden de 4 de noviembre de 1996, en que se estableció el baremo para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, no devino por contener

prescripciones que la hiciesen merecedora de su declaración de nulidad, sino que así se procedió, en virtud de sentencia judicial, al apreciarse falta de competencia del Conselleiro para dictar dicha Orden.

En este sentido, es de plena aplicación la doctrina jurisprudencial que determina la no aplicación de la nulidad por defectos formales por prevalencia del principio de buena fe y confianza legítima de las partes. Esta exceptio frente a una pretensión anulatoria, denominada por la doctrina científica como excepción de abuso de la nulidad por motivos formales o de iure stricto, es recogida por el Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 19 de mayo de 198”.

3.6 EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2000 define el silencio como una "ficción que la ley establece en beneficio del que incoó un procedimiento para que pueda entender desestimada su petición, reclamación o recurso y pueda deducir frente a esa denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, aunque sea tardía".

La cuestión acerca del sentido del silencio a aplicar en relación al servicio farmacéutico ha sido abordada de forma reiterada por la jurisprudencia, consolidando el criterio relativo a que el silencio administrativo positivo no es de aplicación a las autorizaciones de apertura de farmacias. El carácter de las oficinas de farmacia como "servicio público" es la clave para aplicar el sentido negativo en los procedimientos de autorización.

Las jurisprudencia al resolver las cuestiones relativas al silencio en este ámbito, se refiere previamente a la regulación del mismo en la Ley 30/1992. En ese sentido, sirva de ejemplo, el FJ5 de la STS de 5 de mayo de 2006, recurso de casación 8247/2003 donde se recordaba que en

relación con la autorización de oficinas de farmacia en la Comunidad de Navarra, en su sentencia de 24 de noviembre de 2003, recurso de casación 7444/2000, se había dicho en su FJ quinto que "La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJ y PAC, quiso potenciar sensiblemente el silencio positivo, como resultaba de la simple comparación entre su artículo 43.2 y el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Incluyó una cláusula residual general en favor de la aplicación del silencio positivo que supuso la inversión de la formulación hasta entonces establecida y que consistía en que tal silencio constituía la excepción a la regla general. Seguía así la LRJ y PAC la orientación del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales, aunque referida esta última norma al ámbito delimitado en su artículo 1.

No obstante, la señalada potenciación del silencio positivo, en la originaria redacción de la Ley anterior a la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se vio disminuida en sus efectos reales como consecuencia de la autorización contenida en la Ley para que en cada norma de procedimiento se estableciera el efecto positivo o negativo del silencio administrativo. Así el examen de las normas reglamentarias aprobadas tras la entrada en vigor de la LRJ y PAC pone de manifiesto que con cierta facilidad pudo dejarse sin efecto real la citada potenciación mediante la previsión en normas de procedimiento concretas la aplicación del efecto desestimatorio al silencio administrativo".

Hecha esta puntualización, y entrando de lleno a cuales han sido los pronunciamientos que ha resaltado la jurisprudencia, cabe señalar que ésta ha sido clara en el porqué del sentido del silencio a aplicar.

La STS de 9 de febrero de 2009 recuerda que de forma constante se ha precisado la improcedencia de la obtención por silencio positivo de la autorización de apertura de oficina de farmacia en los procedimientos que han de resolverse en concurrencia selectiva a quién acredite mayores méritos (STS de 24 de noviembre de 2003, STS 7 de octubre de 2003, STS 2 de julio de 2004, STS 5 de mayo de 2006 y STS 8 de noviembre de 2005).

Más recientemente también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de julio de 2010, FJ2 señala *“es conocido el criterio jurisprudencial plasmado, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1998, 3 de junio de 2003 y 9 de febrero de 2004, respecto a la consideración del servicio farmacéutico como un servicio público, bien incluido en el ámbito del servicio público sanitario o en todo caso como un servicio de interés público, de manera que partiendo de tal consideración sobre la naturaleza del servicio farmacéutico, procede aplicar el criterio interpretativo del artículo 43.2 Ley 30/92, redacción introducida por Ley 4/99, seguido en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006 y según el cual la excepción que en el mencionado artículo 43.2 se refiere a "facultades relativas al dominio público o al servicio público" es absoluta y opera tanto en el supuesto de un único silencio como en el del doble silencio por no resolución del recurso de alzada. Tal y como se indicaba en sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2008, la interpretación que resulta de lo decidido en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006 corresponde a lo que indica la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 (se exceptúan de la regla general de silencio positivo lógicamente los procedimientos ... de los que pudiera derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público), y no supone dejar sin contenido el párrafo segundo del artículo 43.2 de la Ley 30/92, pues siempre es aplicable a aquellos procedimientos en los que, pese a no versar sobre alguna de las materias enumeradas en la segunda frase de su párrafo primero, el sentido del silencio sea negativo por haberlo establecido así una Ley o norma de Derecho Comunitario”*.

En cuanto a cómo han precisado las Comunidades Autónomas este criterio de sentido negativo del silencio administrativo, y sirviendo de base los ejemplos a los que recurre la jurisprudencia, es oportuno citar los mismos.

Dada la trascendencia que en su momento tuvo y por ser aplicable a la CV es indispensable recordar la sentencia dictada por el TSJCV en fecha 17 de marzo de 1997 resolviendo el recurso contencioso administrativo

2343/1994, pues supuso un cambio en el sentido del silencio de positivo a negativo.

El Decreto 166/1994, de 19 de agosto¹⁶⁵ del Gobierno Valenciano aprobó la adecuación de los procedimientos administrativos de competencia de la Generalitat Valenciana a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. En el anexo del mismo se establecía el sentido del silencio respecto a las solicitudes de apertura y traslado de oficinas de farmacia y el plazo para tramitar estos expedientes. En concreto silencio positivo (estimatorio decía el anexo) y plazo de 6 meses para la tramitación.

La Sala reputa suficiente el plazo de 6 meses para tramitar dichos expedientes pero cambia el sentido del silencio de positivo a negativo al entender que la consideración de los establecimientos de farmacia como "servicio público" conlleva la inaplicación de la previsión del apartado a) del art. 43.2 de la LRJAPAC/1992 sino que debe encuadrarse en el apartado b) del art. 43.2.

En ese sentido, la Ley 9/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana, ya recoge en su anexo el sentido negativo del silencio en dichos procedimientos de autorización de oficinas de farmacia.

Por el contrario, la Comunidad de Madrid sí recogió desde el principio el silencio administrativo negativo en las solicitudes de autorización para el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia, y lo hizo en el Anexo II del Decreto autonómico 74/1993, de 26 de agosto (STS de 7 de octubre de 2003). En igual sentido lo hizo la Comunidad de Aragón al desarrollar el Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio mediante la Orden de 5 de noviembre de 1996.

¹⁶⁵ DOGV de 26 de agosto de 1994

3.7 EL DEBATE DE LOS BAREMOS EN EL PARLAMENTO ESPAÑOL

El debate entorno a los baremos y más en concreto sobre la necesidad de unificar éste en el conjunto de España no es novedoso. De ahí que esta cuestión haya sido una cuestión debatida, aunque mínimamente en el Parlamento. Así en diciembre de 2010 el Partido Popular presentó una proposición no de ley relativa a la regulación de un baremo único para el acceso a la titularidad de las farmacias para ser debatida en la Comisión de Sanidad, Política Social y Consumo.

En la Exposición de motivos ya se señalaba que en tanto que no se había producido una regulación especial básica en planificación, en el tema de baremos había continuado vigente la legislación preconstitucional recogida en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, y su normativa de desarrollo, sustituida, en sus respectivos ámbitos territoriales, por las legislaciones autonómicas de ordenación farmacéutica. Además, se ponía de manifiesto que no figuraba en la Ley 16/1997 nada relativo a principios de "mérito y capacidad" que han introducido algunas Comunidades Autónomas. en sus leyes de ordenación farmacéutica y que han dado lugar a diferencias significativas en los baremos de acceso a la titularidad de las farmacias en distintas Comunidades Autónomas, varios de los cuales han sido puestos en cuestión por los tribunales, tanto nacionales como en la Unión Europea, dando lugar a una judicialización sobre los procedimientos de apertura que en nada beneficia a las Comunidades Autónomas, al SNS, ni a los profesionales farmacéuticos.

Se aludía también a que la falta de unos principios generales de ordenación farmacéutica comunes y básicos en España en el tema de baremos está generando distintos procesos judiciales que arriesgaban el futuro de la farmacia; y que los principales problemas se dan por la exigencia de requisitos que no están relacionados con la práctica profesional; los que dificultan la movilidad de los profesionales; los que priman el ejercicio en determinado territorio; los de carácter idiomático; o los que no están orientados a la dirección técnica de una farmacia.

Asimismo se señalaba que tampoco la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud había desarrollado esta cuestión, y que el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, sin entrar en los baremos, confirma en su artículo 2 c) el carácter de establecimientos sanitarios de las farmacias, ya presente en normas anteriores; y en su artículo 4.2 establece que "los requisitos mínimos comunes" para la autorización de instalación, funcionamiento o modificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios serán determinados por Real Decreto para "el conjunto" y para "cada tipo de centro, servicio o establecimiento sanitario", pudiendo ser complementados estos "requisitos mínimos" en cada comunidad autónoma por la administración sanitaria correspondiente. Considerando por tanto, la vía del Real Decreto la más adecuada para establecer, en su caso, un baremo común para todas las farmacias del Estado.

Se justifica el establecimiento de un baremo único para todas las farmacias españolas en que éste es una demanda creciente ante la indefinición actual de la base conceptual sobre la que debe desarrollarse la ordenación farmacéutica y para evitar agravios tanto de los farmacéuticos españoles de las distintas CC.AA., como los que puedan provenir de cualquier otro Estado de la Unión Europea. Es importante, para el futuro de la farmacia,, que se incida sobre la función social del farmacéutico que justifica la titularidad de las oficinas de farmacia y su profesionalización. El baremo único restablecería unos requisitos mínimos comunes, que pueden ser complementados y perfeccionados en cada Comunidad Autónoma, respetando sus competencias.

Por todo ello se instaba la Gobierno a:

- *Reunir el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para acordar los principios por los que ha de guiarse el baremo único de adjudicación de la titularidad de farmacias en España, que prime, fundamentalmente, el ejercicio profesional y, dentro del mismo aquellas formas de ejercicio que aportan mayor valor añadido al servicio del SNS y al paciente, como son el ejercicio en la propia oficina de farmacia, la farmacia*

hospitalaria y la dirección técnica de laboratorios farmacéuticos, en plano de igualdad entre ellas y que proporcionan un mejor conocimiento del uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

2. Regular, en el plazo máximo de tres meses, que el baremo único se ajuste a los principios descritos en el punto anterior y que además garantice la movilidad y no discriminación de los farmacéuticos, tanto españoles como del resto de la Unión Europea. A estos efectos no se considerarán adecuadas las restricciones por razón de ejercicio en territorio de una determinada Comunidad Autónoma, las de carácter lingüístico, ni los que establezcan un mérito adicional en razón de origen, residencia o formación promovida por determinada administración o universidad, en detrimento de otra titulación oficial reconocida en el ámbito de la Unión Europea."

Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda¹⁶⁶ de sustitución "El Congreso de los Diputados, en orden a establecer criterios comunes para la autorización de la apertura de las oficinas de farmacia que evite las discriminaciones contrarias al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el que se reconoce el derecho a la libertad de establecimiento, eliminando las posibles restricciones a tal libertad, insta al Gobierno a convocar a la Comisión Permanente de Farmacia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con el objeto de proponer los criterios comunes por los que habrán de guiarse los baremos para la autorización de apertura de las oficinas de farmacia, garantizando, así, el respeto al principio de libertad de establecimiento recogido en la normativa europea."

Finalmente la proposición no de ley fue rechazada por 16 votos a favor y 20 en contra. No obstante, del debate¹⁶⁷ de la misma se puede extraer como conclusión que los grupos parlamentarios pusieron sobre la mesa que la existencia de baremos dispares es una realidad y que la excesiva judicialización de los concursos se ha convertido en algo habitual; de ahí

¹⁶⁶ BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-536 de 04/03/2011

¹⁶⁷ DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 711, de 22/02/2011

que el punto de discrepancia entre el partido del gobierno y el mayoritario de la oposición se centrara únicamente en el foro donde debía debatirse esta cuestión.

Por ello, desde mi punto de vista, esta proposición no de ley podría haber servido como un punto de partida para sentar las bases del debate respecto a los baremos en el seno de los órganos farmacéuticos competentes; un debate que obviamente requiere de una gran voluntad y consenso por parte de las respectivas CCAA.

4 CAPÍTULO IV: PROPIEDAD Y TITULARIDAD DE OFICINAS DE FARMACIA

4.1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo se aborda otro de los puntos clave en el estudio que nos ocupa, como es el relativo a la propiedad y titularidad de oficinas de farmacia. Resulta por tanto necesario en primer lugar, aproximarse al concepto de propiedad como título jurídico en el ámbito de la farmacia, dedicando además un apartado a la Ley de Sociedades Profesionales para ver su incidencia en el mismo; y en segundo lugar dedicar se aborda la cuestión acerca de la transmisión de las oficinas de farmacia por haber tenido distintos avatares jurídicos y por su trascendencia en esta materia.

4.2 LA PROPIEDAD COMO TÍTULO JURÍDICO EN EL ÁMBITO FARMACÉUTICO

4.2.1 CONCEPTO DE PROPIEDAD

La propiedad es el derecho real por excelencia, su prototipo. Es el que significa el grado de poder sobre una cosa que se reconoce a su titular¹⁶⁸. El derecho de propiedad es un derecho subjetivo que permite a su titular extraer la más amplia utilidad económica de su objeto¹⁶⁹.

Según el artículo 348 del Código Civil "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla".

¹⁶⁸ Díez Picazo, Luis y Gullón, A. "Sistema de Derecho Civil" volumen III tomo I derechos reales en general., 8 edición, edit. Tecnos 2012

¹⁶⁹ Verda y Beamonte J.R. y Serra Rodríguez A. Derecho civil III 2º edición, Coordinadores Tirant lo Blanch 2012 pág 129

En este artículo 1 aparece recogida la tendencia de definir el derecho de propiedad mediante enumeración de las facultades que encierra (gozar, disponer y reivindicar). Se pone, asimismo de relieve que no es un poder ilimitado sobre las cosas sino reducido al ámbito de señorío que la ley no excluya¹⁷⁰.

Y en cuanto a la propiedad como "función social" señala que la propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue un poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad, al menos en nuestro derecho, es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Y otra cosa es que esta satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo.

El contenido esencial de la propiedad privada es identificado por la STC 37/1987, de 26 de marzo, "con la reconocibilidad de cada tipo dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de la realización de derechos, sin que las limitaciones o deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable" el derecho de propiedad es un derecho subjetivo que tutela intereses individuales pero el poder conferido al propietario encuentra su límite en el cumplimiento de funciones sociales. Así la utilidad individual y la función social...definen inescindiblemente el derecho de propiedad".

La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio sino como parte integrante del derecho mismo, puesto que «utilidad individual y función social definen, por

¹⁷⁰ Albaladejo M. "Derecho civil III. Derecho de bienes" Volumen I 8 edición. Pag. 251

tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (FJ 2).

Por último y brevemente referirme a la copropiedad y cotitularidad. La nota característica de la copropiedad viene dada porque la coexistencia sobre la misma cosa del derecho de propiedad de varias personas, obliga a descomponer idealmente sus poderes sobre dicha cosa. Ello se consigue mediante la atribución de cuotas partes a cada uno de los propietarios. En efecto el artículo 393 del CC afirma que el concurso de los partícipes tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas¹⁷¹.

En cuanto a la cotitularidad, ésta no puede prohibirse y si existe previsión de que no puede recaer cotitularidad sobre las oficinas de farmacia se vulneraría el art. 4 de la Ley 16/1997, declarado básico, que dispone en su apartado 1 que «la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrán realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos». (FJ11 STC 109/2003).

4.2.2 LA PROPIEDAD EN EL ÁMBITO FARMACÉUTICO

Se ha discutido mucho sobre la conveniencia o no de la atribución en propiedad al farmacéutico de la oficina de farmacia, como título jurídico permitido legalmente para su gestión. En el derecho español esta actividad debe ser ejercida por una o varias personas físicas: el farmacéutico, que será propietario o copropietario, titular o cotitular de la oficina de farmacia.

En nuestro país, desde un punto de vista histórico, muchas han sido las normas jurídicas que han mantenido la unidad entre propiedad-titularidad como piedra angular del ejercicio profesional. La Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 reconocía que, sólo individualmente o asociados en las

¹⁷¹ Lasarte C. "Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho" 13 edición. Ed. Tecnos 2007 pág 208

formas que se autoricen, los farmacéuticos podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia.

Por su parte, el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las Oficinas de Farmacia establece en su artículo 1 que "la presencia y actuación profesional del farmacéutico, es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de los medicamentos, siendo la responsabilidad de esta actividad única y exclusivamente del farmacéutico titular de la oficina".

Del mismo modo, el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad señala que "sólo los farmacéuticos serán los propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público".

La Ley del Medicamento adopta un criterio funcional del acto farmacéutico, e insiste más en la presencia y actuación profesional, y en la garantía de una adecuada asistencia farmacéutica, que en el título o relación jurídica que ligue al farmacéutico con la oficina. En la misma línea, la Ley de Garantías y Uso racional del medicamento, también aboga más por reconocer la labor del farmacéutico como agente de salud en servicio permanente y su implicación en las labores de uso racional de los medicamentos.

Sin embargo, han sido las distintas regulaciones autonómicas las que han dejado patente la unión titularidad-propiedad, señalando que "sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia".

4.3 LA LEY 2/2007 DE SOCIEDADES PROFESIONALES: APLICACIÓN NORMATIVA EN OFICINAS DE FARMACIA

4.3.1 LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales supuso un amplio debate en cuanto a su aplicación normativa en el ámbito farmacéutico, de ahí que aunque ya hayan pasado algunos años desde su publicación sea necesario repasar los aspectos más destacados de la misma y su posible repercusión en el citado ámbito.

El 16 de marzo de 2007¹⁷² se publicó la Ley 12/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales. En su Exposición de Motivos se señala que la misma tiene por objeto "posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional".

El art. 1 de dicha norma señala que "Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional."

Lo que supone la posibilidad de incorporación a un Colegio Profesional no sólo de las personas físicas sino también de las personas jurídicas.

¹⁷² BOE nº 65 de 16 de marzo de 2007

4.3.2 LAS OFICINAS DE FARMACIA Y LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES

4.3.2.1 Tramitación parlamentaria de la Ley referida a las oficinas de farmacia

La cuestión relativa al binomio titularidad-propiedad de las oficinas de farmacia fue una de las cuestiones que más variaron a lo largo de la elaboración de la ley. Inicialmente, el texto de Proyecto de Ley remitido por el Gobierno no hacía referencia alguna a las oficinas de farmacia. Con posterioridad, y en el trámite de enmiendas en el Congreso¹⁷³ el PP (enmienda nº 62) y CIU (enmienda nº 96) propusieron una enmienda de adición por la cual se incorporaba la Disposición adicional Sexta a dicha Ley "La titularidad y propiedad de las oficinas de farmacia se regulará por su normativa sanitaria propia, reguladora de la ordenación del ejercicio profesional de la actividad y del acceso a la titularidad/propiedad de estos establecimientos sanitarios de interés público, quedando dicha actividad excluida del ámbito de aplicación de la presente Ley." Se incluye así la referencia a los términos titularidad y propiedad de las oficinas de farmacia.

Con posterioridad, en el Informe de la Ponencia¹⁷⁴ se propuso incorporar una transacción a dichas enmiendas con la redacción siguiente: "Disposición adicional sexta (nueva). Oficinas de farmacia. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación." Es decir, se excluye de nuevo la referencia al término propiedad.

De nuevo en el trámite de enmiendas en el Senado¹⁷⁵, el BNG (enmienda nº 11), el GP Popular (enmienda nº 67) y Convergencia i Unió (enmienda nº 37) proponen de nuevo introducir el término propiedad "«Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad y propiedad de las oficinas de

¹⁷³ BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 77-18, de 04/07/2006

¹⁷⁴ BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 77-20, de 06/11/2006

¹⁷⁵ BOCG, SENADO, SERIE II nº 78 de 21 DE DICIEMBRE DE 2006

farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación ».

Sin embargo, nuevamente, al volver la norma al Congreso para su aprobación definitiva en el Congreso, la redacción de la Disposición Adicional Sexta quedaría como recogió el Informe de la Ponencia "Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación".

En ese debate parlamentario, los argumentos utilizados por sus señorías para no votar a favor del texto remitido por el Senado en relación a dicha DA Sexta fueron, entre otros, los siguientes:¹⁷⁶:

- Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (Sra. Navarro Casillas): *"la enmienda de la disposición adicional sexta, pretende ir contra el dictamen de la Comisión Europea en cuanto a atribuir a las leyes sanitarias y a las distintas leyes de ordenación farmacéutica de las comunidades autónomas la regulación no solo de la titularidad, sino también de la propiedad de las oficinas de farmacia"*
- Grupo Parlamentario Socialista (Sra. Juanes Barciela) *En relación con la disposición adicional sexta, que regula las oficinas de farmacia, ustedes saben, señorías, que entre todos los grupos parlamentarios de esta Cámara se acordó que, sin perjuicio de lo establecido, la titularidad de las oficinas de farmacia se regularía por la normativa que le fuese de aplicación, es decir, la Ley 16/1997, de Regulación de Servicios de Farmacia, la Ley General de Sanidad, de 1986, y la Ley de Garantía. Dicha remisión a las leyes sanitarias pone de manifiesto que no se modifica el sistema de titularidad de las oficinas de farmacia. De aceptarse las enmiendas números de CiU y del PP con el binomio propiedad-titularidad, se incidiría en cuestiones de derecho privado contradictorias con la filosofía de flexibilidad*

¹⁷⁶ DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 237, de 01/03/2007

de este proyecto. Además, no podemos olvidar que un objetivo en el que se ha hecho especial hincapié a la hora de formular este proyecto ha sido el de garantizar al máximo la flexibilidad de las sociedades profesionales, removiendo obstáculos y restricciones jurídicas que hasta este momento podían menoscabar la competitividad del sector, como tampoco debemos olvidar que el proyecto permite que un 25 por ciento del capital de la sociedad profesional sea capital no farmacéutico. La disposición adicional sexta, tal y como quedó redactada al salir de esta Cámara, estaba en consonancia con la corriente liberalizadora de Bruselas y se ajusta a la advertencia reciente de Bruselas, como bien ha dicho la señora Isaura, por la que se abría un procedimiento de infracción a España al considerar que el modelo de farmacia limitaba la libertad de establecimiento y solicitaba la apertura del modelo. Señorías, hay que anticiparse a la solución que venga de Europa.

En definitiva, como se puso de relieve en el transcurso de la tramitación parlamentaria la cuestión sobre el alcance de esta ley en el ámbito de las oficinas de farmacia fue relevante. El Dictamen emitido por la Comisión Europea en relación al procedimiento de infracción iniciado contra España, que trataremos en el capítulo siguiente, fue la base sobre la cual no fueron aceptados los planteamientos incorporados en el Senado relativos a incluir el término "propiedad" en el texto de dicha ley.

- La aplicabilidad o no de la Ley de Sociedades Profesionales en el ámbito de la oficina de farmacia

Antes de publicarse esta norma legal, los juristas ya discrepaban sobre si la misma era aplicable o no a la farmacia; es decir si cabía constituir o no sociedades de farmacia.

Existen dos posturas claramente diferenciadas en torno a su aplicación en el marco farmacéutico, por un lado quienes consideran que la LSP es

plenamente aplicable a las oficinas de farmacia, y por otro lado, quienes no comparten dicha aplicabilidad¹⁷⁷.

La primera de las corrientes es avalada por Miñarro¹⁷⁸, quien argumenta esta postura al considerar, entre otros aspectos:

a) que "el principio de correlación absoluta entre titularidad y propiedad ha variado con la Ley de Sociedades". El motivo reside en que se introduce la posibilidad de que "el capital o patrimonio y el derecho de voto en las sociedades que se constituyan pueden pertenecer hasta una cuarta parte como máximo a quienes no sean farmacéuticos, bien personas físicas o sociedades no profesionales".

- que "Lo que sí se puede decir ya es que el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad y los correspondientes de las distintas disposiciones autonómicas han quedado modificados en el sentido de que, si bien tratándose de personas físicas la propiedad de las farmacias tiene que corresponder a uno o varios licenciados en Farmacia, cabe además la posibilidad de que pertenezca a una sociedad profesional".

- que es posible, sin incurrir en incompatibilidad, la constitución de una sociedad "multidisciplinar" en la que, junto con el farmacéutico, se ejerzan otras actividades, como la óptica, la ortopedia o los análisis clínicos.

Por su parte, la corriente doctrinal que considera la no aplicabilidad de la LSP a las farmacias, seguida por Entrena, Uría¹⁷⁹ y Villalba¹⁸⁰ basa la misma argumentando entre otras cuestiones:

¹⁷⁷ En este aspecto es clarificador el artículo de Moreno Plantada J. "Incidencia de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, sobre la oficina de farmacia a la luz de los últimos pronunciamientos del TJCE, en Revista para el Análisis del Derecho, nº 4, 2009; en cuanto que repasa los argumentos utilizados por ambas corrientes doctrinales, de forma concisa.

¹⁷⁸ Miñarro Montoya, Ricardo (2007), Dictamen emitido a petición del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, sobre diversas cuestiones que puede plantear la ley de Sociedades Profesionales en relación con las oficinas de farmacia

¹⁷⁹ Dictámenes jurídicos de los despachos de Ramón Entrena y Uría Menéndez sobre la Ley de Sociedades Profesionales a requerimiento del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia en relación al

a) La Ley 2/2007 no se dicta al amparo de las competencias estatales en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) y de su estricto tenor literal no hay ningún precepto o disposición de los que se infiera una voluntad de derogar o de modificar parcialmente el régimen de transmisión de las autorizaciones de farmacia contenido en el art. 4 de la Ley 16/1997, por lo que la aplicación práctica de la Ley 2/2007 debe ser neutral o indiferente respecto al régimen preexistente. Según lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2007 "la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación" y esa normativa es la dispuesta en el art. 103.4 de la Ley General de Sanidad.

Mientras la titularidad de la oficina de farmacia siga rigiéndose por la normativa sanitaria en vigor, que sólo la contempla a favor de los farmacéuticos titulados, no será posible que parte alguna de la aportación al capital de la sociedad profesional se realice por quienes no sean farmacéuticos titulados.

a) La referencia a la titularidad acota quienes pueden estar habilitados por una autorización de farmacia y la referencia a la propiedad alude al régimen de transmisión de esas autorizaciones. Pues bien, desde esa perspectiva y en la medida en que la disposición adicional sexta de la Ley 2/2007 establece que el régimen de la titularidad de las oficinas de farmacia no experimenta cambios y que sigue regulándose por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación, hay que concluir que la titularidad de la actividad sólo puede corresponder a personas físicas y nunca a una sociedad profesional.

En virtud de la subsistencia del régimen de titularidad-propiedad de la oficina de farmacia, reconocido por la normativa sanitaria en vigor, al que remite la DA 6ª de la Ley, la participación de capital no farmacéutico en la

alcanza de la Ley de Sociedades Profesionales en relación con las oficinas de farmacia. Sanifax. Dossier Especial. 20 de abril de 2007. <http://www.actualidadsanitaria.com/20-04%20dos.pdf>

¹⁸⁰ Villalba Pérez F. "Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo", Sociedades profesionales farmacéuticas. Sobre la Disposición Adicional 6ª. Aranzadi, 2007 pág 961 y sg.

sociedad profesional no puede considerarse aplicable a las oficinas de farmacia.

b) Las personas jurídicas que revistan la forma de sociedad profesional no pueden ser titulares de una oficina de farmacia según se infiere del art. 103.4 de la Ley General de Sanidad. No es conforme a derecho la transmisión de una autorización de oficina de farmacia a favor de una sociedad profesional. Al haberse mantenido el mismo régimen de "titularidad" limitado a las personas físicas, también se conserva el régimen de "propiedad" o de transmisión limitada de las autorizaciones de oficina de farmacia, que no pueden ser enajenadas a una sociedad mercantil porque esa persona jurídica no puede ser titular de tal autorización.

- De la legislación vigente tanto estatal como autonómica se desprende que "titularidad y propiedad privada de la oficina de farmacia van inescindiblemente unidas y del mismo modo se encuentra unida a ellas la responsabilidad del directo y personal ejercicio de la actividad farmacéutica propia de la oficina de farmacia". Por tanto, quien no ostenta la propiedad de la oficina de farmacia no puede ostentar su titularidad ni puede ejercer en la farmacia la función del farmacéutico titular responsable.

- En el caso de la oficina de farmacia, la titularidad, exclusiva del farmacéutico, se proyecta tanto sobre la autorización de la oficina como sobre el establecimiento sanitario privado de interés público en el que de forma legalmente obligada se ejerce la profesión farmacéutica.

- Cuando la disposición adicional sexta de la Ley 2/2007 respeta el régimen de titularidad de las oficinas de farmacia tal como se establece el mismo en la normativa sanitaria de aplicación, es evidente que está respetando la idea de la inseparable unión entre titularidad y propiedad de la oficina de farmacia, exclusiva del farmacéutico profesional, que resulta de esa normativa sanitaria.

- En virtud de la subsistencia del régimen de titularidad-propiedad de la oficina de farmacia, reconocida por la disposición adicional sexta, la permisión por su artículo 4 de una participación del 25% por parte de no profesionales¹⁸¹. en el capital de las sociedades profesionales, no puede considerarse aplicable a las oficinas de farmacia.

Estas últimas argumentaciones son también las que fueron avaladas desde el ámbito institucional, tanto por el Gobierno Central como por diferentes CCAA.

En cuanto a la posición del Gobierno Español, en contestación a la pregunta escrita¹⁸² formulada por Gaspar Llamazares en relación a esta cuestión respondía "La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, modifica en su disposición adicional sexta el régimen de propiedad de las oficinas de farmacia, aunque no el de su titularidad. Así, mientras que el artículo 103.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establecía que «Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público», la disposición adicional sexta de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, salvaguarda la aplicación de la normativa sanitaria en lo relativo a la titularidad de las oficinas de farmacia («...la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación») pero advirtiendo al comienzo del precepto que ello no constituirá obstáculo para la aplicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo («Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley»). En conclusión, en la actualidad, la normativa sanitaria se refiere a la condición de titular de la oficina de farmacia, y la Ley de sociedades profesionales a la de propietario de la misma. Ello configura una estrategia de adaptación de la legislación española a una de las exigencias de la Unión Europea, mediante la que se pretende preservar sin más modificaciones el resto del modelo farmacéutico.

¹⁸¹ La Ley de Sociedades Profesionales ha sido modificada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre en lo relativo a la composición de las sociedades profesionales, incrementándose la posible participación de socios no profesionales en el capital (hasta el 49%). Ver apartado "Incidencia de la Ley ómnibus en el sector sanitario".

¹⁸² Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 163 de 11 de marzo de 2009

Por su parte, en cuanto al pronunciamiento de las administraciones autonómicas¹⁸³

- La Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid mediante Resolución de 8 de abril de 2008 señaló que “de acuerdo con el marco jurídico actual, la titularidad de las oficinas de farmacia sólo puede corresponder a personas físicas que ostenten la licenciatura en farmacia y estén debidamente colegiadas, sin que se puedan autorizar sociedades profesionales, reguladas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales, como titulares de oficinas de farmacia como tampoco se puede autorizar la transmisión de la autorización de una oficinas de farmacia a favor de una sociedad profesional”.

- En Castilla La Mancha en el informe emitido en fecha 3 de marzo de 2008, por el Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería de Sanidad se concluyó que “la Disposición adicional sexta de la Ley supone la aplicación de dicha ley en el ámbito farmacéutico, por lo que las personas jurídicas con la forma de sociedades profesionales podrían incorporarse al Colegio de Farmacéuticos para el ejercicio de algunas actividades profesionales como los análisis clínicos, la ortopedia, el asesoramiento dietético o la formación de manipuladores de alimentos. Pero la titularidad de las oficinas de farmacia se rige por la normativa sanitaria, por lo que sólo se permite otorgar tal autorización administrativa a las personas físicas que sean farmacéuticos. No caben por tanto sociedades profesionales que tengan por objeto la explotación de una oficina de farmacia”.

- En Cataluña también por parte de la asesoría jurídica de esta CCAA, en informe emitido en fecha 28 de marzo de 2008, se consideró que “la titularidad de la oficinas de farmacia solamente puede corresponder a personas físicas que ostenten la licenciatura de farmacia y estén

183

<http://www.fefe.com/documentosdeinteres2.asp?tipo=LEY%20DE%20SOCIEDADES%20PROFESIONALES>

debidamente colegiadas, y no se pueden autorizar sociedades profesionales reguladas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales como titulares de oficina de farmacia, ni tampoco se puede autorizar la transmisión de una oficina de farmacia a favor de una sociedad profesional”.

Por último, parece interesante destacar el pronunciamiento de la jurisprudencia al respecto. Así por ejemplo, la sección quinta de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ Cataluña en sentencia (nº321/2011) de 27 de abril de 2011, consideró que *“la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales no ha alterado la conclusión a la que se llegaba en la sentencia nº 315/2009, de 15 de marzo, de que “ de acuerdo con las normas legales vigentes y aplicables a la naturaleza y condiciones de los titulares de oficinas de farmacia, en la normativa española constituye un requisito esencial ser una persona física y, además, licenciada en farmacia, a fin de poder ser titular dominical de un establecimiento farmacéutico”.*

La regulación de las sociedades profesionales no ha modificado el sistema legal establecido conforme al cual la oficina de farmacia es un establecimiento sanitario cuya apertura es autorizada por la Administración a un farmacéutico -personas física- que, como titular y propietario de la misma, asume una serie de derechos y obligaciones, que configuran su posición ante la Administración, no pudiendo ser separadas la titularidad y la propiedad, por lo que sólo el farmacéutico titular de una autorización puede transmitirla a otro farmacéutico, lo que resulta incompatible con el régimen de su composición, ya se trate de sociedades capitalistas o no, previsto en el artículo 4.2 de la Ley de Sociedades Profesionales (“las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales”), e incluso con otros aspectos de la regulación legal de las sociedades profesionales (así, por ejemplo, la separación y exclusión de socios profesionales).

Por lo demás no es admisible en el sistema actual autorizar una oficina de farmacia a una persona jurídica como son las sociedades profesionales, porque siendo éstas las titulares de las relaciones jurídicas que se establecen con los clientes necesitarían ser titulares y propietarias de las oficinas de farmacia lo que no resulta posible por cuanto que la autorización de la oficina de farmacia se otorga a un farmacéutico - persona física-. Conviene significar en todo caso que la actividad profesional realizada por el farmacéutico en la oficina de farmacia solo es posible ejercerla previa autorización administrativa, quedando por ello sujeta a la intervención administrativa a través de la correspondiente autorización, como también lo está la transmisión que solo puede realizarse a favor de otro farmacéutico quien deberá contar, a su vez, con la oportuna autorización administrativa. Ello hace que no pueda equiparse a las sociedades profesionales constituidas por profesionales en los que el abandono de la sociedad no conlleva más que su sustitución por otro profesional, en cuanto que su participación en la sociedad profesional lo es en función de una concreta profesión y no en razón de una específica autorización administrativa otorgada a un farmacéutico.

Por último, el que la recurrente pretenda inscribir una sociedad profesional unipersonal de responsabilidad limitada casa mal con la idea básica de la Ley de Sociedades Profesionales de que éstas tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, siendo así que este ejercicio en común no responde al que de manera habitual realiza el farmacéutico titular y propietario de la oficina de farmacia”.

Para finalizar este apartado es conveniente apuntar que si bien es cierto que han transcurrido varios años desde la andadura de la Ley de Sociedades Profesionales, su interpretación en cuanto a la influencia en el ámbito de las oficinas de farmacia podría haber condicionado y mucho un cambio en lo que a la titularidad de las mismas se refiere.

Como se ha visto, y comparto la opinión mayoritaria, la Ley de Sociedades Profesionales no es aplicable actualmente a las oficinas de farmacia en lo

que a separación propiedad titularidad. No obstante, eso no quiere decir que el paso del tiempo y las posibles novedades legislativas que se introduzcan o un cambio de modelo deriven alguna vez en la posibilidad de que esto sea así.

4.4 TRANSMISIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL

4.4.1 INTRODUCCIÓN

La transmisibilidad de oficinas de farmacia es otro de los aspectos que considero al menos debe hacerse referencia a la hora de profundizar en la propiedad y titularidad de las mismas. No debemos olvidar que como señala Villalba¹⁸⁴, la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia implica que la propiedad de la misma recaiga en la persona del farmacéutico profesional, en el que también debe concurrir la condición de titular de la autorización administrativa de la oficina; y es esta concurrencia de dos derechos de distinta naturaleza jurídica en la persona del farmacéutico la que hace que la transmisión de la oficina de farmacia esté sometida a dos regímenes jurídicos: de una parte, los aspectos patrimoniales que nacen del título de propiedad estarán sometidos al Derecho civil, y de otra los que provienen de una autorización administrativa en sentido técnico ligados a un título universitario estarán sometidos al Derecho administrativo.

Para analizar la figura jurídica de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia se abordan aquí los aspectos más destacados de la misma, en especial a través de la regulación de las transmisiones mortis causa e inter vivos.

Si bien las transmisiones de oficinas de farmacia se regularon con carácter general en las Ordenanzas de Farmacia de 1860 y posteriormente en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril por el que se regula el establecimiento,

¹⁸⁴ Villalba Pérez, F. "La profesión farmacéutica" op cit. Pag 79

transmisión o integración de las oficinas de farmacia; la actual regulación legal se recoge en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

En concreto, esta última regula con carácter básico en su artículo 4 la transmisión de oficinas de farmacia. Al respecto señala lo siguiente: En primer lugar, que dicha transmisión únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos; en segundo lugar que serán las CCAA quienes regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos; y en tercer lugar, que en los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole, las Comunidades Autónomas podrán prever la prohibición de la transmisión de las citadas oficinas de farmacia, así como la intervención de los medicamentos.

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico permite la transmisión de las autorizaciones de farmacia, pero dentro de las limitaciones legalmente establecidas, como es que ésta sólo puede producirse a favor de otro u otros farmacéuticos.

Y por lo que se refiere a la regulación de las CCAA en relación a la transmisión de oficinas de farmacia, la propia norma básica deja a las Comunidades Autónomas, no la potestad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, ni podrán ser arbitrarios, ni podrán entrar en pugna con la Constitución. (FJ10 STC 103/2010)

Como veremos esta regulación no se ha realizado de forma semejante en todas las Comunidades Autónomas, estableciendo sobre todo plazos de muy diversa índole.

Finalmente, no puede dejar de hacerse referencia a las sentencias dictadas en el año 2003 por el Tribunal Constitucional que fijaron doctrina al respecto.

4.4.2 LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA TRANSMISIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA (STC 109/2003, DE 5 DE JUNIO DE 2003; 152/2003, DE 17 DE JULIO DE 2003 Y 181/2014 DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2014

La prohibición por determinadas leyes de ordenación farmacéutica de ámbito autonómico (en concreto las de Extremadura, Castilla-La Mancha y Galicia) en relación a la transmisión de oficinas de farmacia, se promovieron recursos de inconstitucionalidad que dieron origen a las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 109/2003 y 152/2003, y que fijaron doctrina al respecto.

La STC 109/2003, de 5 de junio de 2003 fue dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados en los que se debate la adecuación a la Constitución de diversos preceptos de dos leyes autonómicas, la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico, y de una Ley del Estado, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia¹⁸⁵.

¹⁸⁵ La sentencia 109/2003 declara inconstitucional (FJ9):

- El art. 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura que dispone "Queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la oficina de farmacia..."al considerarlo contrario al artículo 4 de la Ley 16/1997.
- La disposición transitoria tercera, párrafo primero, de la Ley 3/1996 de Extremadura que dispone «No obstante lo dispuesto en el art. 14 de la Ley se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de titularidad de oficinas de farmacia abiertas en la actualidad por una sola vez; en este supuesto será de aplicación la normativa reglamentaria estatal vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En ningún caso se permitirá el ejercicio del derecho de tanteo para clausura del establecimiento.»

En el proceso se discute, en cuanto a las citadas leyes autonómicas, sustancialmente, si resulta respetuoso con la Constitución el régimen jurídico que las mismas establecen en relación con las autorizaciones administrativas exigidas para la apertura de oficinas de farmacia, centrándose la discrepancia en tres aspectos de dicha regulación¹⁸⁶. Nos centramos aquí en lo relativo al principio de intransmisibilidad de esas autorizaciones, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de ambas leyes.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2003, se dicta al resolver el recurso de inconstitucionalidad, planteado en la impugnación de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia. En esta sentencia una de las cuestiones que se debaten son dos aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones administrativas exigibles para la apertura y funcionamiento de las oficinas de farmacia, como son la intransmisibilidad inter vivos y la caducidad, en determinados casos, de las oficinas de farmacia.

Ya que "Este párrafo resulta contrario, asimismo, por su estrecha conexión con el principio de no transmisión, al art. 149.1.16 CE, al entrar en conflicto con la normativa básica estatal que, como hemos visto, se basa justamente en la transmisibilidad y no limita, por tanto, la posibilidad de transmisión de las farmacias que se hallaren ya abiertas a una sola vez".

En el mismo sentido, la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, al establecer que «la titularidad de las oficinas de farmacia existentes a la entrada en vigor de esta Ley podrá transmitirse por una sola vez conforme a la legislación previa vigente».

- El art. 38.1 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha, dispone, en punto a la transmisibilidad: «1. Las autorizaciones administrativas que otorgue la Administración para la instalación de nuevas oficinas de farmacia en Castilla-La Mancha tendrán las siguientes características: Serán personales al farmacéutico autorizado. Serán intransferibles».

¹⁸⁶ a) El principio de intransmisibilidad de esas autorizaciones, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de ambas leyes, b) la caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos, y c) la titularidad del farmacéutico sobre una sola oficina de farmacia, con exclusión de la cotitularidad (FJ 1).

La doctrina que se fija en la Sentencia 109/2003 viene resumida en el FJ3 de la STC 152/2003; recalcando los siguientes aspectos:

a) Sobre el encuadramiento competencial de los preceptos que regulaban la intransmisibilidad y la caducidad de las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia, declarábamos que éstas son configuradas como "establecimientos sanitarios" por el art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (en adelante LGS), lo que determina que las regulaciones antedichas, que afectan de modo sustancial al régimen jurídico de dichos establecimientos, deban incardinarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia de "sanidad".

Este criterio se alcanza al reiterar la doctrina de las SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, según la cual "la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios ... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria ... 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 (STC 80/1984, FJ 1)" (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3).

b) Realizado este encuadramiento competencial, y tras exponer el canon de constitucionalidad que caracteriza a la normativa básica según nuestra doctrina constitucional, con referencia a la STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5, confirmábamos el carácter básico de los arts. 103.2 y 4 de la Ley general de sanidad y 4 de la Ley 16/1997.

El art. 103. 2 y 4 de la Ley general de sanidad establece que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, siendo los farmacéuticos los únicos propietarios y titulares de las mismas. Ambos apartados tienen carácter básico, al cumplir las exigencias formales necesarias para ello, pues "tienen rango legal y han sido declaradas básicas por el art. 2.1 LGS", y satisfacen también las exigencias materiales de la normativa básica, en cuanto que con las prescripciones normativas aludidas "el legislador ha establecido orientaciones que garantizan el mínimo común normativo en esta materia" (STC 109/2003, FJ8).

En cuanto al art. 4 de la Ley 16/1997, establece que la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas regular las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones. También prevé que en determinados supuestos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia las Comunidades Autónomas podrán prohibir su transmisión.

Respecto de la impugnación de este precepto afirmábamos en dicha STC 109/2003 que satisface las exigencias formales de la normativa básica, al ser calificado como tal por la disposición final primera de la propia Ley 16/1997. Y en cuanto a la perspectiva material se alcanzaba igual conclusión en dicha Sentencia, diciendo al respecto que "cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, estaremos, indudablemente, ante materia propia de bases y, por lo tanto, competencia del Estado.

Y de lo que no cabe duda es de que la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye uno de esos elementos estructurales" ; de modo que "nada cabe oponer al ejercicio de la función legislativa de las Cortes Generales, así ejercida, salvo constatar que, al hacerlo, no ha impedido a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias normativas y ejecutivas, según se desprende de la lectura del artículo recurrido y concordantes de la propia Ley 16/1997. En suma, la configuración como

básica de la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de la apertura de las oficinas de farmacia, si bien podrá o no ser discutida desde la perspectiva de su eficacia técnica, no puede serlo desde la óptica constitucional, pues, insistimos en ello, confirma un mínimo común normativo para todo el territorio nacional y, a la vez, permite expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen, con un alcance suficiente, su función planificadora en aras del interés público. Por tanto, se confirma que su art. 4 tiene carácter básico, pero conviene subrayar que no proclama un principio general de transmisibilidad, sino de transmisibilidad limitada en los términos y con los condicionamientos a que acaba de hacerse referencia" (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8).

Y en lo que se refiere a la caducidad de las autorizaciones como consecuencia del fallecimiento de farmacéutico, la sentencia también establece doctrina en relación a los siguientes aspectos:

En lo relativo, en primer lugar, a la vulneración de la competencia del Estado para dictar la normativa básica en materia de "sanidad" (art. 149.1 16 CE), hemos declarado que el art. 4.2 de la Ley 16/1997, como norma básica, "deja a las Comunidades Autónomas, no la libertad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarias, ni podrán entrar en pugna con la Constitución", lo cual conduce a afirmar que "las causas de caducidad sólo serían inconstitucionales por contrarias a las bases si supusieran una enervación subrepticia de dicha transmisibilidad, por lo que han de considerarse conformes a la Constitución en la medida en que no impidan la mínima transmisibilidad exigible desde la norma básica" [STC 109/2003, FJ 10 a)].

De acuerdo con este punto de partida, hemos afirmado que la caducidad de la autorización como consecuencia del fallecimiento del farmacéutico no infringe el art. 149.1.16 CE, "dada la naturaleza personal de la autorización ... y el hecho de que no representan un impedimento general a la libre transmisión" [STC 109/2003, FJ 10 a)]. A igual criterio hemos llegado en lo

relativo a la caducidad de la autorización como consecuencia de haberse alcanzado la edad de setenta años, "pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público... se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria" [STC 109/2003, FJ 10 b)]. Esta doctrina hay que extenderla al art. 20 de la Ley recurrida, cuyo art. 2 califica a la "atención farmacéutica" como servicio de interés público. En conclusión, el art. 20 no conculca el art. 149.1.16 CE.

Específicamente, respecto al art. 4¹⁸⁷ de la Ley 16/1997, que establece, entre otros aspectos, la transmisibilidad de las oficinas de farmacia a favor de otro u otros farmacéuticos en la forma, condiciones, plazos y demás requisitos que determinen las Comunidades Autónomas, salvo en los casos allí regulados, hemos de confirmar también que, prima facie, satisface las exigencias formales y materiales de la normativa básica, pues, en lo relativo a las primeras, la disposición final primera de dicha Ley declara que constituye normativa básica dictada ex art. 149.1.16 CE; y, en lo concerniente a las segundas, proclama un criterio de aplicación en todo el territorio nacional que debe presuponerse dictado en aras de los intereses generales, criterio que puede ser desarrollado y aplicado por las Comunidades Autónomas. (FJ8)

En definitiva, puede afirmarse que son estas dos Sentencias del Tribunal Constitucional las que dejan bien establecida la doctrina en relación a las transmisiones de oficinas de farmacia. Son pues de suma importancia ya que son el punto de partida para fijar los criterios en que dichas transmisiones podrán regularse en la normativa autonómica.

De hecho y más recientemente también se pronunció el Tribunal Constitucional al respecto de las transmisiones de oficina de farmacia en la ya citada STC 181/2014, de 6 de noviembre de 2014, en relación a la Ley de Farmacias de Andalucía.

¹⁸⁷ La citada sentencia contiene un voto particular del Magistrado D. Pablo García Manzano en la que considera el carácter no básico del artículo 4.1 de la Ley 16/1997.

El TC entiende que los artículos impugnados de la Ley de Farmacia, entre ellos los relativos a las transmisiones no vulneran la legislación básica de sanidad y, en consecuencia, son conformes con la distribución constitucional de competencias al no impedirse la regla de la transmisibilidad. Y lo hace señalando lo siguiente:

“De un lado, la exigencia de una autorización previa a la transmisión, la que contempla el art. 47.1 de la Ley de farmacia de Andalucía, tiene cabida en la remisión del art. 4.2 Ley 16/1997 a la competencia de las Comunidades Autónomas para regular los requisitos que deben cumplir las transmisiones de estos establecimientos sanitarios, y no se opone a la única condición que impone la Ley estatal relativa a que la transmisión se realice en favor de un farmacéutico. La determinación de si el ejercicio de un derecho es libre, o bien deben removerse previamente los obstáculos impuestos por la ley para su ejercicio —no otra cosa es la autorización previa de la transmisión—, no excede de lo que cabe entender como requisito del ejercicio de un derecho, pues ni siquiera afecta a su contenido. De otro, el art. 47.3 de la Ley de farmacia de Andalucía exige para la transmisión onerosa de oficinas de farmacia que el transmitente comunique a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada esta comunicación, la Administración dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad y transparencia, y con los apartados 1 y 2 del art. 41 de la Ley de farmacia de Andalucía, debiéndose tener especialmente en cuenta la valoración de la experiencia profesional. La transmisión deberá realizarse a favor del farmacéutico que, teniendo la mayor puntuación, acepte las condiciones y garantías exigidas por el transmitente.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de limitación de la capacidad de elección del adquirente, perfectamente justificada en el marco de la función que cumplen en el sistema sanitario las oficinas de farmacia, cuyo titular debe ser farmacéutico, según se establece en la Ley estatal que

proporciona la norma básica, y coherente con el modelo de oficina de farmacia diseñado, en el ejercicio legítimo de sus competencias, por el legislador autonómico. Un modelo en que el farmacéutico titular es, a la vez, prestador del servicio farmacéutico, motivo por el cual las condiciones personales son determinantes para la selección del número limitado de prestadores del servicio, resultando irrelevante a estos efectos cuál sea la vía utilizada para acceder al mismo, esto es, que los servicios se presten en farmacias de nueva apertura o en farmacias ya existentes.

Este precepto impone una nueva condición al ejercicio de un derecho, el de transmitir la oficina de farmacia, no prevista en la Ley 16/1997, que no se aplica a las primeras transmisiones de las farmacias que hayan sido autorizadas conforme a la regulación anterior, esto es, cuando esta condición no existía. Pues bien, la regulación autonómica sólo podría considerarse contraria a la legislación básica si impidiera que se materializase en el territorio de esa Comunidad Autónoma el criterio normativo común de la transmisibilidad (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 4). El art. 41.3 de la Ley de farmacia de Andalucía no contiene una prohibición absoluta de transmisibilidad de las oficinas de farmacia similar a la establecida por la Ley de Castilla La Mancha 4/1996, y declarada inconstitucional por la STC 109/2003, de 5 de junio, ni contempla una medida de efecto equivalente. Tampoco desnaturaliza esta figura, ya que sólo limita la libre elección del adquirente, dejando en manos del propietario la fijación del resto de condiciones y del precio que estime procedentes. Así pues, como quiera que esta condición impuesta por el art. 47.3 de la Ley de farmacia de Andalucía no impide la aplicación de la regla general de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia en la Comunidad de Andalucía, debemos rechazar, también en este punto, la vulneración alegada de la legislación básica”.

4.4.3 TRANSMISIONES MORTIS CAUSA E INTER VIVOS

4.4.3.1 *Transmisiones mortis causa*

La normativa vigente concede a su cónyuge e hijos, durante cierto tiempo y cumpliendo determinados requisitos, el que puedan continuar con el funcionamiento de la oficina de farmacia del farmacéutico fallecido.

La transmisibilidad mortis causa de las oficinas de farmacia venía reconocida expresamente en las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y ventas de plantas medicinales de 1860.

En concreto, las mismas venían reguladas en su artículo 23 al establecer que "Las viudas e hijos menores de los farmacéuticos que fallecieren dejando dueño o herederos de la botica a aquellos, podrán seguir con la botica abierta siempre que ésta sea regentada por un farmacéutico legalmente aprobado y autorizado. Las viudas podrán usar de este derecho solamente mientras permanezcan en estado de tales y los hijos durante su menor edad".

Posteriormente, la Real Orden de 3 de septiembre de 1960 determinó que los derechos concedidos en dicho artículo correspondía también a las hijas mientras permaneciesen solteras. Asimismo, la Real Orden de 18 de diciembre de 1960 determinó "Que no se autorice la continuación para el servicio público de la botica perteneciente a viuda o huérfano mientras no disponga de regente en las condiciones reglamentarias". Y la Real Orden de 4 de marzo de 1912 dispone que los derechos reconocidos en el art. 23 no corresponden a las hijas viudas ni a los nietos de farmacéuticos".¹⁸⁸

¹⁸⁸ Vidal Casero, M.C., "Derecho farmacéutico" op cit 1, en páginas 1404 y 1405

Décadas más tarde, por Decreto de 11 de mayo de 1942, por el que se crea el Colegio de Huérfanos de Farmacéuticos y se aprueba su reglamento¹⁸⁹, comenzaba indicando que "La práctica del tiempo transcurrido desde la publicación, en el año 1860, de las vigentes ordenanzas de Farmacia, ha venido a demostrar que el propósito de tutela y protección a las viudas y huérfanos de farmacéuticos que inspiró el artículo veintitrés de las mismas, al concederles los derechos que en él se establecen cuando resulten herederos de la Oficina de Farmacia del causante, ha originado un privilegio que en la mayoría de los casos significa verdadero perjuicio para los supuestos beneficiarios y en muchas ocasiones peligro real para la ética de la profesión"; derogando por ello el artículo 23 de dichas ordenanzas al establecer "quedan suprimidos los beneficios consignados por el artículo veintitrés de las vigentes Ordenanzas de Farmacia, respetándose los derechos adquiridos por las viudas e hijos menores de farmacéuticos que los disfrutaren en la actualidad o que puedan, adquirirlos y disfrutarlos por fallecimiento de sus causahabientes hasta el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos inclusive".

Aunque el citado art. 23 de las Ordenanzas de Farmacia fue derogado por el su contenido siguió vigente mediante las Órdenes Ministeriales siguientes:

- 18 de enero de 1943 (que permite la explotación a la viuda e hijos menores durante un plazo de 6 meses),
- 29 de mayo de 1944 (lo amplía un año más)
- 26 de julio de 1948¹⁹⁰ (se hacen extensivos a toda clase de herederos los beneficios concedidos a las viudas de los farmacéuticos; en concreto podrán continuar en el plazo de un año con la oficina que fue de sus causantes abierta al público, a cuyo efecto y para poder ejercer este derecho estarán obligados a entregar la dirección técnica y profesional de la

¹⁸⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 142, de 22/05/1942, págs 3565 a 3570

¹⁹⁰ Orden de 26 de julio de 1948 por la que se aprueban modificaciones en el Reglamento del Patronato del Colegio de Huérfanos de Farmacéuticos.

misma al farmacéutico que en condiciones legales designe el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la respectiva provincia),

- 16 de julio de 1959, 2 de marzo de 1963 y 25 de septiembre de 1974 que se referían todas ellas a esta cuestión con los matices pertinentes.

En definitiva, un derecho configurado como un privilegio cuya finalidad era permitir que las viudas e hijos menores de farmacéuticos mantuviesen en funcionamiento la oficina de farmacia siempre que al frente de la misma estuviese un farmacéutico regente¹⁹¹.

Posteriormente, el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia, mantuvo el privilegio al que venimos haciendo referencia en su artículo 6 al regular las formas en las que podrán realizarse la adquisición, cesión traspaso o venta de oficina de farmacia en los casos de fallecimiento de un farmacéutico.

Concretamente, establece la letra a) de dicho artículo que si el heredero reúne los títulos necesarios para continuar al frente de la misma puede seguir su explotación o enajenarla. Si a la muerte del farmacéutico titular su cónyuge o hijos estuviesen cursando estudios de farmacia y pretendiesen continuar el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, se permite autorizar la continuidad en el funcionamiento hasta que los expresados

¹⁹¹ Esta cuestión puede equipararse a la planteada en las concesiones de Derecho público en cuanto a la transmisión de las mismas. Vid. Delgado, J.F. "La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales" Comentarios a la Ley 33/ 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Coord. Por M. Carmen Chinchilla. 2004, págs. 491-520: o "La extinción de la concesión de servicio público", La Ley 1992.

Nuestro ordenamiento jurídico distinguía tradicionalmente dos supuestos en materia de transferencias concesionales: en el caso de las concesiones de dominio público, y conforme al art. 103 de la ley de obras públicas de 1877, el concesionario podrá transferir su concesión libremente, sin perjuicio de dar cuenta a la administración; en el caso de concesiones de servicio público, la transferencia de la concesión exige previa autorización administrativa. dicha nítida separación de regímenes se ha venido empañando progresivamente mediante la sucesiva atracción de la disciplina jurídica de la concesión de dominio público por la de servicio público, bien mediante la imbricación de caracteres propios de una y otra en concesiones mixtas, bien mediante la acentuación del carácter personalista de la concesión de dominio público. en el caso de concesiones mixtas, el carácter personalista aparece especialmente acusado» (Dictamen del Consejo de Estado 998/1994, de 23 de junio de 1994, p. 2).

herederos terminen la carrera; cesando la reserva de titularidad con la pérdida de dos cursos consecutivos o tres alternos.

En cuanto a la regulación actual ya se ha señalado que la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, viene a establecer que son las diferentes Comunidades Autónomas las que regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos.

Y así lo han ido fijando las diversas legislaciones autonómicas. En el caso concreto de las transmisiones mortis causa, los plazos establecidos son:

- 18 meses (Aragón, Castilla-León, Extremadura, Cataluña, Comunidad Valenciana y País Vasco)
- 24 meses (Baleares, Cantabria, La Rioja, Madrid, Murcia)
- 60 meses (Navarra)

Debe hacerse notar, por tanto y como ha señalado Villalba¹⁹², que lo que permite el ordenamiento jurídico-administrativo a los herederos es la continuidad del funcionamiento de la oficina, reservando la titularidad de la misma a la posible obtención del título de farmacéutico.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia (STS 9 octubre de 1987, STS 25 de marzo de 1998, STS 9 de diciembre de 2008) ha calificado este derecho de continuidad como un privilegio excepcional que responde a una concepción estamental de la profesión farmacéutica en el ámbito de los establecimientos sanitarios privados de interés público.

Recogen estas sentencias que "debe partirse de la necesaria distinción entre la titularidad para el ejercicio de la profesión (intransmisible) y el acervo patrimonial constituido por la dominical o arrendaticia titularidad del inmueble así como por las existencias de la industria, siendo asumible "mortis causa" el segundo, e intransmisible el primero de ellos".

¹⁹² Villalba Pérez, "La profesión farmacéutica" op cit pág 82

Así, "sostener en modo alguno que la autorización otorgada -en aquel entonces por razones humanitarias- para continuar indefinidamente el negocio de farmacia a la viuda e hijos herederos del titular fallecido (siempre con asistencia de un regente), y que se permitió continuase aún después de lo preceptuado en el *Decreto de 1942*, llegue hasta el extremo de permitir transferir la titularidad profesional necesaria que nunca se ha ostentado, ni que pueda deducirse de la posibilidad transitoria otorgada a la viuda e hijos de los farmacéuticos fallecidos a partir de la entrada en vigor de esta última disposición para enajenar en determinadas circunstancias el negocio".

Sobre esta cuestión, autores como Cueto Pérez¹⁹³ han señalado que esta protección del ejercicio de la profesión farmacéutica en el entorno familiar por parte de la administración carece de justificación en la actualidad. En mi opinión, se trata más bien de una protección que se ha perpetuado con el paso del tiempo por la tradición que derivaba de algunas profesiones; sin embargo, actualmente debido cómo se ha configurado primordialmente el sistema de adjudicación de oficinas de farmacia, en especial en cuanto a méritos no considero que tenga mucho sentido ya que cualquier profesional que cumpla los requisitos establecidos debería tener acceso a la oficina de farmacia.

4.4.3.2 Transmisiones inter vivos

El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia estableció también las transmisiones inter vivos en su artículo 5. En concreto, el apartado primero permite la transmisión solamente a favor de otro farmacéutico y siempre que haya permanecido abierta al público al menos seis años. Y en el segundo, se regula un derecho de adquisición preferente para los farmacéuticos colindantes cuando la oficina de farmacia se encuentre situada a menos de 250m de otra u otras.

¹⁹³ Cueto Pérez op cit 69

Por lo que se refiere a la premisa fijada por la Ley 16/1997 en cuanto a la regulación de las CCAA, y en relación por ejemplo a los plazos, la única CCAA en la que no se requiere plazo es Navarra; 10 años en Cantabria y la Comunitat Valenciana (este plazo lo es desde la modificación efectuada por Ley 10/2006 de 26 de diciembre, de Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat); 6 años en Cataluña, 5 años en Canarias, y 3 años en Aragón, Baleares, Castilla-León, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, País Vasco y Castilla La Mancha¹⁹⁴.

Además del plazo existen también diferentes modalidades de transmisión así por ejemplo, en la Comunidad de Madrid dependiendo de si la solicitud se realiza exclusivamente por el transmitente o de manera conjunta por el transmitente y el adquirente, la tramitación se realiza de forma distinta.

Pero la pregunta que surge es si debe existir esta distinción vigente entre transmisiones inter vivos y mortis causa. Desde mi punto de vista con la regulación actual es evidente que si, otra cosa es que nos planteemos si ese privilegio de transmisión mortis causa a familiares debe existir.

En ambos supuestos estamos protegiendo la esencia del régimen actual basado en la regla de la transmisibilidad, al tener que transmitirse la oficina de farmacia a otro farmacéutico. No obstante, en lo que se debe profundizar es en tener en cuenta cuales son los criterios que se fijan a la hora de hacer efectiva la transmisión, como ha fijado ya la anteriormente citada Ley de Farmacia de Andalucía.

Por otra parte, la inclusión de criterios de competencia en el mercado impide que el farmacéutico pueda actuar conforme lo considere sino que debe ajustarse también en estos supuestos a las reglas previamente establecidas.

¹⁹⁴ Plazo modificado por la Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha. Se reduce el plazo de 6 a 3 años y se suprime el plazo de 3 años por encontrarse la oficina de farmacia en núcleo de población inferior a 500 habitantes.

5 CAPÍTULO V: EL MODELO DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA ESPAÑOL A DEBATE EN EUROPA

5.1 INTRODUCCIÓN

He considerado conveniente dedicar un capítulo a poner de manifiesto que el debate entorno al modelo de ordenación farmacéutica español no sólo se ha producido en nuestro país, sino que ha sido en el ámbito de la Unión Europea donde en mayor medida se ha profundizado en el mismo derivado de las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea y el pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Es innegable que estos pronunciamientos han sido de suma importancia puesto que han profundizado en aspectos de la planificación farmacéutica hasta la fecha controvertidos; en especial en lo que se refiere a los módulos de población, las distancias o los méritos de los baremos.

Este trabajo de investigación no hubiese sido entendido sin hacer una referencia explícita al entorno europeo y en especial para poner de manifiesto que los Estados miembros no han apostado por un único modelo sino que muy al contrario varía enormemente de unos países a otros e incluso en el transcurso de los años.

5.2 LOS MODELOS DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN EUROPA

En los países europeos no existe en la actualidad un sistema único de ordenación farmacéutica. Esto conlleva que algunos de los aspectos que caracterizan los modelos existentes; entre ellos los relativos a la propiedad o la autorización de nuevas oficinas de farmacia, no sean idénticos en cuanto a su regulación.

Las actuaciones emprendidas por la Comisión Europea han abogado con carácter general por algunos cambios en determinados aspectos de los modelos de farmacia tendentes especialmente a la liberalización.

Consecuencia de esto, en los últimos años se ha profundizado en el análisis de los modelos de ordenación farmacéutica que en la actualidad rigen en los diferentes países europeos, realizándose diversos estudios¹⁹⁵ en los que se han recogido los mismos.

Puede decirse que con carácter general existen tres modelos diversos en el conjunto de los países europeos atendiendo a las cuestiones relativas a la propiedad y a los criterios de establecimiento de cada una de sus regulaciones.

Por un lado países en los que el binomio propiedad-titularidad va unido como España, Alemania, Dinamarca, Eslovenia, Italia, Finlandia, Francia y Luxemburgo; por otro, países como Austria, Hungría, Letonia y Chipre, en los que la propiedad de la farmacia la puede ostentar un farmacéutico pero a la vez puede contar con capital no farmacéutico. Y por último, países en cuyo modelo el propietario no tiene que ser en exclusiva un farmacéutico. Es el caso de Bélgica, Estonia, Eslovaquia, Bulgaria, Croacia, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, República Checa, Reino Unido, Portugal, Rumanía, Suecia.

Muestra de que nos encontramos ante una materia "viva" y en constante evolución sobre todo en el entorno europeo, es el hecho de los continuos cambios en la legislación de cada país que de modelos desregularizados como los de Bulgaria y Hungría han vuelto a ser regularizados, o por ejemplo, otros como Suecia¹⁹⁶ que han liberalizado parte de su sistema farmacéutico. Otros como

¹⁹⁵ En septiembre de 2007 se publicó el Informe Modelos de farmacia en la Unión Europea elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de farmacéuticos. En el que se explicaban las principales características de los modelos de ordenación farmacéutica europeos [http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000023.nsf/voDocumentos/AB428F0E5C3AF7B3C1257360002F6B90/\\$File/5022-2007.pdf?OpenElement](http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/gp000023.nsf/voDocumentos/AB428F0E5C3AF7B3C1257360002F6B90/$File/5022-2007.pdf?OpenElement).

No obstante, desde la elaboración de este informe hasta hoy varios países han introducido modificaciones destacables en la regulación de sus modelos.

¹⁹⁶ En el caso de Suecia, en su proceso de liberalización, el Parlamento aprobó en abril de 2009 una ley para desregularizar el mercado farmacéutico, que desde 1970 estaba controlado en forma de monopolio por el

Letonia donde se derogó en el verano de 2010 la normativa que regulaba la propiedad de las farmacias por parte de farmacéuticos o Italia se encuentra también en proceso de cambio al estarse tramitando una Ley que abre la propiedad de las farmacias a no farmacéuticos y elimina la limitación de cuatro farmacias por sociedad propietaria¹⁹⁷.

Si bien desde mi punto de vista es Grecia¹⁹⁸ el país que mejor ilustra los cambios que se han ido produciendo en el entorno europeo ya que la liberalización de las oficinas de farmacia ha sido uno de los puntos que siempre han “estado sobre la mesa” en las negociaciones referidas al rescate financiero derivado por la crisis económica de este país.

5.3 LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE OFICINAS DE FARMACIA: CARACTERÍSTICAS GENERALES

5.3.1 INTRODUCCIÓN

Una vez analizados sucintamente los rasgos principales de los distintos modelos de ordenación farmacéutica existentes en Europa; pues como se ha venido apuntando, no existe un régimen único, y con el fin de plasmar cual el panorama resultante en la materia, es necesario hacer una mención especial a las diversas actuaciones que se han ido desarrollando en el entorno europeo. Estas

Estado; sólo la Corporación Nacional Sueca de Farmacia, Apoteket AB, tenía la competencia para establecer nuevas farmacias, y para realizar esa transformación creó la sociedad Apoteket Omstrukturering AB (OAB).

¹⁹⁷ <http://www.mundofarmaceutico.cofares.es/noticia/italia-ultima-la-liberalizacion-de-la-propiedad-de-la-botica> Septiembre 2015

¹⁹⁸ En el año 2000 Grecia abordó una liberalización de las condiciones de instalación de nuevas oficinas de farmacia, suprimiendo los ratios de habitantes y distancias. Sin embargo, en enero de 2005, volvió a introducir un sistema de cupos, distancias y habitantes. Posteriormente se presentó un proyecto de ley que permitía a cualquier farmacéutico obtener una licencia para operar una farmacia, suprimiendo los derechos de sucesión y reduciendo el ratio actual de 1.500 habitantes por farmacia a 1.000. En la última negociación en relación al rescate la liberalización de oficinas de farmacia era una prioridad.

http://www.redfarmaceutica.com/cuademo/default.cfm?str_action=mostrarCuademo&int_idCuademo=215&int_idArticulo=2405&int_idSeccion=1791

actuaciones devienen en unos casos de los procedimientos de infracción¹⁹⁹ iniciados por la Comisión Europea a diversos Estados miembros, entre ellos a España y, en otros, de las cuestiones prejudiciales planteadas por parte de los tribunales de dichos Estados miembros.

Los pronunciamientos que se derivan de estas actuaciones son de suma importancia puesto que los mismos condicionan el panorama legislativo vigente en los Estados miembros.

El interés suscitado desde numerosos sectores, pues existen intereses contrapuestos (farmacéuticos, cadenas de distribución, Colegios Profesionales, etc...) viene convirtiendo la materia en un asunto de máxima actualidad y en objeto de innumerables debates.

¹⁹⁹ "Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea" así lo establece el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento (antiguo artículo 226 TCE).

En caso de recurso por incumplimiento¹⁹⁹ se pueden por tanto distinguir dos fases: en la primera, la Comisión Europea comienza incoando el procedimiento denominado "de infracción" o precontencioso" con el fin de lograr que el Estado miembro cumpla voluntariamente las normas del Derecho de la Unión.

La primera etapa de esta primera fase es la carta de emplazamiento, en la cual la Comisión Europea solicita al Estado miembro que le comunique en un determinado plazo sus observaciones sobre el problema de aplicación del Derecho de la Unión de que se trate.

En el dictamen motivado, la Comisión Europea se pronuncia sobre la infracción, determina el contenido del posible recurso por incumplimiento e insta a que se ponga fin al mismo en el plazo establecido. El dictamen motivado debe exponer de forma coherente y detallada los motivos por los cuales la Comisión Europea concluye que el Estado en cuestión ha incumplido alguna de las obligaciones que le impone el Tratado.

En una segunda fase, existe la posibilidad de iniciarse la fase contenciosa con la interposición del recurso al Tribunal de Justicia.

Sobre cuestiones relativas a este procedimiento vid Ibañez García, I. "La necesaria regulación del procedimiento de infracción de la Unión Europea", Actualidad administrativa nº19, 2011, pág 2, "El poder discrecional de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción", Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos nº 143, 2012

5.3.2 PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN EN MATERIA DE OFICINAS DE FARMACIA²⁰⁰

En los últimos años los esfuerzos de la Comisión por liberalizar lo más posible el sector de las oficinas de farmacia se han concretado en varios procedimientos administrativos por incumplimiento, algunos de los cuales han acabado ante el Tribunal de Justicia. Se trata de una estrategia que la Comisión Europea ha desarrollado hasta 2008, cuando mostraba su intención de continuar los procedimientos por incumplimiento a través de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios en distintos ámbitos del mercado interior, citando expresamente los relativos a la movilidad de los pacientes y el reembolso de los costes médicos, el establecimiento de farmacias, etc. Al mismo tiempo la Comisión Europea se ha propuesto perseguir las violaciones más groseras del artículo 43 del Tratado CE, que consagra el derecho de establecimiento, y del artículo 49 del Tratado CE, relativo a la libre prestación de servicios, en relación con los servicios de salud y lo que la Comisión denomina 'las discriminaciones patentes en el sector de las farmacias²⁰¹.

La Unión Europea inició diversos procedimientos de infracción contra Estados Miembros en materia de ordenación farmacéutica. En concreto, el primero de los procedimientos se inició contra Italia, y a éste le siguieron otros como los de Grecia, Austria, Portugal, Alemania, Francia y España.

Los procedimientos²⁰² anteriores tienen en común haber sido iniciados al entenderse que algunos de los aspectos sobre ordenación farmacéutica que vienen

²⁰¹ Ordoñez Solís, David. "La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 10 (2009), pág 19.

²⁰² Las conclusiones establecidas en el Informe Los procedimientos de infracción contra los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia realizado por Mayer Brown International LLP a petición del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, señala que "datos estadísticos del Tribunal de Justicia indican que los recursos judiciales iniciados por la Comisión contra Estados Miembros de la UE por incumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado tienen, por regla general, éxito (la Comisión ganó el 90% de los recursos del periodo 2002-2007). Se pueden distinguir dos tipos de recursos; los derivados de incumplimiento puramente formal (no adopción dentro de los plazos establecidos de una normativa nacional de trasposición de Directivas) en los que las probabilidades de éxito de los Estados miembros son escasas, y los de incumplimiento sustancial

regulados en sus legislaciones entran en colisión con las libertades fundamentales establecidas en el derecho comunitario. En esencia, se cuestiona si se vulneran los principios básicos que rigen para la libertad de establecimiento²⁰³ y la libre circulación²⁰⁴.

En el ámbito que nos ocupa, ha sido la jurisprudencia la que ha venido fijando y concretando algunas de las características propias de este sector, sentando algunas de las bases de los principios de la ordenación farmacéutica. En este sentido, lo más destacable derivado de dichos pronunciamientos judiciales podría resumirse en los siguientes aspectos:

5.3.2.1 La competencia de los Estados

La competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar servicios sanitarios, tales como las oficinas de farmacia se ve mermada por el Derecho de la Unión de conformidad con el artículo 168 TFUE, apartado 7, precisado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36.

(infracciones sobre el fondo del asunto y que afectan al desarrollo de una política fundamental para la Comisión). Si la controversia gira en torno a la armonización de facto de legislaciones europeas o de políticas en áreas importantes o políticamente sensibles las probabilidades de éxito de la Comisión se reducen. La salud pública es una de esas políticas clave del derecho de los Estados miembros al ofrecer un elevado grado de protección a sus ciudadanos más allá de argumentos de eficiencia económica que son frecuentemente discutibles y muy difíciles de cuantificar.

²⁰³ El Artículo 49 Tratado Lisboa (antiguo artículo 43 TCE) establece "En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales".

²⁰⁴ El Artículo 63 (antiguo artículo 56 TCE) establece "1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. 2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países".

Sin embargo, el ejercicio de esta competencia supone por parte de los Estados miembros, el deber de respetar dicho Derecho 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 (véanse sentencias de 16 de mayo de 2006, Watts, C 372/04, Rec. p. I 4325, apartados 92 y 146, y de 10 de marzo de 2009, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-0000, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-0000, apartado 18)

No obstante, a la hora de apreciar el respeto de dicha obligación, hay que tener presente que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. Dado que éste puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación.

5.3.2.2 Competencias respectivas de los Estados miembros y de la Comunidad en materia de salud pública²⁰⁵

En materia de salud pública la competencia sigue estando compartida por la Comunidad y los Estados miembros, al no haberse atribuido a la Comunidad en virtud del artículo 152 CE (más concretamente en su apartado 5) una competencia plena y exclusiva en esa materia. Se trata de una competencia conjunta con predominio nacional.

Se trata 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.

²⁰⁵ Conclusiones Abogado General presentadas en fecha 16 de diciembre Asunto C-531/06

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, lo que puede asimilarse a una protección constitucional de la competencia nacional en ese ámbito; lo que no significa que en el ejercicio de su competencia reservada los Estados miembros deban estar exentos de sus obligaciones comunitarias (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).

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.

5.3.2.3 Requisitos que justifican las restricciones de libertades fundamentales

En el caso de las restricciones a la libertad de establecimiento y libre circulación, éstas pueden considerarse conforme con el Derecho comunitario si cumplen los cuatro requisitos siguientes:

- Debe aplicarse de manera no discriminatoria.
- Debe estar justificada por un motivo legítimo o una razón imperiosa de interés general.
- Tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.
- y tiene que ser apropiada para asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población con suficientes garantías en materia de calidad y variedad (sentencias Comisión/Italia, apartado 52, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 28).

5.3.2.4 Peculiar carácter de los medicamentos

Cuando subsisten dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud de las personas, el Estado miembro puede adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos. Asimismo, el Estado miembro puede adoptar medidas que reduzcan, en la medida de lo posible, un riesgo para la salud pública (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2007, *Rosengren y otros*, C 170/04, Rec. p. I 4071, apartado 49 y sentencia de 19 de mayo de 2009 C 171/07 y C 172/07), incluidos, en concreto, los riesgos para el abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

En este contexto, procede destacar el peculiar carácter de los medicamentos, cuyos efectos terapéuticos los distinguen sustancialmente de otras mercancías (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 1991, *Delattre*, C 369/88, Rec. p. I 1487, apartado 54) ya que si éstos se consumen de manera incorrecta o innecesaria pueden perjudicar la salud del paciente y además esto supone un derroche de recursos financieros.

Por ello, los Estados miembros pueden someter a las personas encargadas de la distribución de medicamentos al por menor a requisitos estrictos en lo que atañe, en particular, a las modalidades de comercialización de los medicamentos y a la obtención de beneficios. Concretamente, pueden reservar la venta de medicamentos al por menor, en principio, exclusivamente a los farmacéuticos, debido a las garantías que éstos deben presentar y a la información que deben ser capaces de proporcionar al consumidor. Su interés privado en la obtención de beneficios está mitigado por su formación, su experiencia profesional y la responsabilidad que les corresponde.

5.3.2.5 Acceso a las actividades del ámbito farmacéutico

En el Derecho de la Unión, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales, y en concreto el artículo 45, el ejercicio de las actividades profesionales del farmacéutico, relacionando la misma con el derecho a la salud y a una adecuada prestación del servicio asistencial farmacéutico a la población.

Sin embargo, ni la Directiva 2005/36 ni ningún otro acto de aplicación de las libertades fundamentales establecen normas de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico destinadas a establecer las condiciones en las que se pueden crear nuevas farmacias en el territorio de los Estados miembros; es decir, no contiene normas relativas al establecimiento de las oficinas de farmacia ni sobre los requisitos de explotación de las mismas, ni, más concretamente, sobre su ordenación territorial.

El artículo 45, apartado 5, de la Directiva 2005/36 dispone que, cuando en un Estado miembro exista desde la fecha de 16 de septiembre de 1985 una oposición para seleccionar a los farmacéuticos que se designarán como titulares de las nuevas farmacias, cuya creación se haya decidido en virtud de un sistema nacional de distribución geográfica, dicho Estado miembro podrá mantener el desarrollo de dicha oposición y someter a ella a los nacionales de otros Estados miembros.

Por consiguiente, el Estado miembro de que se trata puede mantener tal procedimiento y aplicarlo a todos los farmacéuticos, siempre que las normas que lo regulan sean conformes con el Derecho de la Unión.

5.4 PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA. ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA ESPAÑA

5.4.1 INTRODUCCIÓN

Como ya se ha señalado, la Comisión Europea inició diversos procedimientos de infracción referidos a su normativa de ordenación farmacéutica contra diversos países europeos. Si bien, el Colegio de Comisarios de la Unión Europea cerraba definitivamente en noviembre de 2011 dichos procedimientos al tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que vienen concretadas en la sentencia correspondiente al caso italiano (Asunto C-531/06)²⁰⁶ así como a

²⁰⁶ Otra sentencia destacable en relación a su Ley de Farmacias es la El 11 de septiembre de 2008 se hacía pública la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) en el asunto C-141/07, cuyo objeto era el recurso por incumplimiento interpuesto, el 9 de marzo de 2007. En este caso, tal y como señala la sentencia citada "la Comisión de las Comunidades Europeas solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 CE y 30 CE, al haber sometido, en virtud del artículo 14, apartados 5 y 6, de la Ley sobre las farmacias (Apothekengesetz), en su versión aplicable desde el 21 de junio de 2005 (en lo sucesivo, «ApoG»), la celebración de un contrato de abastecimiento de medicamentos a exigencias acumulativas que tienen como efecto hacer prácticamente imposible el abastecimiento regular de un hospital por farmacias establecidas en Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania".

Tal y como señala dicho artículo, los hospitales disponen de la opción de encomendar su abastecimiento de medicamentos bien a una farmacia interna, es decir una farmacia explotada en los locales del hospital interesado y, en general, no accesible para el público, bien a una farmacia de otro hospital, o a una farmacia situada fuera del establecimiento hospitalario (en lo sucesivo, «farmacia externa»). Cuando un hospital decide encomendar ese abastecimiento a la farmacia de otro hospital o a una farmacia externa, debe celebrar con dicha farmacia un contrato que está sometido a los requisitos enunciados en el artículo 14, apartados 4 a 6, de la ApoG (en lo sucesivo, «disposiciones controvertidas»).

Precisa el Tribunal que "en el estado actual del derecho comunitario, en el que el abastecimiento de medicamentos a los hospitales no es objeto de armonización a nivel comunitario, la determinación de las normas en esa materia continúa siendo competencia de los Estados miembros, siempre que se respeten las disposiciones del Tratado y, en particular, las que se refieren a la libre circulación de mercancías".

Consideraba la Comisión que los requisitos acumulativos no estaban justificados por razones de protección pública. Sin embargo, el Tribunal considera que las mismas responden a preocupaciones de salud pública y que las mismas pueden en principio justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías. En este caso considera el tribunal que las mismas (en referencia a las disposiciones controvertidas) si resultan necesarias para conseguir el objetivo de asegurar un elevado nivel de protección de salud pública.

También puntualiza que "el número de infraestructuras hospitalarias, su reparto geográfico, su organización y el equipamiento de que disponen, o la dase de servicios médicos que pueden ofrecer, deben poder ser objeto de planificación, que responde por lo general, por una parte al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente de una gama equilibrada de

las cuestiones prejudiciales alemanas y española como a continuación se analizará.

Por ello, tratamos en este apartado de forma más detallada el procedimiento de infracción contra Italia y especialmente el relativo a España.

5.4.2 PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA LA REPÚBLICA ITALIANA (ASUNTO C-531/06)²⁰⁷.

Italia fue el primero de los países a los que la Comisión Europea requirió (21 de marzo de 2005) por considerar incompatible alguno de los aspectos de su legislación farmacéutica con lo dispuesto en el TUE. Éste trae causa de las restricciones impuestas por la legislación nacional italiana en lo que se refería a la participación en el capital de las farmacias minoristas y a la propiedad de las mismas.

Si bien es cierto que mediante 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 (Decreto Bersani²⁰⁸) se modificaron algunas de las

prestaciones hospitalarias de calidad y, por otra parte, a la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos”.

En definitiva, esta sentencia establece la necesidad de establecer una planificación y reparto equilibrado para satisfacer los objetivos de salud pública y reconoce la competencia de cada Estado para regular y proteger del modo que considere más oportuno, si bien respetando cierta proporcionalidad estos parámetros.

Diario Oficial de la Unión Europea 24.02.2007 recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2006 y Conclusiones del Abogado General de 16 de diciembre de 2008

²⁰⁷ Diario Oficial de la Unión Europea 24.02.2007 recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2006 y Conclusiones del Abogado General de 16 de diciembre de 2008. Tras las alegaciones realizadas por Italia, en fecha 13 de diciembre de 2005 la Comisión emitió dictamen motivado, al que respondieron las autoridades italianas el 17 de febrero de 2006.

²⁰⁸ En el procedimiento se detalla el modelo de farmacia italiano así se señala que “en Italia coexisten dos tipos de farmacias: privadas y municipales. El artículo 4 de la Ley nº 362, de 8 de noviembre de 1991, de reorganización del sector farmacéutico (en lo sucesivo, «Ley nº 362/1991») prevé para las farmacias privadas 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. A tenor del artículo 7 de la Ley nº 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

disposiciones de la legislación italiana en las que se basaba el procedimiento de infracción, la Comisión decidió interponer, en fecha 22 de diciembre de 2006, recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia por considerar que dichas modificaciones no podían alterar su criterio sobre la falta de conformidad del Derecho italiano con el Derecho comunitario.

Así la Comisión de las Comunidades Europeas solicitó al Tribunal de Justicia que declarase que la República Italiana había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los antiguos artículos 43 CE y 56 CE, al mantener en vigor por un lado, una normativa que permitía la titularidad de la explotación de las farmacias privadas únicamente a las personas físicas licenciadas en farmacia y a sociedades compuestas exclusivamente por socios farmacéuticos («principio de exclusión de no farmacéuticos»); y por otro, disposiciones legales que implicaban la imposibilidad de que las empresas que ejercen actividades de distribución de productos farmacéuticos adquiriesen participaciones en las sociedades de gestión de farmacias municipales.

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 nº 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.». Por su parte, el artículo 12 de la Ley nº 498 de 23 de diciembre de 1992, sustituido por el artículo 116 del Decreto legislativo nº267 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 mayoría privado cuyos socios no son necesariamente farmacéuticos. 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 nº 219 de 24 de abril de 2006. 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.

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»). 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”.

Las conclusiones del Abogado General se presentaron en fecha 16 de diciembre de 2008, quien entendió sobre la primera de las cuestiones planteadas que la regla establecida en la legislación italiana que prohíbe a quienes no son farmacéuticos poseer y explotar una farmacia es acorde a lo establecido en la jurisprudencia al cumplir los requisitos que justifican una medida restrictiva, y que con ella no se sobrepasan los límites del 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”.

Asimismo, no consideró adecuado el argumento de la Comisión en cuanto a la necesidad de diferenciar aspectos internos (propiedad, administración y gestión de la farmacia) y externos (relaciones con terceros) de la actividad farmacéutica. Sostiene que el poseedor de una farmacia que es a la vez propietario y empleador influye en la política seguida por ésta en materia de dispensación de medicamentos, por lo que “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”. “Un farmacéutico que sea propietario de su farmacia es independiente económicamente, lo que garantiza el libre ejercicio de su profesión”

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, consideró 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.

En fecha 19 de mayo de 2009 se dictaba por la Gran Sala del Tribunal de Justicia sentencia que resolvía dicho recurso por incumplimiento, desestimándolo. En apoyo de la República Italiana intervinieron la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Letonia y la República de Austria²⁰⁹.

²⁰⁹ Admitida la intervención por Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2007

En cuanto a las argumentaciones expuestas por las partes, entiende la Comisión que la normativa italiana "va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública, ya que éste puede lograrse a través de medidas menos restrictivas de las libertades garantizada por los artículos 43 CE y 56 CE, como la presencia obligatoria de un farmacéutico en la oficina de farmacia, la obligación de contratar un seguro o un sistema de controles adecuados y sanciones eficaces".

Por lo que se refiere a los Estados miembros, éstos basan sus alegaciones en señalar que el "Derecho comunitario atribuye competencia a los Estados miembros para regular el sector farmacéutico, a excepción de las cuestiones relativas al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos". Y que "las restricciones que se derivan de la citada normativa nacional están justificadas por el interés general de protección de la salud pública".

El Tribunal de Luxemburgo se basa en las argumentaciones antes expuestas y que con carácter general vienen a justificar determinadas restricciones a las libertades fundamentales. En ese sentido señala que tanto el principio de exclusión de no farmacéuticos como el que sólo los farmacéuticos puedan ser socios de las sociedades de explotación de farmacias (impidiendo a los inversores de otros Estados miembros que no sean farmacéuticos adquirir participaciones en este tipo de sociedades) son restricciones a dichas libertades pero que están justificadas al entender que dicha normativa se aplica sin discriminación por razón de nacionalidad, y que la protección de la salud es una de las razones de interés general que justifican las mismas como en este supuesto es el garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

5.4.3 PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA ESPAÑA

5.4.3.1 Dictamen de la Comisión Europea sobre el modelo farmacéutico español

España se encontró inmersa durante un tiempo en un procedimiento de infracción en el que se cuestionaban algunos rasgos característicos del modelo farmacéutico español vigente en la actualidad.

En concreto, la Comisión de las Comunidades Europeas remitió el 13 de julio de 2005 a las autoridades españolas carta de emplazamiento en relación con la normativa nacional sobre "*determinadas restricciones al establecimiento de oficinas de farmacia en España*", resultantes, tanto de la legislación estatal como de la propia de algunas Comunidades Autónomas.

Señalaba que varias disposiciones de la legislación española plantean problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario y, en particular, con el citado artículo 43 del Tratado, llamando la atención sobre las condiciones de apertura de farmacias, sobre el procedimiento de autorización administrativa y sobre las normas acerca de la propiedad de la farmacia.

El Gobierno Español presentó sus observaciones en octubre de 2005, rechazando los argumentos de la Comisión por entender que las disposiciones impugnadas no se oponen a las normas comunitarias y también que el principio de libertad de establecimiento, en los términos del artículo 43 del Tratado, no es de aplicación al sector farmacéutico.

Posteriormente, el 4 de julio de 2006, la Comisión de las Comunidades Europeas remitió Dictamen motivado en relación a este asunto, dando un plazo de dos meses, para modificar la normativa que regula la adjudicación y el establecimiento de oficinas de farmacia en nuestro país.

En dicho Dictamen la Comisión consideró que las condiciones en materia de establecimiento de oficinas de farmacia (limitación del número de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia mínima entre farmacias), el

criterio de la experiencia profesional en la CCAA (en relación a la concesión de una autorización de apertura de una farmacia), la reserva de propiedad de una farmacia exclusivamente para los farmacéuticos y la prohibición de que un mismo farmacéutico sea propietario o copropietario de más de una farmacia al mismo tiempo, son contrarias a la libertad de establecimiento proclamada por el artículo 43 del Tratado CE.

En concreto, los aspectos puntuales que se cuestionaban fueron²¹⁰:

- Sujeción de las oficinas de farmacia a un criterio de planificación basado en módulos de población y distancia que han de respetar las nuevas oficinas respecto de las preexistentes.
- Exclusividad de la titularidad de las oficinas de farmacia a favor de los Licenciados en Farmacia.
- Prohibición de que un farmacéutico ostente la titularidad, sea como propietario o como copropietario, de más de una oficina de farmacia.
- En el caso concreto de la normativa valenciana, el mayor valor que, en cuanto a la experiencia profesional como mérito para acceder a la titularidad de una oficina de farmacia, se reconoce a la experiencia acumulada dentro de la propia Comunidad Valenciana.

Posteriormente, en fecha 24 de agosto de 2006, se remitía por parte del Reino de España informe en el que se argumentan los criterios que justifican el mantenimiento del régimen español de ordenación farmacéutica en aras de mejorar la accesibilidad, continuidad y calidad de la prestación farmacéutica.

A partir de ese momento, el debate entorno al sistema vigente de ordenación farmacéutico español no cesó. De forma mayoritaria en nuestro país, y en especial por parte de las administraciones y los Colegios profesionales se ha venido defendiendo dicho modelo; no obstante, también existen algunos sectores que defienden la liberalización de las oficinas de farmacia.

²¹⁰ Informe de Ramón Entrena Cuesta a requerimiento de la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia acerca de la conformidad con la normativa de la Unión Europea, de la legislación española en materia de oficinas de farmacia (julio 2006)

Como es evidente, los argumentos utilizados por parte de los defensores del modelo español son muy diferentes a los que venía utilizando la Comisión y los colectivos que abogan por la liberalización de dicho modelo.

Se ha señalado con anterioridad cuales son los aspectos característicos del sistema de ordenación farmacéutico español; los más relevantes como son la planificación, la autorización y la titularidad y transmisión de oficinas de farmacia; fueron los más cuestionados por parte de la Comisión Europea.

Por este motivo, y para centrar el objeto de la cuestión lo hacemos recordando las alegaciones efectuadas por las partes y cuyo contenido se refiere a dichos rasgos fundamentales de nuestro ordenamiento.

5.4.3.1.1 Pronunciamento en materia de planificación

La planificación farmacéutica es el primero de los aspectos que analiza la Comisión Europea en su Dictamen. En ese sentido, examina la normativa sobre planificación territorial de las oficinas de farmacia, resultante del artículo 103.3 de la Ley General de Sanidad y del artículo 2. 1 de la Ley 16/1997. Al respecto, considera que el modelo español, que establece módulos mínimos de habitantes (entre 2.800 y 4.000 habitantes) y distancias mínimas entre farmacias (generalmente de 250 metros), es "desproporcionado, incluso contraproducente, respecto al objetivo del buen abastecimiento de medicamentos del territorio de que se trate".

España había argumentado inicialmente, que el sistema establecido en la legislación española pretende garantizar la adecuación del número y de la localización de las farmacias en función de las necesidades de la población y la planificación sanitaria; así como que las medidas en cuestión corresponden a las exigencias de proporcionalidad exigidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, la Comisión Europea en contra de lo señalado por las autoridades españolas alegó que:

- Las medidas de proporcionalidad no son susceptibles de garantizar la consecución de los objetivos que persiguen, ya que una limitación del número de farmacias no es, como medida cuantitativa, un medio adecuado para garantizar un buen suministro de medicamentos.
- Si se argumentara que la planificación sirve para garantizar la presencia mínima de algunas farmacias en una zona menos favorecida, nada impide a las autoridades españolas y la experiencia de Navarra lo confirma, prohibir el establecimiento de una farmacia en una zona con una gran concentración de farmacias si, al mismo tiempo, no está garantizado el acceso a una farmacia en una zona menos poblada o desfavorecida.
- En lo relativo a la distancia entre farmacias, conviene destacar que tales distancias no resulta útiles ya que tal exigencia no es susceptible de garantizar una distribución equilibrada de las farmacias.

Ramón Entrena,²¹¹ consideró en contra del criterio de la Comisión que “una planificación de farmacias como la prevista en el sistema español, resulta un medio adecuado y proporcionado para garantizar el acceso y suministro de medicamentos a los ciudadanos, puesto que la realidad de España es clara: Se ha conseguido que un 99% de la población tenga una oficina de farmacia en su localidad de residencia”.

Por su parte, el Consejo de Colegios Oficial de Farmacéuticos, consideró que “mediante la planificación farmacéutica en base a criterios geográficos y poblacionales y de distancias, se ha logrado una distribución homogénea de oficinas de farmacia en todo el territorio del Estado, acorde a las características propias de cada territorio (geográficas, sociales y sanitarias) en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica”.

En 2007, España era el tercer país europeo con más farmacias por habitante (una oficina de farmacia por cada 2.143 habitantes), por detrás de Grecia, con una

²¹¹ Entrena Cuesta, R. Dictamen a petición de la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia

farmacia por cada 1.110 habitantes, y de Bélgica, con una por cada 1.998 personas. Tendencia seguida por 19 de los 29 países (27 de la Unión Europea más Reino Unido e Irlanda) analizados en el estudio Eurofarma²¹².

5.4.3.1.2 Pronunciamento en materia de autorización para el establecimiento de oficina de farmacia

Respecto a los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones administrativas, la Comisión no impugna la existencia de estos procedimientos como tales siempre que se basen en criterios objetivos en cuanto a la competencia profesional del farmacéutico. El elemento rechazado por la Comisión reside más bien en los criterios que conducen a favorecer a los agentes económicos que ya cuentan con experiencia profesional a escala local, en el momento de la selección entre varios candidatos a efectos de la concesión de una autorización, como ocurre, en la Comunitat Valenciana, donde se privilegia la experiencia adquirida en la comunidad autónoma. A juicio de la Comisión esta exigencia puede producir efectos discriminatorios.

Sin embargo, y en contra de la opinión de la Comisión en nuestro país las Comunidades Autónomas tienen la obligación de realizar los procedimientos de autorización de oficinas de farmacia de modo transparente y equitativo, y se toman en consideración otros criterios como la formación y la práctica profesional, garantizándose la calidad del servicio que se presta al ciudadano.

5.4.3.1.3 Pronunciamento en materia de propiedad y titularidad de la oficina de farmacia

Al analizar los aspectos relativos a la propiedad de las farmacias, la Comisión se centra en las que a continuación considero conveniente destacar:

La primera, se refiere a las restricciones del procedimiento en materia de reserva de propiedad de farmacia. Para la Comisión, la normativa española persigue el mismo objetivo de no mercantilización de la profesión de farmacéutico y su

²¹² Estudio Eurofarma: Comparativa de las políticas farmacéuticas de la UE”, elaborado por la consultora Antares en 2007

actividad así como su responsabilización personal tal como ocurre en la legislación griega en materia de almacenes de ópticas censurada en la Sentencia C-140/03 Comisión/Grecia. Señala que el Tribunal de Justicia juzgó que tales objetivos de protección de la salud pública pueden alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas.

Dada la trascendencia que tendría la similitud con estos establecimientos considero conveniente referirme más explícitamente a dicho asunto. En el mismo, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Helénica ha restringido las condiciones de establecimiento de los ópticos personas físicas, infringiendo el artículo 43 CE, al adoptar y mantener en vigor la Ley nº 971/79, relativa al ejercicio de la profesión de óptico y a los comercios de artículos de óptica, que no permite a un óptico diplomado, persona física, explotar más de una óptica. Además, que la República Helénica ha restringido las condiciones de establecimiento de las personas jurídicas en el sector óptico en Grecia de forma incompatible con el artículo 43 CE y ha infringido el artículo 48 CE en relación con el artículo 43 CE, imponiendo a las personas jurídicas restricciones que no existen para las personas físicas, al adoptar y mantener en vigor la Ley nº 971/79 y la Ley nº 2646/98, de desarrollo del sistema nacional de seguridad social y otras disposiciones (FEK A' 236, p. 3455; en lo sucesivo, «Ley nº 2646/98»), que supeditan la posibilidad de que una persona jurídica abra una óptica en Grecia a los requisitos de que:

- la autorización para abrir y explotar la óptica se expida a nombre de un óptico titulado, persona física, el titular de la autorización para explotar la óptica participe al menos en un 50 % en el capital de la sociedad y en sus beneficios y pérdidas, la sociedad sea colectiva o comanditaria, y
- dicho óptico participe, como máximo, en otra sociedad propietaria de una óptica, a condición de que la autorización para abrir y explotar ésta se expida a nombre de otro óptico titulado.

En este caso concreto, el Tribunal considera que la prohibición de que un óptico diplomado explote más de una óptica constituye efectivamente una restricción a la libertad de establecimiento de las personas físicas en el sentido del artículo 43 CE, a pesar de la alegada falta de discriminación por razón de la nacionalidad de los profesionales de que se trate. En ese sentido, añade que el objetivo de protección de la salud pública 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.

Por este motivo, en este punto, me gustaría referirme expresamente a los puntos no coincidentes de ambos asuntos. Para ello, considero que son oportunos los argumentos esgrimidos por FEFE²¹³ y que defienden la mayoría de los juristas, que además han sido apoyados en conclusiones efectuadas por el abogado general Yves Bot, al entender que no se puede asimilar lo establecido en esta sentencia sobre ópticas griegas en relación a prestación del servicio público de dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia, al existir un planteamiento opuesto. En concreto, se argumenta lo siguiente:

En primer lugar, primacía de criterios sanitarios y de salud pública frente a los económicos o puramente mercantiles (confianza en el cliente en el caso de las ópticas), entendiendo que:

- “El concepto de precio tasado en los medicamentos, el establecimiento administrativo de márgenes comerciales y la consiguiente limitación de la incertidumbre mercantil, posibilitan un sistema de planificación que mejora la atención farmacéutica personalizada, la participación en programas de colaboración con las distintas Administraciones sanitarias (salud pública, dispensación de dosis unitarias, suministro de metadona...) y, en definitiva, la

²¹³ La reserva sobre la propiedad de las farmacias y su compatibilidad con el tratado CE. <http://www.actualidadsanitaria.com/Informe%20sobre%20Compatibilidad%20con%20el%20Tratado%20CE.pdf>

gestión del servicio público, acentuando los aspectos de protección del interés general frente a los criterios puramente mercantiles basados en el interés económico”.

- “El cumplimiento del objetivo prioritario de protección de la salud pública, en cuanto forma de protección del interés general, justifica que la propiedad y titularidad de las farmacias se atribuya exclusivamente a farmacéuticos titulados que han de cumplir determinados requisitos exigidos por la Administración concedente para poder aperturar la oficina de farmacia”.
- “La actividad desarrollada por las oficinas de farmacia en España es ajena a las reglas del libre comercio, por cuanto únicamente pueden transmitirse de acuerdo a unos reglados criterios administrativos, cuyo establecimiento persigue la garantía en la prestación del servicio público inherente al establecimiento farmacéutico, subordinando a dichos límites las tradicionales reglas de oferta y demanda que regulan la transmisión de cualquier negocio puramente mercantil”.

En segundo lugar, el servicio prestado por las oficinas de farmacia no pretende, de manera preferente, garantizar la responsabilidad del titular de las mismas frente al usuario del servicio, como ocurría en el asunto de las “ópticas griegas”. Así, al tratarse de un servicio intervenido administrativamente en todo momento (desde su establecimiento hasta su transmisión y aún después) se minimizan, hasta la práctica inexistencia, los supuestos generadores del daño, por lo que no son necesarias alternativas como la propuesta por la Comisión respecto a los seguros de responsabilidad.

El titular de la oficina de farmacia es el primer interesado en que no se produzca ningún daño derivado de su actividad, ya que su régimen de responsabilidad aparece reforzado, respecto de la puramente mercantil, al prestar un servicio público. En la actividad de servicio público de las oficinas de farmacia prima el concepto de evitación del daño sobre el de resarcimiento del mismo (en tal sentido deben entenderse las garantías de calidad, seguridad, identificación e información establecidas en la Ley 29/ 2006), lo que aleja este servicio público del mercantil propio de otras actividades comerciales, como las ópticas.

En tercer lugar, existen diferencias sustanciales entre el producto comercializado en una óptica y el dispensado en una oficina de farmacia. El concepto de "medicamento", producto dispensado en exclusiva en las farmacias, es un concepto estrictamente legal a diferencia de los productos que comercializa una óptica.

Este sistema puramente mercantil es contrario al dispensado por las oficinas de farmacia donde, el carácter de servicio público impregna toda su actividad. Así, la prescripción del medicamento implica una primera intervención administrativa, lo que también pudiera suceder en el caso de las ópticas pero, a diferencia de lo que ocurre en la actividad de éstas, la intervención administrativa, en beneficio del interés general continúa de manera permanente durante todo el proceso que se desarrolla en la oficina de farmacia, lo que es ajeno a la actividad de la ópticas.

Por su parte, el Abogado General considera que "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".

Aunque 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. 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. 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, su entrega debe rodearse de garantías especiales.

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, se considera 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”.

Volviendo de nuevo a las cuestiones planteadas por la Comisión, la segunda alude a la responsabilidad personal del farmacéutico. Al respecto considera que esta responsabilidad podría estar garantizada también por una medida como la responsabilidad de un farmacéutico asalariado que administra la farmacia o vende medicamentos al público.

En tercer lugar, se refiere a la presencia obligada del farmacéutico en la oficina de farmacia al menos 8h al día. En ese sentido, la Comisión cuestiona por qué razones las tareas propias del mismo no pueden ser realizadas por un farmacéutico graduado asalariado en vez de por el propietario de la farmacia.

Y por último, en relación a que un mismo farmacéutico tenga prohibido ser propietario o copropietario de más de una farmacia, la Comisión recuerda que el Tribunal de Justicia juzgó reiteradamente que el derecho de establecimiento implica asimismo la facultad de crear y mantener más de un centro de actividad en el territorio de la Comunidad.

Para la Comisión, el fin sería el mismo si, independientemente de quién sea el propietario, la farmacia es atendida por un farmacéutico asalariado. Lo que hace por tanto, es rechazar “determinadas restricciones” que sólo permiten ser titular de una farmacia a los farmacéuticos y prohíbe que un mismo profesional sea propietario o copropietario de más de una farmacia al mismo tiempo.

Todos los argumentos expuestos en el procedimiento en cuestión ponen de manifiesto los diferentes planteamientos que se fueron alegando en el mismo. Frente al modelo actual la tendencia de la Comisión es, no obstante, que imperen características que aboguen hacia la liberalización del sector.

Ello suponía que cualquier pronunciamiento a favor de su criterio hubiese sido determinante para introducir cambios en el modelo de ordenación farmacéutica español.

5.5 ACTUACIONES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

5.5.1 CUESTIONES PREJUDICIALES EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ESPAÑA

La referencia en este trabajo de investigación a las cuestiones prejudiciales²¹⁴ se debe a que paralelamente a los procedimientos de infracción iniciados, se han

²¹⁴ El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados Miembros.

Cualquier juez nacional o comunitario, y para resolver un litigio de su competencia en el que tiene que aplicar una norma comunitaria, se dirige al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas solicitando bien la interpretación del derecho comunitario, originario o derivado, bien la validez del derecho comunitario derivado.

El planteamiento de la cuestión prejudicial es la consecuencia obligada del presupuesto obligado de que la interpretación del derecho comunitario es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el marco del procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia consiste en interpretar el derecho comunitario o pronunciarse sobre su validez, y no en aplicar este derecho a los hechos concretos del procedimiento principal, labor de la que es responsable el órgano jurisdiccional nacional. Al Tribunal de Justicia no le corresponde pronunciarse sobre las cuestiones de hecho que se suscitan en el marco del litigio principal, ni tampoco resolver las diferencias de opinión sobre la interpretación o la aplicación de las normas de derecho nacional.

El objetivo del Tribunal de Justicia cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del derecho comunitario es proporcionar una respuesta útil para la solución del litigio, pero es el órgano jurisdiccional nacional quien tendrá que deducir las consecuencias que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional.

Es decir, la cuestión prejudicial se plantea por parte de los tribunales ordinarios nacionales ante el Tribunal de Justicia Europeo para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación comunitaria y evitar interpretaciones divergentes. Se trata de solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho comunitario, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho.

El órgano jurisdiccional nacional destinatario se halla vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico.

planteado diversas cuestiones prejudiciales cuya resolución supuso un condicionante en el panorama legislativo vigente²¹⁵. El pronunciamiento por parte del TJUE desde mi punto de vista reforzó el modelo actual al entrar a valorar cuestiones que hasta la fecha habían sido sumamente controvertidas. La pregunta que nos hacemos es qué hubiese ocurrido si los términos en los que se pronunció hubiesen sido sumamente distintos. Pero la respuesta es bien sencilla, hubiese resultado necesario cambiar los planteamientos sobre los que pivota el ordenamiento jurídico español en esta materia. De hecho aquellos aspectos que consideró no acorde a Derecho fueron modificados como se ha anticipado en el estudio de los baremos en los concursos.

En nuestro país; en concreto y hasta este momento se han planteado en relación al modelo de ordenación farmacéutica español, cuestiones prejudiciales por parte de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y Granada.

La de Asturias supuso que, por primera vez, un Tribunal español plantease por una cuestión prejudicial²¹⁶ relativa a la ordenación farmacéutica. Por ello, desde mi punto de vista, ésta supone un punto de inflexión teniendo en cuenta que a pesar de circunscribirse a cuestiones de la ordenación farmacéutica asturiana, los

También en este marco, cualquier ciudadano europeo puede contribuir a que se precisen las normas comunitarias que le afectan. Aunque este procedimiento sólo puede iniciarlo un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones europeas pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia.

El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo la suspensión del proceso nacional hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.

NOTA INFORMATIVA sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2005/C 143/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas 11-6-2005

²¹⁵ El procedimiento prejudicial está previsto en el Art. 234 CE (antes artículo 177 TCE), que establece lo siguiente: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

²¹⁶ Inicialmente, en fecha 13 de junio de 2007 se inadmitieron por parte del Tribunal de Justicia Europeo estas cuestiones prejudiciales, resolviendo que "las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, mediante autos de 30 de noviembre de 2006 y 29 de enero de 2007, son manifiestamente inadmisibles". Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias volvió a presentar de nuevo los autos, subsanados los errores de forma que motivaron su rechazo, lo que supuso la admisión a trámite de ambas cuestiones.

efectos de su resolución se han visto ya desplegados en la normativa de algunas Comunidades Autónomas como hemos visto en el capítulo dedicado a los baremos en los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia.

5.5.2 CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS²¹⁷

5.5.2.1 Origen del planteamiento

En 2007 el Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó autos en el que planteaba al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuestión prejudicial, en relación a si el artículo 43 CE²¹⁸ era opuesto a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 72/2001, de 19 de julio, del Principado de Asturias regulador de las oficinas de farmacia y botiquines así como los apartados 4), 6) y 7) del Anexo del mencionado Decreto.²¹⁹

En concreto, el citado Tribunal planteaba dicha cuestión tras haberse solicitado (en fechas 18 y 21 de julio de 2006) por parte de los demandantes, la interposición de cuestión de prejudicialidad en dos asuntos que en ese momento estaba conociendo la sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

Concretamente en el primero de los asuntos (C-570/07²²⁰), se impugna la Resolución dictada en fecha 14 de junio de 2002, por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Gobierno del Principado de Asturias por la que se convoca concurso para la autorización de oficinas de farmacia en el Principado de Asturias, así como la Resolución dictada, con fecha 10 de octubre de 2002, por el Consejo

²¹⁷ Diario Oficial de la Unión Europea. 29 de marzo de 2008

²¹⁸ Las referencias a este artículo deben entenderse hechas al actual artículo 49 TFUE.

²¹⁹ Boletín Oficial del Principado de Asturias de 28 de julio de 2001. El artículo 2 regula los módulos de población fijando éste en 2.800 habitantes por oficina de farmacia; el artículo 3 se refiere al cómputo poblacional y el 4 establece como distancia mínima con carácter general 250 metros.

²²⁰ Procedimiento contencioso José Manuel Blanco Pérez/Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias, Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles y Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias

de Gobierno del mismo Principado, que confirmó la anterior. Y de modo indirecto, al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 29/1998, también se impugna el Decreto 72/2001, de 19 de julio

Tal y como se señala en el fundamento de derecho segundo se trata de “dos ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea con título oficial de farmacéuticos y no titulares de oficinas de farmacia que han desarrollado su actividad profesional durante largos años en una farmacia veterinaria, se oponen a las normas citadas”, por no estar de acuerdo con los criterios establecidos en el baremo de méritos para el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia.

En el segundo de los asuntos (571/07) se impugna dicha norma reglamentaria en cuanto fija la planificación farmacéutica y los procedimientos para la autorización, designación de local y apertura de nuevas oficinas de farmacia.

Tal y como señala el Tribunal “Se plantea la Sala, a instancia de los recurrentes, si el sistema por el que opta el Decreto impugnado, y más en concreto si los parámetros o módulos de población y metros de distancia mínima entre oficinas de farmacia pudieran ser restricciones a la libertad de establecimiento, compatibles con la regulación que consagra el art. 43 Tratado CE, afección que podría extenderse a cualquier nacional de un miembro de la Unión Europea que pudiera pretender instalar una oficina de farmacia en la CCAA del Principado de Asturias”.

En decir, se cuestiona el tribunal si el Decreto 72/2001, de 19 de julio, restringe la libertad de establecimiento, y pone de manifiesto que quizás esas restricciones que establecen las normas en relación a la limitación del número de farmacias no sean el instrumento adecuado para asegurar la prestación del servicio farmacéutico.

En dicho asunto se personaron con posterioridad el Consejo General de Farmacéuticos de España, la Plataforma en defensa del modelo Mediterráneo de

Farmacia, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y la Asociación de Grandes Empresas de Distribución²²¹.

5.5.2.2 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010

El 1 de junio de 2010 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reunido en Gran Sala, dictaba sentencia sobre los asuntos a los que nos estamos refiriendo

Puede decirse que los planteamientos expuestos por esta sentencia, ya habían sido perfilados en las conclusiones del Abogado General²²² Poiares Maduro realizadas en fecha 30 de septiembre de 2009.

La Sentencia aborda aspectos de gran calado, al tratarse de cuestiones que recoge con carácter general nuestra legislación.

Dicha sentencia viene a establecer dos criterios bien claros: por un lado, que en materia de planificación farmacéutica los criterios demográficos y geográficos establecidos en la norma reglamentaria asturiana son compatibles con el derecho europeo y por otro, a sensu contrario que los criterios de selección de los titulares de nuevas oficinas de farmacia fijados en los apartados 6 y 7c del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, son discriminatorios.

5.5.2.2.1 Planificación farmacéutica

Por lo que se refiere a la planificación farmacéutica, la sentencia además de volver a incidir en las cuestiones que hemos citado previamente relativas a las libertades

²²¹ Por providencia de 9 de septiembre de 2008 se aceptó como personada en concepto de codemandado a la Asociación. Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (Anged). La misma justificó su petición en los intereses que sus representadas tienen en el "negocio de distribución minorista de productos de parafarmacia". La asociación entiende que las decisiones que se tomen en relación a los citados procedimientos "tendrán un marcado impacto sobre la regulación del establecimiento de oficinas de farmacia" y, por ende, sobre el "negocio farmacéutico y parafarmacéutico" tanto en el Principado de Asturias como en el resto del territorio nacional. Anged lo forman empresas como AKÍ, Alcampo, Aldeasa, C&A, Carrefour, Conforama, El Corte Inglés, Grupo Cortefiel, Grupo Eroski, Fnac, Hipercor, Ikea, Leroy Merlin, Media Mark y Toys 'R' Us.

²²² <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-09/cp090078es.pdf>
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-570/07>

y

fundamentales pone de manifiesto otros aspectos que es importante tener en cuenta en el ámbito farmacéutico y que avalan el modelo fijado en la legislación española y en concreto en la asturiana.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia argumenta de forma clara porqué la normativa controvertida resulta adecuada al art. 49 TFUE en lo que a requisitos relativos a criterios de planificación se refiere y que suponen la imposición de límites a la concesión de autorizaciones de nuevas farmacias.

a) Sobre los módulos de población y distancias mínimas

La sentencia confirma que es adecuada la existencia de una planificación farmacéutica que incluya módulos de población y como requisito complementario el del establecimiento de distancias mínimas, siempre que éstos tengan como finalidad distribuir las farmacias de manera equilibrada en el territorio nacional, garantizar así a toda la población un acceso apropiado a la atención farmacéutica y, en consecuencia, aumentar la seguridad y la calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.

En ese aspecto, los establecimientos e infraestructuras sanitarios pueden ser objeto de una planificación y ésta puede comprender una autorización previa para el establecimiento de nuevos prestadores de asistencia, cuando resulta indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias y para evitar una duplicidad de estructuras, de forma que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y que tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa (véanse, por analogía, las sentencias de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec.p. I-5473, apartados 76 a 80; de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec. p. I-4325, apartados 108 a 110, y *Hartlauer*, antes citada, apartados 51 y 52). Esta conclusión puede aplicarse plenamente a los prestadores de servicios sanitarios en el ámbito farmacéutico.

Y ello porque existen aglomeraciones que pueden ser percibidas por numerosos farmacéuticos como muy rentables y, en consecuencia, más atractivas, como las situadas en las zonas urbanas. En cambio, otras partes del territorio nacional pueden considerarse menos atractivas, como las zonas rurales, geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa. En estas circunstancias, no puede excluirse que, a falta de toda regulación, los farmacéuticos se concentrasen en las localidades consideradas atractivas, de manera que algunas otras localidades menos atractivas no dispondrían de un número suficiente de farmacéuticos para garantizar una atención farmacéutica segura y de calidad.

La sentencia pone de manifiesto que cuando subsisten dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud pública, el Estado miembro puede adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad de tales riesgos (sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, apartado 30). En estas circunstancias, un Estado miembro puede considerar que existe un riesgo de escasez de farmacias en determinadas partes de su territorio y, por consiguiente, de falta de abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos. En consecuencia, habida cuenta de este riesgo, un Estado miembro puede adoptar una normativa que establezca que sólo se pueda crear una farmacia en relación con un determinado número de habitantes.

Tal requisito puede canalizar la implantación de farmacias hacia las partes del territorio nacional en las que el acceso a la atención farmacéutica presente lagunas, puesto que, al impedir a los farmacéuticos establecerse en zonas en las que ya existe un número suficiente de farmacias, les invita, así, a instalarse en zonas en las que exista escasez de farmacias.

Si sólo se estableciera el requisito relativo a los módulos de población, podría ocurrir que no se evitara la concentración de farmacias en el interior de una zona geográfica determinada con arreglo a dicho requisito en determinadas localidades atractivas de dicha zona. Pues bien, tal concentración de farmacias podría dar lugar a una duplicidad de estructuras, mientras que otras partes de la misma zona podrían sufrir una falta de farmacias.

Por tanto, el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada. Podría considerarse que tales requisitos son tanto más necesarios cuanto que, por un lado, la administración de medicamentos puede ser urgente, y, por otro, la clientela de las farmacias incluye a personas de movilidad reducida, como las personas de avanzada edad o gravemente enfermas.

b) Sobre la adecuación de la normativa al objetivo pretendido

Pero no olvida el Tribunal en hacer hincapié en la manera en que dicha normativa no sea incongruente al perseguir el objetivo que se pretende, recordando que sólo es adecuada si responden verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Hartlauer*, apartado 55, y *Apothekerkammer des Saarlandes* y otros, apartado 42)".

En ese sentido, en relación al requisito de módulos de población, se alude en primer lugar a la posibilidad de que con éste no se garantizase el acceso adecuado a la atención farmacéutica en zonas que presenten ciertas particularidades demográficas (zonas rurales cuya población está normalmente dispersa y es menos numerosa). Sin embargo, se pone de manifiesto que la normativa nacional establece ciertas medidas de ajuste que permiten atenuar las consecuencias de la aplicación de la norma de base de 2.800 habitantes. En efecto, según el artículo 2, apartado 3, párrafo segundo, de la Ley 16/1997, las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores a los 2.800 habitantes por farmacia para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquéllas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales, de modo que las farmacias situadas en tales zonas particulares sean más accesibles para el segmento de la población que la rodea.

En segundo lugar, se analiza si el requisito de distancia mínimas podría dar lugar a que no se garantizase un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica (podría sobrepasarse el número de habitantes determinado de modo global). Al respecto se matiza que esta circunstancia puede atenuarse mediante la medida de flexibilización establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Ley 16/1997, a cuyo tenor la distancia mínima entre oficinas de farmacia será, «con carácter general», de 250 metros, si bien las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas y aumentar, de esta manera, el número de farmacias disponibles en las zonas de una gran concentración de población. Además, las autoridades competentes podrían incluso verse obligadas a interpretar la norma general como una norma que no sólo permite conceder una autorización para la creación de una farmacia a una distancia inferior a los 250 metros en casos excepcionales, sino siempre que la aplicación estricta de la norma general de los 250 metros pueda impedir que se garantice un acceso apropiado a la atención farmacéutica en determinadas zonas geográficas de gran concentración demográfica.

Añade en este caso que corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si las autoridades competentes ejercitan la facultad que atribuyen las disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada.

c) El sistema de mínimos

La sentencia profundiza en el denominado "sistema de mínimos" que, como se ha visto en el anterior capítulo, fue en su momento tan controvertido en el sistema de ordenación farmacéutico español y es por el que abogan los partidarios de un cambio en el sistema.

Como recuerda el Tribunal en primer lugar, que este sistema se basa en el hecho de que bastaría con establecer normas que fijasen un número mínimo de

farmacias en zonas geográficas determinadas, no autorizándose ninguna nueva implantación de farmacias –como en el sistema actual– en zonas que ya cuenten con un número suficiente de farmacias hasta que cada zona geográfica determinada dispusiera del número mínimo requerido de farmacias. Sin embargo, la apertura de nuevas farmacias sería libre a partir del momento en que cada una de estas zonas dispusiese del número mínimo de farmacias.

Y en segundo lugar, que un Estado miembro puede considerar que el sistema «de mínimos» no permite lograr –con la misma eficacia que el sistema actual– el objetivo de garantizar el abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos en las zonas poco atractivas. Por otra parte, en el sistema actual, el factor que incita a los farmacéuticos a establecerse en zonas desprovistas de farmacias resulta del hecho de que se les impide instalarse en las zonas que ya cuentan con un número suficiente de farmacias, en virtud de un criterio demográfico objetivo, es decir, hasta el momento en que la población de dichas zonas aumente más allá del límite establecido. Así, este sistema tan sólo deja, en principio, a los farmacéuticos que deseen ejercer una actividad profesional independiente la posibilidad de instalarse en las zonas que carezcan de farmacias, en las que el abastecimiento de medicamentos a la población es insuficiente y en las que, por tanto, se autoriza la instalación de farmacias.

Entiende que el Reino de España, puede legítimamente organizar el sistema de distribución territorial a escala regional, es decir, conferir a las diferentes regiones la responsabilidad de organizar la distribución de las farmacias entre las zonas geográficas de sus respectivos territorios. La situación en las diferentes regiones puede ser considerablemente diferente en lo que respecta al establecimiento de los farmacéuticos. Más concretamente, es posible que en algunas regiones existan una o varias zonas geográficas en las que todavía no se haya alcanzado el número mínimo necesario de farmacias. Por tanto, la posibilidad de instalar nuevas farmacias sólo se presenta en esas zonas que presentan lagunas.

Sin embargo, en lo que respecta a otras regiones, puede darse la situación de que todas sus zonas geográficas ya hayan alcanzado el número mínimo necesario de farmacias y por tanto –en el sistema alternativo «de mínimos» todo su territorio

esté disponible para el libre establecimiento de los farmacéuticos, incluso las zonas más atractivas. Ahora bien, esta situación podría perjudicar el objetivo nacional, tal como resulta de la Ley 16/1997, de canalizar a los farmacéuticos hacia las zonas desprovistas de farmacias sin importar la región de que se trate. En efecto, no puede excluirse que los farmacéuticos en cuestión tiendan a sumarse a los farmacéuticos instalados en las regiones saturadas –y, por tanto, abiertas a la libre instalación– en lugar de contemplar la posibilidad de instalarse en las zonas desprovistas de farmacias en las regiones que no están saturadas.

5.5.2.2.2 Criterios de selección de titulares de nuevas farmacias

La última parte de la sentencia se refiere a verificar si el artículo 49 TFUE se opone a criterios como los recogidos en los puntos 4, 6 y 7, letras a) b) c), del anexo del Decreto 72/2001, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias.

En dicho Decreto se establecen ciertos criterios aplicables durante la fase de selección de los titulares de las nuevas farmacias como son: aplicación del baremo de méritos en caso de empate, organización anual de un procedimiento para conceder autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias en función de la evolución demográfica y la no valoración de la experiencia profesional como ejercicio de farmacéutico titular o cotitular en una oficina de farmacia ni cualquier otra clase de méritos cuando una u otros hubieran servido con anterioridad para obtener una autorización de instalación.

En este punto entra a examinar los criterios recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del referido anexo (al remitirse con respecto a los otros puntos a lo señalado anteriormente) habida cuenta de que este artículo exige, en particular, que los criterios aplicables en el marco de un régimen de autorización administrativa no sean discriminatorios (véase la sentencia Hartlauer, antes citada, apartado 64).

Sobre este principio de no discriminación recuerda que éste prohíbe no sólo las discriminaciones directas o manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de

diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, Comisión/Italia, C-212/99, Rec. p. I-4923, apartado 24, y de 19 de marzo de 2002, Comisión/Italia, C-224/00, Rec. p. I-2965, apartado 15).

Y señala que a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a sus propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros (sentencia de 18 de julio de 2007, Hartmann, C-212/05, Rec. p. I-6303, apartado 30).

En el caso concreto los citados criterios privilegian en el proceso de selección a los farmacéuticos que han ejercido su actividad en una parte del territorio nacional. Pues bien, tal criterio es naturalmente más fácil de cumplir por los farmacéuticos nacionales, quienes ejercen con mayor frecuencia su actividad económica en el territorio nacional, que por los farmacéuticos de otros Estados miembros, quienes ejercen dicha actividad con mayor frecuencia en otro Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia Hartmann apartado 31).

Al respecto considera que no puede acogerse la alegación de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y el Principado de Asturias que sostiene que la necesidad de mantener el nivel de calidad de la atención farmacéutica puede justificar la diferencia de trato, habida cuenta de que dicho nivel se vería reducido si los farmacéuticos que se establecen no pudiesen prestar inmediatamente la atención farmacéutica. Pues bien, consideran que tal posibilidad inmediata de actuar de los farmacéuticos exige, en particular, que conozcan los programas de salud previstos por la administración regional así como el funcionamiento de las farmacias en esa región. Y no la tiene en consideración al entender que 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 exigen que los titulares de un título profesional de formación universitaria de farmacia sean habilitados para el acceso a las actividades de preparación, control, almacenamiento y distribución de los medicamentos en las farmacias abiertas al público, así como a las actividades de

difusión de información y asesoramiento sobre medicamentos. En estas circunstancias, no pueden invocarse los requisitos mencionados en el apartado anterior para justificar una desigualdad de trato como la controvertida en los asuntos principales.

En definitiva, es en esta cuestión donde al contrario que en la primera de las planteadas, considera que lo establecido en dichos puntos del anexo del Decreto son contrarios a la normativa europea.

5.5.3 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

En fecha 11 de noviembre de 2010, se dictaba sentencia por parte del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en relación al litigio que nos ocupa, en la que se dan respuesta no sólo a las cuestiones que habían sido planteadas en la cuestión prejudicial a la que nos hemos referido y que están condicionadas por la sentencia anteriormente referida, sino también al resto de pretensiones planteadas por las partes demandadas.

En relación a las que se hacen referencia en la sentencia de 1 de julio de 2010, y en especial en lo que se refiere a los artículos 2 y 4 del Decreto, señala el Tribunal que cabe recordar que el TJCE señala que “corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si las autoridades competentes ejercitan, la facultad que atribuyen las disposiciones en toda zona geográfica que posea características demográficas particulares y en la que la aplicación estricta de las normas de base de 2.800 habitantes y 250 metros pueda impedir la creación de un número suficiente de farmacias que garanticen una atención farmacéutica apropiada”. Debe ser el Órgano Judicial nacional competente el que verifique si la regulación interna garantiza esa prestación.

Como se ha señalado, la sentencia del TSJ Asturias resuelve además el resto de pretensiones planteadas.

Entrando a profundizar de forma más específica el contenido de la sentencia y en concreto, sobre el sistema de concurso: arts 6 a 13 del Decreto y el sistema de reparto competencial, la Sala entiende que no se produce infracción del sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que diseñan los artículos 148 y 149 de la Constitución. Y lo hace al entender por un lado, que el Decreto impugnado no regula el ejercicio de ninguna profesión, sino el régimen de apertura de Oficinas de Farmacia, sobre la base de un sistema que pretende garantizar adecuadamente la prestación del servicio a través de la ordenación y planificación de la apertura, precisamente desde la libre concurrencia e igualdad de todos los aspirantes, lo que se garantiza a través del sistema de concurso público. Y por otro, que el Decreto impugnado desarrolla las previsiones de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, ambas normas de ámbito estatal y sectorial en relación, no al ejercicio de una profesión, sino a la apertura de oficinas de farmacia.

También se cuestiona la tasa exigida por la participación en los concursos del Principado de Asturias, no apreciando trato discriminatorio alguno en cuanto que a todos los aspirantes al concurso se les da un mismo trato, imponiéndoles la misma exigencia de pago de la tasa, sean o no residente de esta Comunidad Autónoma, dándose un trato igual a todos ellos sin causar ninguna desigualdad, situación que los recurrentes entienden que concurre por no apreciarse la situación o capacidad económica de los aspirantes para hacer frente al pago de dicha tasa, lo que les impide concurrir a la convocatoria, alegación que tampoco puede prosperar toda vez que no se trata de ningún trato desigual ante la Ley por razón de la capacidad económica, pues como dice el Letrado del Principado, se trata de una alegación genérica que no acredita respecto a que aspirantes pudiera afectar y cuando además la capacidad económica debe de considerarse para el pago de impuestos o para el sostenimiento de las cargas públicas, en tanto que ahora nos encontramos ante una tasa que trata de satisfacer el pago de los gastos ocasionados a la Administración, en la que no resulta discriminatoria, a efectos de igualdad ante la Ley, la disponibilidad de mayor o menor cantidad de dinero, ni afecta tampoco al derecho de igualdad la proporcionalidad de la tasa con el del coste del servicio que origina.

Nos ocuparemos a continuación de la impugnación del anexo del Decreto que contiene el baremo de méritos del concurso. En este sentido también la sentencia del TJCE se refiere a los apartados 4, 6 y 7 letras a) y c) del mismo.

La sentencia considera sobre la falta de equidad en el baremo de méritos para computar en el concurso público en relación, por un lado, a los farmacéuticos que hayan sido titulares de una oficina de farmacia en una población superior a 2800 habitantes, de aquellos que lo hayan sido en una localidad de una población inferior, que se trata de un criterio no discriminatorio en la medida que parece atendible. En ese sentido, recuerda que la sentencia de 1 de julio de 2010, se refiere a esta cuestión y así, tanto en los apartados 85 y 86, como en el 116, considera que uno de los motivos que permiten entender asumibles los criterios de módulo poblacional y de distancias en el otorgamiento de autorización para la apertura de Oficinas de Farmacia es precisamente el incentivo que supone para las zonas consideradas menos atractivas desde el punto de vista poblacional, es decir, de menos de 2800 habitantes, ser primadas con mayor puntuación, ante la perspectiva de poder ser recompensado ulteriormente con la concesión de otras licencias de instalación de nuevas Oficinas de Farmacia en poblaciones mayores. Este criterio aparece en el baremo en el apartado 7 b) como elemento para deshacer empates y en los apartados a) y b) del baremo que valora la experiencia profesional. Sin duda, que las cosas sean de esta manera, hace que tampoco pueda considerarse disconforme a derecho el hecho de que se valoren de manera distinta los años o periodos de permanencia en uno u otro tipo de Oficina de Farmacia por razón del núcleo de población en el que radica. El argumento manejado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su sentencia de fecha 22 de mayo de 2001, que considera discriminatorio esa diferencia de trato, no puede ser compartida por esta Sala de acuerdo con la jurisprudencia de la sentencia del TJCE, a lo que debemos añadir que ese trato desigual se justifica precisamente en elementos racionales, cual es el incentivo en la adecuada cobertura de todos los territorios, para una óptima prestación del servicio, desigualdad que pretende fomentar esa circunstancia y que entra, en consecuencia, dentro de las exenciones que precisamente el

Tribunal Constitucional ha declarado razonables o proporcionadas, citándose al efecto y por todas la sentencia 209/88, de 10 de noviembre.

Sin embargo la sentencia sí que plantea algún problema en relación con los apartados del anexo que otorgaban una diferente puntuación a los aspirantes por razón del lugar de obtención de los méritos profesionales.

Considera la Sala, basándose en la STJUE, que estos criterios privilegian en el proceso de selección a los farmacéuticos que han ejercido su actividad en una parte del territorio nacional, y si bien es cierto que esta discriminación tiene mayores efectos frente a los nacionales del Estado miembro que implanta la normativa, no es menos cierto también que se extiende la desigualdad a farmacéuticos de otros Estados miembros, produciéndose una discriminación contraria al art. 49 del TFUE en relación con el artículo 1 apartados 1 y 2 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, y el artículo 45 apartado 2 letras e) y g) de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Y por lo que se refiere a la posibilidad de que el baremo establezca una distinta valoración del trabajo desarrollado por los farmacéuticos titulares de Oficina de Farmacias Veterinarias y aquellos otros que prestan sus servicio en oficinas de farmacia que dispensan fármacos y medicamentos para seres humanos; es posible la misma al considerar que la diferencia entre la protección de la salud de los ciudadanos y el ejercicio de las funciones de una farmacia veterinaria justifican el trato diferenciado que se da a una y otra experiencia.

En definitiva, el baremo puede dotar una mayor puntuación a los farmacéuticos que hayan sido titulares de una oficina de farmacia en una población superior a 2800 habitantes, de aquellos que lo hayan sido en una localidad de una población inferior a la vez que puede establecer una distinta valoración en función de que la prestación del servicio se haya desarrollado por farmacéuticos titulares de oficinas

veterinaria u no; pero no otorgar una diferente puntuación a los aspirantes por razón del lugar de obtención de los méritos profesionales.

Basándose en todos estos argumentos, el TSJ Asturias declaró la disconformidad a Derecho y la nulidad de pleno derecho de los artículos 2 y 4 y apartado 6º del anexo del Decreto impugnado, referidos a los aspectos señalados.

5.5.4 CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GRANADA

A estas dos cuestiones prejudiciales se añade la planteada el 18 de diciembre de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Granada²²³²²⁴ que trae causa de la interposición del recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 21 de octubre de 2005 por la que se desestimaba el recurso de alzada formulado contra la Resolución de la Delegación Provincial de Granada de 29 de julio de 2005, por la que se desestima la solicitud de autorización de oficina de farmacia para la unidad territorial farmacéutica de Almuñécar en Granada.

En concreto, se señala que "la decisión administrativa controvertida en el procedimiento nacional basa la denegación de una solicitud de apertura en que, con la población existente en el municipio para donde se solicita existen las oficinas de farmacia por habitante que la Ley estatal establece. Si se concediese a la solicitante la autorización de apertura de la oficina de farmacia no se estarían respetando los límites de población legales, existiendo una oficina de farmacia de más para el mismo número de habitantes" (FJ5 auto).

²²³<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:069:0021:0022:ES:PDF>
<http://www.prejudicialasturiana.com/actuaciones/autocuestionandaluza.pdf>

²²⁴ ¿Son los artículos 2.3 y 2.4 de la Ley Estatal 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de las Oficinas de Farmacia, en cuanto establecen los límites territoriales y demográficos del establecimiento de farmacias, contrarios al artículo 43 del Tratado de la Comunidad Económica Europea al ser un sistema de limitación de farmacias desproporcionado, incluso contraproducente, respecto al objetivo del buen abastecimiento de medicamentos del territorio de que se trate?

Por tanto, se pone de manifiesto que “si se considera por el TJUE que los límites de población y distancias mínimas son contrarios a la normativa comunitaria la sentencia debería estimarse; en caso contrario se habría denegado correctamente la solicitud de autorización” (FJ6).

El Tribunal de la Unión Europea en fecha 6 de octubre de 2010 dictó auto²²⁵ en relación a dicha cuestión prejudicial (DOUE de 29 de enero de 2011), en cuyo fallo se da la misma interpretación en relación con el art. 49 TUE que la establecida en relación a la cuestión prejudicial asturiana. Es decir, que en principio con carácter general no se opone a la normativa nacional española que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, aunque si lo hace en la medida en que las normas de base de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

5.5.5 OTRAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Los Tribunales españoles no han sido los únicos en plantear cuestiones prejudiciales cuyo objeto tuviese que ver con alguno de los criterios de ordenación farmacéutica de sus países.

En este sentido, y en relación a similares cuestiones relativas a la planificación farmacéutica se han planteado en Alemania, Italia o Austria.

5.5.5.1 Cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales alemanes²²⁶. Asuntos C/171/07 y C/172/07

²²⁵ En virtud del artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia podrá resolver mediante auto motivado. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 6 de octubre de 2010 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62008CO0563>

²²⁶

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgiin/form.pl?lang=es&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&typeord=ALL&docnodecisi>

Se trata de dos cuestiones prejudiciales mediante las que el Verwaltungsgericht des Saarlandes (Alemania) pide al Tribunal de Justicia que declare si las disposiciones sobre la libertad de establecimiento de las sociedades de capital (artículos 43 CE y 48 CE) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una regla nacional en virtud de la cual sólo los farmacéuticos pueden poseer y explotar una farmacia. Y en caso afirmativo si una autoridad nacional está facultada y obligada a dejar de aplicar las disposiciones nacionales que considere contrarias al Derecho comunitario, aunque no exista una vulneración evidente del Derecho comunitario, y la incompatibilidad de las citadas disposiciones nacionales con el Derecho comunitario no haya sido declarada por el Tribunal de Justicia

Los asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes y otros) tienen su origen en la autorización que concedió el ministerio competente del Land del Sarre a la sociedad anónima neerlandesa DocMorris²²⁷ (que ejerce la actividad de venta de medicamentos por correspondencia), de explotar a partir del 1 de julio de 2006 una farmacia en Sarrebruck como sucursal, sometida a la condición de que un farmacéutico dirigiera personalmente y bajo su responsabilidad la farmacia en cuestión. Asimismo, se le concede autorización, referida a esa farmacia de Sarrebruck, de vender por correspondencia medicamentos de las clases que se venden exclusivamente en farmacias.

Esta decisión del ministerio fue impugnada ante el Tribunal Administrativo del Land del Sarre por varios farmacéuticos y sus asociaciones profesionales por considerar que no era conforme con la legislación alemana, ya que según ésta

[on=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affdose=affdose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=farmacia&resmax=100&Submit=Buscar](#)

²²⁷ Como se recordará, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia Europeo de 11 de diciembre de 2003 prohibió la venta de medicamentos que necesitan receta por Internet pero autorizó la circulación de aquellos que no necesitan receta. Doc Morris a la vista de ello abrió una farmacia en Alemania lo que denomina un dispensario -, con la intención de que fuera el punto de dispensación de los medicamentos de prescripción que recibía en su página web y más tarde adquirió una parte de una cadena de farmacias propiedad de un farmacéutico para extender su venta de medicamentos de prescripción por Internet. Una sentencia de la justicia alemana les obligó a cerrar el dispensario porque no pertenecía a un farmacéutico algo que es obligado en Alemania lo mismo que en España, pero un recurso posterior, contando con participación en la cadena de un farmacéutico, ha hecho que se planeen dos cuestiones prejudiciales que serán vistas conjuntamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ahora deberá dictaminar sobre la propiedad de las farmacias.

toda persona que desee explotar una farmacia debe obtener la autorización de la autoridad competente. Entre los requisitos para la concesión de tal autorización figuran que el solicitante debe estar habilitado para ejercer como farmacéutico, por una parte, y, por otra, que gestione personalmente la farmacia bajo su responsabilidad. Además alegaron que el Ministerium no es competente para apreciar si el Derecho alemán es compatible con el Derecho comunitario ya que esa competencia corresponde al Tribunal de Justicia conforme al artículo 234 CE.

Por su parte, el Ministerium y DocMorris alegaron a su vez que la regla de exclusión de quienes no son farmacéuticos contenida en la legislación alemana es contraria al artículo 43 CE, que garantiza la libertad de establecimiento, dado que una farmacia establecida en otro Estado miembro y explotada en forma de sociedad de capital no tiene acceso al mercado alemán de las farmacias. Dicha restricción no es necesaria para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública. Esas partes sostuvieron además que los principios de primacía y de efecto útil del Derecho comunitario obligan no sólo a los tribunales nacionales sino también a todas las autoridades nacionales a abstenerse de aplicar el Derecho nacional cuando éste sea contrario al Derecho comunitario.

Las conclusiones a estos asuntos fueron presentadas en fecha 16 de diciembre de 2008 por el Abogado General Sr. Bont, y coinciden con las expuestas por el mismo abogado en las realizadas en relación al asunto C-531/06 Comisión contra Italia y que vienen a poner de manifiesto que en el caso de las oficinas de farmacia la restricción a la libertad de establecimiento está justificada por el objetivo de la protección de la salud pública. Tal restricción no infringe las disposiciones relativas a las competencias comunitarias, ya que, tal y como establece el artículo 152 del reglamento de la CE en su quinto apartado, "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". Es decir que en materia de salud pública sigue existiendo una esfera de competencia nacional en manos de los estados miembros.

5.5.5.2 Cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Italianos

La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas fue la del Consiglio di Stato (Italia) el 15 de julio de 2008 - Angelo Grisoli/Regione Lombardia (Asunto C-315/08)²²⁸ cuyo fallo se produjo mediante auto de 29 de septiembre de 2011²²⁹.

La segunda²³⁰ se planteó por parte del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte (Italia) el 15 de junio de 2009 - Maurizio Polisseni / Azienda Sanitaria Locale N. 14 V.C.O. Antonio Giuliano (Asunto C-217/09) y fue resuelta mediante Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 17 de diciembre de 2010.

²²⁸ 1) ¿Es compatible con los artículos 152 y 153 del Tratado de la Unión Europea la existencia de una única oficina farmacéutica en los municipios con una población inferior a los cuatro mil habitantes?;
2) ¿Es compatible con los artículos 152 y 153 del Tratado de la Unión Europea la sujeción de la creación de una segunda oficina de farmacia, en los municipios con una tasa de población superior a los cuatro mil habitantes, a requisitos como que la población exceda en, al menos, un 50 % de los parámetros, la distancia de, al menos, tres mil metros entre la nueva oficina y el establecimiento ya existente, y especiales exigencias relativas a la asistencia farmacéutica en relación con las condiciones topográficas y las relativas a la red viaria, que deben apreciar las unità sanitarie (instituciones locales de sanidad) o los colegios profesionales locales o, en cualquier caso, las administraciones competentes en materia de organización y control del servicio de asistencia farmacéutica?

²²⁹ <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CO0315&lang1=es&type=TXT&ancre=>

²³⁰ ¿Se opone el artículo 43 CE y, por tanto, la normativa comunitaria sobre competencia a una normativa nacional como la establecida en los artículos 1 de la Ley nº 475, de 2 de abril de 1968, y 13 del DPR nº 1275, de 21 de agosto de 1971, en la medida en que supeditan la autorización del traslado de sede de una farmacia de un local a otro, aun en el ámbito de la zona asignada, a la observancia de una distancia a otros establecimientos análogos no inferior a 200 metros, medida por el camino peatonal más breve entre los respectivos umbrales de las farmacias? Y, en particular: ¿las restricciones a la libertad de establecimiento previstas en la normativa citada colisionan con las razones de interés general que tales restricciones podrían justificar y, por tanto, son inadecuadas para su satisfacción?

En cualquier caso, ¿el principio de proporcionalidad que debe asistir a toda legítima restricción a la libertad de establecimiento y a la competencia se opone una restricción de la libre iniciativa económica de farmacéutico como la que resulta de las normas sobre límites de distancia mencionadas en la primera cuestión?

¿Se oponen los artículos 152 CE y 153 CE, que imponen un nivel elevado y prioritario de protección de la salud humana y de los consumidores, a una normativa nacional como la establecida en los artículos 1, de la Ley nº 475, de 2 de abril de 1968, y 13 del DPR nº 1275, de 21 de agosto de 1971, en la medida en que supeditan la autorización del traslado de sede de una farmacia de un local a otro, aun en el ámbito de la zona asignada, a la observancia de una distancia a otros establecimientos análogos no inferior a 200 metros, medida por el camino peatonal más breve entre los respectivos umbrales de las farmacias, sin ninguna consideración ulterior de los intereses de los usuarios ni de la exigencia de una eficiente distribución sobre el territorio de prestaciones relativas a la protección de la salud?

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d58dfb3829a1c0485697f68db7161cbc71.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObNaPe0?doclang=ES&text=&pageIndex=0&docid=77788&cid=792459

Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal austriaco

En el asunto C-367/12, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Austria), mediante resolución de 24 de julio de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 1 de agosto de 2012, en el procedimiento entablado por Susanne Sokoll-Seebacher a la que se le había denegado una licencia de apertura de oficina de farmacia al no existir necesidad de conformidad con la legislación.

En el caso que nos ocupa el Tribunal de Justicia se pronuncia en Sentencia de 13 de febrero de 2014, reiterando la jurisprudencia que hemos analizado a lo largo de este capítulo.

6 CAPÍTULO VI. LA FARMACIA: ¿UN SERVICIO DE MERCADO INTERIOR?

6.1 DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006 RELATIVA A LOS SERVICIOS DE MERCADO INTERIOR: INCIDENCIA EN LA FARMACIA

6.1.1 PLANTEAMIENTO

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2006 relativa a los Servicios de Mercado Interior²³¹ cuyo

²³¹ A finales de 2006 se aprobaba la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2006 relativa a los Servicios de Mercado Interior, más conocida como Directiva de Servicios o "Directiva Bolkestein", en referencia al nombre del entonces Comisario del mercado interior Frits Bolkestein.

En el origen de la iniciativa se encontraba la aprobación de la Estrategia de Lisboa en el Consejo Europeo de marzo de 2000 que fijaba para la Unión Europea, para el 2010, con el objetivo estratégico de "convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social."

Uno de los elementos clave de este objetivo era la realización del mercado interior de servicios. Para ello se instaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros, a diseñar una estrategia para suprimir los obstáculos a la libre circulación de los servicios y a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

A raíz de la invitación del Consejo Europeo de Lisboa, la Comisión definió una estrategia de conjunto "Comunicación de la Comisión sobre una estrategia para el Mercado Interior de los Servicios realizada en diciembre de 2000, cuyo objetivo era permitir que los servicios pudiesen prestarse a través de la Unión Europea con la misma facilidad que dentro de un Estado Miembro.

Consecuencia de ésta fue la publicación en julio de 2002 del informe de la Comisión sobre "El estado del mercado interior de servicios" donde se llegaba a la conclusión de que diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior existían todavía numerosas barreras por lo que no podía hablarse de un mercado único de servicios. Asimismo, señalaba que el objetivo de convertir a la economía europea en la más competitiva del mundo no podría alcanzarse sin alcanzar cambios fundamentales en el funcionamiento del mercado interior de servicios.

La cuestión acerca de la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, no era nueva. En 1962 se adoptó el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios. Sin embargo, es con

objetivo principal, tal y como señala su considerando primero es “la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios de los Estados Miembros”, excluyó de su ámbito de aplicación la farmacia no considerándola servicio de mercado interior. Si bien es cierto que como veremos el debate sobre su inclusión o no estuvo desde el principio “sobre la mesa”.

Se ha escrito mucho y muy diverso acerca de la Directiva de Servicios dada la importancia que la misma tiene y así lo han destacado los autores. Tomás

este Informe cuando la Comisión por primera vez desde esa fecha, emprende un análisis exhaustivo y sistemático de las dificultades existentes en el mercado interior de servicios.

Este documento fue bien acogido tanto por el Consejo como por el Parlamento Europeo. Así, en noviembre de 2002 el Consejo reafirmaba la prioridad política de la consecución del mercado interior de los servicios, que había quedado rezagado respecto del mercado interior de mercancías.

Posteriormente, en 2003 se insistía en la importancia de un mercado interior efectivo para conseguir el objetivo de Lisboa. En marzo de ese año, el Consejo Europeo de Primavera invocó el refuerzo del papel transversal del Consejo de Competitividad con el fin de mejorar la competitividad y el crecimiento en el marco de un enfoque integrado, de cuya elaboración se encargará la Comisión. En mayo de 2003, en su estrategia para el mercado interior, la Comisión anunció que «la Comisión presentará una propuesta de Directiva sobre los servicios en el mercado interior. Esta Directiva establecerá un marco legal claro y equilibrado encaminado a facilitar las condiciones de establecimiento y de prestación de servicios transfronterizos.

En consonancia con toda esta orientación, el 13 de enero de 2004 se publicaba la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior cuyo objetivo era “crear un marco jurídico que suprima los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y a la libre circulación de los servicios entre los Estados miembros y que garantice, tanto a los prestadores como a los destinatarios de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado”.

A partir de ese momento, iniciaba su andadura la Directiva de Servicios. Así, esta propuesta de la Comisión fue remitida al Parlamento Europeo y al Consejo el 6 de febrero de 2004. A invitación del Consejo, el Comité de las Regiones emitía su Dictamen el 29 de septiembre de 2004. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo aprobaba su Dictamen sobre la propuesta el 9 de febrero de 2005.

El 16 de febrero de 2006, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución legislativa en primera lectura, que incorporó numerosas enmiendas. El texto fue aprobado por 394 votos a favor, 215 en contra y 33 abstenciones.

El compromiso alcanzado por el Parlamento fue recogido por la Comisión en su propuesta modificada de Directiva, con fecha de 4 de abril de 2006 y constituyó la base de la posición común del Consejo adoptada el 24 de julio de 2006.

El 15 de noviembre de 2006, el Parlamento se pronunció en segunda lectura, sin modificación sustancial de la posición común, y se adoptó definitivamente la Directiva el 12 de diciembre de 2006, que debía ser incorporada por los Estados miembros antes de finales de 2009.

Ramón Fernández considera que la "Directiva de Servicios constituye la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy" y Muñoz Machado "nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas en los Estados Miembros".²³²

Y en lo que a su contenido afecta tal y como ha señalado también este autor éste no es novedoso porque el trabajo ya estaba hecho por el Tribunal europeo y que la auténtica novedad radica "en haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y en haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión"²³³.

No obstante, dado que este trabajo está enfocado a su repercusión en el ámbito de las oficinas de farmacia, se circunscriben las referencias a la misma en relación a las cuestiones más importantes relativas a éste.

6.1.2 EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA DIRECTIVA: LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS FARMACÉUTICOS

Un análisis extenso de la Directiva incluiría también uno relativo a las cuestiones particulares de su ámbito de aplicación, sin embargo, considero que sería objeto de otro trabajo por lo que únicamente se hace una breve y específica alusión al mismo enfocada a la farmacia.

²³² Fernández, T. R. "La larga marcha por la libertad de empresa" Retos y oportunidades para la trasposición de la Directiva de Servicios, Libro Marrón Madrid, 2009 y "Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo", Revista Española de Derecho Europeo, núm. 22, 2007, págs.45-46 y Muñoz Machado, S. y conflictos derivados de la Directiva de Servicios". Op. Cit 249 pág 168 y 301 Asimismo, Rivero Isem, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en Rivero Ortega, R. (dir.), Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2009, pág 151.
De la Quadra Salcedo, T. "¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?", Civitas. Revista española de derecho europeo nº 22, 2007, págs. 237-280

²³³ Fernández T.R. "Un nuevo derecho administrativo para el Mercado Interior Europeo". Nº 22. Revista española de derecho europeo.

6.1.2.1 Cuestiones generales

La Directiva de Servicios define los servicios a los que les resulta de aplicación la misma; y de igual modo relaciona aquellos otros que quedan excluidos de su ámbito objetivo.

Como señala Sendín García²³⁴, la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva se lleva a cabo primariamente de forma positiva, en términos muy amplios, para ser objeto, con posterioridad, de delimitación negativa a través de un amplio catálogo de exclusiones. En concreto, el ámbito de aplicación de la Directiva viene definido en el art. 2. En concreto en el apartado 1 se alude concisamente a los servicios que ésta se aplicará y en el apartado 2 se citan las actividades excluidas.

Así, la Directiva “se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro”. Se entiende por servicio, según lo dispuesto en el art. 4.1), “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”²³⁵.

Siguiendo el Manual sobre la trasposición de la Directiva de Servicios²³⁶, este concepto de servicio “de conformidad con el Tratado CE y la jurisprudencia vinculada del TJCE, se define de un modo amplio. Para que una actividad constituya un «servicio» ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo.

²³⁴ Sendín García, M.A. El ámbito de aplicación de la Directiva: los servicios afectados en Impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León. Colección de Estudios (13) del Consejo Económico y Social de Castilla y León. 2010 págs 85-135

²³⁵ El artículo 50 TRCE considera servicios “las prestaciones de servicios realizadas normalmente a cambio de retribución, en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”.

²³⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf

Además, debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración²³⁷; en otras palabras, ha de ser de naturaleza económica. Estas condiciones deben evaluarse caso por caso en cada actividad. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de éste o por una organización sin ánimo de lucro no significa que no constituya un servicio conforme al significado recogido en el Tratado CE y en la Directiva de servicios. Más bien, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, «la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute». Es irrelevante que la remuneración sea abonada por el destinatario del servicio o por un tercero”.

Por lo que se refiere a los servicios excluidos del ámbito de aplicación el artículo 2.2 preceptúa que no se aplicará a las actividades que en el mismo se relacionan, entre ellas, a los servicios no económicos de interés general; los servicios de transporte, incluidos los portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios audiovisuales; y los servicios sanitarios.

Es en relación a este último servicio excluido donde la farmacia queda englobada y a la que no le será de aplicación, como a continuación veremos, la citada Directiva de Servicios.

Respecto a estas actividades excluidas, los autores han realizado diversas consideraciones. Linde Paniagua²³⁸ considera que la razón de dicha exclusión es de diferente naturaleza: se trata de servicios no económicos de interés general; servicios que han sido regulados previamente por Directivas comunitarias, que por otra parte, no son ajenos a los principios y

²³⁷ En el asunto 263/86, Humbel. Ap. 17 el Tribunal de Justicia define la remuneración como la contrapartida económica de la prestación.

²³⁸ Linde Paniagua E. Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios de mercado interior. La Directiva relativa a los servicios de mercado interior (Directiva Bolkenstein). Revista de derecho de la Unión Europea. Uned y Colex. Madrid. 2008. p.ág. 40.

técnicas que integran la directiva; y servicios en razón a que recaen sobre materias que son competencia exclusiva de los Estados miembros.

Por su parte, Jiménez García²³⁹ ha englobado estas actividades excluidas en las de carácter general, ya que este autor apunta que la exclusión de la Directiva se produce en una triple vertiente que incluye además de éstas, las que resultan de la aplicación del principio de especialidad del art. 3 y también las denominadas sectoriales.

Por su parte, De la Quadra²⁴⁰ entiende que los supuestos de no aplicación del art. 2 serían materias en principio incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, que quedan, sin embargo, excluidas de éste por la voluntad del legislador. Los supuestos en los que se indica en el art. 2 que "no trata" o "no afecta" serían, sin embargo, materias radicalmente excluidas del ámbito de la Directiva, no es que el legislador las excluya por un acto de voluntad, sino que, simplemente, no forman parte del mismo.

A ello añade, por último, que ostentan una cierta posición específica los supuestos de "no afectar" de los núm. 4 a 7 del art. 1, que entiende vienen a marcar los límites de lo conexo con lo regulado, aclarando que determinadas materias conectadas con el ámbito de la Directiva no se ven afectadas por la misma. En este caso se trata de aspectos que de no quedar

²³⁹ Jiménez García, Francisco. Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios. Pág 807 y sg. Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 28 , 2007

El autor señala "para conjurar todas las polémicas suscitadas en torno a la excesiva liberalización de servicios de interés público se procedió a una importante depuración de los servicios afectados. Tal exclusión se produce en una triple vertiente. La general, prevista en el art. 2, que afecta tanto a la libertad de establecimiento de los prestadores como a la libre prestación de servicios La deducida del principio de especialidad del art. 3 conforme al cual si surge un conflicto entre una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejecución en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas normas primarán y se aplicarán a esos sectores profesionales concretos... y, finalmente, la sectorial o adicional relativa exclusivamente a la libertad de servicios del art. 17". "Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios",

²⁴⁰ De la Quadra Salcedo, T y Fernández del Castillo (dir). Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios en el mercado interior. El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudio sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009. pag. 129-171

excluidos formarían parte del ámbito de la Directiva, pero diferenciándose de los supuestos del art. 1 en que aquí no se excluyen servicios determinados, sino medidas, esto es, la Directiva aclara la legitimidad de que los Estados miembros adopten determinados tipos de medidas respecto a los servicios incluidos en el ámbito de la Directiva.

Se dejan fuera de las obligaciones que en la Directiva de Servicios se contienen a las prestaciones públicas de carácter sanitario y asistencial, así como a otras prestaciones en las que, al margen de su remuneración o no, total o parcial, prevalezca en ellas su contenido social, sanitario, cultural o educativo por encima de su valor económico²⁴¹.

6.1.2.2 La exclusión de los servicios sanitarios y farmacéuticos.

Como se ha señalado los servicios sanitarios en los que va a quedar englobada la farmacia, quedan específicamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. De ahí y dado que el objeto de este trabajo se centra en las farmacias, se recalca la incidencia de dicha exclusión. En primer lugar, repasando la fase de tramitación de la citada norma europea y en segundo, en el texto definitivo de la misma.

6.1.2.2.1 En la fase de tramitación de la Directiva

Uno de los temas que mayor debate suscitó durante la tramitación de la Directiva de Servicios fue el relativo al de su ámbito de aplicación. Es decir, a qué sectores se aplicaría o no la citada Directiva. En ese sentido, los servicios farmacéuticos que se consideraban incluidos en los servicios sanitarios, no fueron ajenos a este debate sino más bien al contrario puede decirse que centraron buena parte del mismo.

En la propuesta inicial de Directiva del año 2004, entre las actividades que en el apartado "aspectos específicos" señalaba que abarcaría la misma se

²⁴¹ Salvador Amendáriz, M. A. y Villarejo Galende, H. La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra. Revista jurídica de Navarra 2007 págs 45-86

incluían los servicios sanitarios (aún no se hacía mención a los farmacéuticos).

De forma más específica, en el artículo 2 se define el ámbito de aplicación de la Directiva («los servicios realizados por prestadores establecidos en un Estado miembro») y, en el apartado 1 del artículo 4, se define «servicio» como «toda actividad económica no asalariada a que se hace referencia en el artículo 50 del Tratado consistente en realizar una prestación a cambio de una contrapartida económica».

En concreto, esta definición abarca una gama muy amplia de actividades, por ejemplo: ... servicios sanitarios.

Por su parte, el considerando 14 señalaba "El concepto de «servicio» incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes:.... los servicios relacionados con la atención sanitaria y la salud.

Esta circunstancia demuestra la voluntad inicial de que estos servicios estuvieran incluidos en la Directiva por lo que podía entenderse, que a priori, quedaban encajados en ella.

Pero esta propuesta inicial sufriría modificaciones en lo que a los servicios sanitarios se refiere, ya que desde el inicio de la tramitación desde todos los sectores se trasladó la necesidad de excluir los servicios sanitarios del ámbito de la Directiva.

En ese sentido, en marzo de 2005 la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria (Ponente de opinión: Kartika Tamara Liotard) solicitaba a la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor que incorporase en su informe diversas enmiendas; entre ellas las que iniciaban la andadura a la exclusión de los servicios de salud del ámbito de aplicación de la Directiva.

- Enmienda 8: Considerando 14 se elimina la referencia a los servicios relacionados con la atención sanitaria y la salud

La justificación de esta enmienda es la siguiente (....Sin embargo, en el caso de determinados servicios, en particular los que afectan a la salud pública, la seguridad social, o las actividades que puedan conllevar peligros para el medio ambiente, la responsabilidad del legislador hacia el prestador del servicio pasa a un distante segundo lugar con respecto a su responsabilidad para con los ciudadanos, los consumidores y el futuro del planeta. Los servicios de salud son esencialmente distintos de otros servicios de interés general. Si se reconoce esta diferencia cualitativa, y el hecho de que el sector sanitario representa el 100% del empleo en Europa y el 10 % del PIB europeo, una directiva marco horizontal de este tipo no es un instrumento adecuado para tratar de los servicios de salud. Con vistas a asegurar la seguridad y la movilidad de los pacientes, y con el fin de mantener los máximos niveles de calidad profesional en la atención sanitaria, debe adoptarse por separado una legislación vertical sobre la prestación de la atención sanitaria, que deberá ser conforme a la jurisprudencia del TJE y a la próxima revisión sobre la movilidad de los pacientes y tener en cuenta la Directiva relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales).

Esta circunstancia condujo a la presentación de las siguientes enmiendas:

- Enmienda 9: se añade un considerando 14 bis "Los servicios sanitarios quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva"
- Enmienda 42: se propone incluir una letra nueva al art. 2.2, la letra c quáter)

En cuanto al ámbito farmacéutico, éste no se menciona tampoco en esta propuesta; no obstante la única referencia se realiza en la propuesta de la Enmienda 48 añadir un nuevo punto 13 bis en el artículo 14: "Miembro de una profesión sanitaria regulada»: miembro de una profesión regulada que

ejerza una actividad consistente en prestar servicios para el diagnóstico o tratamiento de enfermedades, como los servicios médicos, paramédicos y farmacéuticos”, al considerar que era necesario definir a los profesionales del sector sanitario para delimitar la exclusión de los servicios sanitarios introducida en la letra c quáter) del apartado 2 del artículo 2.

Asimismo, ese sentir de que los servicios sanitarios fueran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva lo recogió también la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales: “Enmienda 14 Considerando (13 bis) La presente Directiva no debe aplicarse a los servicios que están garantizados o son financiados, en su totalidad o en parte, por un Estado miembro. Este es el caso en particular de ... los servicios sanitarios”.

Posteriormente, siguiendo la tramitación correspondiente, en diciembre de 2005 la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor emitía su Informe (ponente Evelyne Gebhardt²⁴²) en el que proponían enmiendas al texto de la Directiva, recogiendo las propuestas presentadas por las citadas Comisiones.

La ponente argumentaba la inclusión de enmiendas en el hecho de que “la propuesta tal y como está redactada somete a servicios públicos esenciales y a los servicios de interés general (incluidos ... los servicios sanitarios) a una liberalización casi incondicional, incidiendo así gravemente en el derecho de los Estados miembros a gestionar estos servicios bajo su propia responsabilidad y a decidir por sí mismos cual es el modelo adecuado de propiedad, ya sea pública, privada o una mezcla de las dos”.

En concreto, las enmiendas presentadas en el ámbito que aquí interesa fueron las siguientes:

- enmienda 22: se suprime el considerando 14. A diferencia de lo propuesto por la Comisión de Medio que pretendía sólo eliminar algunos de

²⁴² En palabras de la ponente se trata del texto legislativo más importante de la Unión Europea después de la Constitución. Debate Comisión 14 de febrero de 2006

los servicios incluidos como los sanitarios, a través de esta enmienda se pretende eliminar dicho considerando al entender que se trata de una lista innecesaria.

- enmienda 78 por la que se pretende excluir del ámbito de aplicación los servicios sanitarios, tanto privados como públicos, al añadir la modificación correspondiente en el artículo 2.
- enmienda 304 especifica en el considerando 10 quater que esa exclusión abarca los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales regulados de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud.

Resultado de todo ello fue, como se ha señalado, el texto aprobado mediante Resolución de 16 de febrero de 2006 del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura. La citada enmienda 78 fue aprobada por 434 votos. Se incorporaba así la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación; si bien debe hacerse constar que en esta fase la referencia lo es a la asistencia sanitaria y no al término "servicios sanitarios". Además, de forma específica se hace una referencia a los servicios farmacéuticos como servicios incluidos en el ámbito de los sanitarios.

Con dichas modificaciones el texto en la parte que aquí atañe quedaba redactado como sigue:

Considerando 27 La exclusión de los servicios sanitarios abarca los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio.

Art. 2.2 g) la atención sanitaria, prestada o no en el marco de una estructura asistencial, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado.

El 4 de abril de 2006 la Comisión en su propuesta modificada de Directiva, aceptaba estas enmiendas del Parlamento y por tanto, la exclusión de los servicios sanitarios (que abarca también los farmacéuticos) del ámbito de aplicación de la Directiva y confirmaba su compromiso de presentar una iniciativa específica en los servicios sanitarios.

En la posición común del Consejo se confirma la exclusión de los servicios sanitarios. Finalmente el texto aprobado de Directiva de Servicios dejaba fuera del ámbito objetivo de la misma los servicios sanitarios incluidos los farmacéuticos.

Así el considerando 22 dejaba constancia de esta exclusión y también el artículo 2.2.f en cuanto a las actividades a las que no era de aplicación.

Considerando 22) La exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio.

Art. 2.2 f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado.

6.1.2.2.2 En la Directiva de Servicios

Como se viene advirtiendo, la Directiva de Servicios excluye de forma clara los servicios sanitarios entre los que incluye los farmacéuticos. Pero centrando la cuestión entorno a los servicios sanitarios, dispone el artículo 2.2.f) de la Directiva que la misma no se aplicará a "los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su

modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado”²⁴³.

Siendo el considerando 22 de la exposición de motivos, el que concreta de forma expresa que dicha exclusión abarca “los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”.

Sendín García²⁴⁴ pone de manifiesto que esta exclusión de todos los servicios sanitarios, sin distinguir entre los prestados o financiados por entidades públicas y las privadas, ha suscitado posiciones contrarias sobre dicho aspecto. En ese sentido, señala que “esta posición en opinión de algunos, debe considerarse razonable, en cuanto cabe la posibilidad de que se fije un sistema sanitario presidido por los poderes públicos, en cuyo caso no tendría sentido someter a la Directiva a una actividad privada de carácter puramente marginal, que en muchos casos colabora, además, con el sistema público. Para otros, sin embargo, dicha exclusión carece de sentido, y va a generar un efecto negativo sobre los derechos de los pacientes. Línea de opinión en el fondo coincidente con los que se han mostrado favorables a la propuesta del Parlamento Europeo de mantener la exclusión de la sanidad, pero no para que quede fuera de la regulación de la Directiva, sino para introducirla en la misma mediante un texto específico, en atención a sus peculiaridades”.

Asimismo, resalta que desde otra perspectiva, radicalmente opuesta, se ha criticado este tratamiento diferenciado de los servicios sanitarios respecto al resto de los servicios sociales, de los que sin duda forma parte, ha generado algunas críticas, que ven en ello una indebida fragmentación de dos servicios estrechamente vinculados, que resulta problemático dividir, entre

²⁴³ Este precepto se transpone al Derecho español en el art. 2.2.f de la Ley Paraguas.

²⁴⁴ Sendín García, M.A. El ámbito de aplicación de la Directiva: los servicios afectados en Impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León. Colección de Estudios (13) del Consejo Económico y Social de Castilla y León.

otras cosas, porque en muchas ocasiones requieren de una prestación conjunta. También en esta línea, se apunta de forma crítica la existencia de servicios que están a caballo entre lo social y lo sanitario, en los que se daría una diferencia de régimen jurídico derivada del simple hecho de que se etiqueten de una forma u otra, pues en el primer caso quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que en el segundo no”.

Por último, y en base a todo lo que acabamos de mencionar, parece ser que resultó adecuada la exclusión de la farmacia englobada en un sentido amplio dentro de los servicios sanitarios dada la envergadura de los mismos.

Pero no porque no hubiese tenido cabida en esta Directiva sino más bien y como se defendió en las enmiendas por el hecho de que se pudiese regular una legislación más específica, pues no se debe dejar de lado que nos encontramos ante una actividad profesional con características propias y peculiaridades dignas de relevancia.

En este sentido, si la farmacia hubiera quedado encajada finalmente en la Directiva de Servicios (se trató de una exclusión política) o lo hiciese en el futuro, entrarían en juego todos los mecanismos legales en ella fijados, y en especial en el ámbito que nos ocupa aquellos destinados a facilitar la libertad de establecimiento como serían la evaluación de todos los requisitos jurídicos basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad (entraría a valorarse aquí el sistema de autorización). Además, dado que la Directiva refuerza la libre prestación de servicios y se debe garantizar el libre acceso a la actividad de los servicios y su libre ejercicio, se deberían revisar que los requisitos que se impongan al prestador de servicios que sólo podrán ser aquellos que no sean discriminatorios, y estén justificados en el caso de la farmacia por razones de salud pública.²⁴⁵

²⁴⁵ Sobre esta cuestión se puede consultar Hernández San Juan, I. “La autorización de apertura de oficinas de farmacia” Autorizaciones y licencias, hoy: un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios. (Dir. Parejo Alfonso) 2012 Tirant lo Blanch.

Desde mi punto de vista una de las primeras consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la citada Directiva de Servicios, fue la aprobación de la Directiva de aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza²⁴⁶. Aunque inicialmente esta nueva

²⁴⁶ Como ya he indicado, a principios de 2004, la Comisión incluyó en su propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior disposiciones que codifican las sentencias en las que el Tribunal de Justicia aplica los principios de libre circulación a los servicios de salud. Sin embargo, el Parlamento y el Consejo no consideraron adecuado este planteamiento e invitaron a la Comisión a desarrollar propuestas específicas al respecto. Por ello, la Comisión se comprometió, en su Estrategia política anual para 2007 a desarrollar un marco comunitario de servicios de salud seguros, eficaces y de gran calidad mediante el refuerzo de la cooperación entre los Estados miembros y la dotación de una información clara y exacta sobre la aplicación de la legislación comunitaria a los servicios de salud y de atención sanitaria.

En septiembre de 2006, veía la luz la Comunicación de la Comisión "Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud". Dicho documento pretendía consultar a todas las partes interesadas del sector. Las respuestas a la consulta, basadas en las nueve preguntas específicas formuladas en el texto de la Comunicación, debían enviarse a la Comisión a más tardar el 31 de enero de 2007. El Consejo General de Colegios de Farmacéuticos, en respuesta ante la ronda de consultas que inició la propia Comisión Europea sobre esta acción comunitaria, elaboró un informe en el que insiste en dos bases fundamentales para esta estrategia: la consideración de la farmacia como servicio de salud y la importancia de respetar las competencias de los Estados en materia de prestación sanitaria.

Así, por ejemplo y en relación a las materias que deben ser competencia de las autoridades de cada país, señaló "Concretamente y para el caso de la asistencia farmacéutica a través de oficinas de farmacia, los Estados miembros deben seguir siendo libres de regular el régimen de establecimiento y propiedad de las oficinas de farmacia, con pleno respeto de los límites derivados de las reglas del Tratado en materia de libre circulación. Estos imponen la obligación a los Estados miembros de introducir adaptaciones en su regulación –en ningún caso modificaciones o transformaciones de carácter radical para garantizar un trato idéntico al conferido a sus nacionales a los profesionales o pacientes provenientes de otros Estados miembros. Por consiguiente, el hecho de que la regulación de estas cuestiones siga siendo competencia nacional carece de impacto negativo sobre el funcionamiento del mercado interior.

Por otra parte, y en respuesta a quién debe ser responsable de velar por la seguridad de la asistencia sanitaria transfronteriza, respondía que "Es importante que el ciudadano que demanda un servicio sanitario, incluida la asistencia farmacéutica, tenga la seguridad de que el profesional que le está resolviendo en este determinado momento un problema de salud, asume las responsabilidades de las decisiones que adopta y que no quedan diluidas entre terceras personas o entidades sanitarias. En el caso de la asistencia farmacéutica a través de las oficinas de farmacia, el modelo español de Farmacia, basado en la propiedad y titularidad de las farmacias por parte de farmacéuticos, asegura un nivel de protección de la salud elevado y un máximo nivel de calidad y garantía al ciudadano. Un posible cambio en las condiciones de acceso a la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia podría conllevar un cambio sustancial en el régimen existente de responsabilidad civil derivada de la dispensación del servicio farmacéutico".

En respuesta a la citada Comunicación "Consulta sobre la acción comunitaria en materia de servicios de salud", el 6 de marzo de 2007 la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor presentaba el Proyecto de Informe sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios

Directiva parecía que podría haber incluido lo relativo al sector farmacéutico; ya desde sus “primeros pasos” se vio que no sería así, como finalmente ocurrió.

Asimismo, se anunció una Directiva de Servicios Sanitarios que hasta la fecha no ha sido aprobada y que ha supuesto que no exista un marco de referencia en relación a los servicios sanitarios y farmacéuticos de tanta

de salud de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (2006/2275(INI)): El 10 de mayo de 2007 se votaba el Informe definitivo sobre este aspecto.

En su exposición de motivos señalaba que los servicios de asistencia sanitaria y los servicios farmacéuticos han sido excluidos de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior debido a sus especiales características: en efecto, por su naturaleza, no pueden considerarse servicios comerciales normales. Invitaba a la Comisión a que presentase, ante el Parlamento y ante el Consejo, una propuesta de Directiva sobre los servicios sanitarios, paralelamente a una Directiva sectorial sobre los servicios sociales de interés general, y una Directiva marco sobre los servicios de interés económico general. Una directiva sobre los servicios sanitarios parece el único instrumento que permitiría a la Unión Europea aportar su valor añadido, necesario para restablecer y desarrollar la confianza de los ciudadanos europeos en un ámbito que es la esencia misma de su vida. En esa misma línea se pronunció la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2007, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. El Parlamento Europeo adoptaba por 514 votos a favor, 132 en contra y 8 abstenciones la respuesta a la iniciativa de la Comisión.

El Parlamento considera que “teniendo en cuenta que la propuesta de la Comisión de abordar temas sanitarios en la Directiva 2006/123/CE fue rechazada por el Parlamento Europeo y el Consejo, insiste en que ahora son necesarias nuevas medidas para mantener los derechos existentes; por tanto, pide a la Comisión, como guardiana de los Tratados, que garantice la salvaguardia de estos derechos”. Cree que, por encima de todo, un nuevo marco regulador europeo para los servicios transfronterizos de atención sanitaria debe mejorar el acceso a servicios sanitarios de alta calidad en caso de enfermedad, contribuir a la seguridad de los pacientes y ampliar las opciones que se ofrecen a todos los pacientes en la Unión Europea, sin aumentar a la desigualdad en materia de salud.

El 2 de julio de 2008 veía la luz la Comunicación de la Comisión Europea denominada “Marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”; entendida ésta como la prestada en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) distinto de aquel en que el paciente está asegurado, o distinto de aquel en el que el prestador de asistencia sanitaria reside, está registrado o establecido. Esta Comunicación marca las pautas iniciales del borrador de Directiva relativa al acceso de los ciudadanos a la asistencia médica en otros Estados miembros.

En 2011 la Comisión aprobó la Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. El objetivo de la presente Directiva es establecer unas reglas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de gran calidad en la Unión, así como garantizar la movilidad de los pacientes de conformidad con los principios establecidos por el Tribunal de Justicia y promover la cooperación en materia de asistencia sanitaria entre los Estados miembros, respetando plenamente, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados miembros en lo tocante a la determinación de las prestaciones de seguridad social que estén relacionadas con la salud y a la organización y la prestación de asistencia sanitaria y atención médica, y de otras prestaciones de la seguridad social, en especial, en caso de enfermedad.

envergadura como el que contempla la citada Directiva, que ofrezca una mayor garantía y seguridad.

6.2 LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: INCIDENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA FARMACIA

6.2.1 LAS LEYES DE TRASPOSICIÓN: ASPECTOS GENERALES

Tal y como recogía la Directiva de Servicios, los Estados miembros disponían de un plazo de transposición de tres años, que finalizaba el 28 de diciembre de 2009. Sucintamente repasamos el modo que en nuestro país se llevó a cabo esa transposición.

En España, como es sabido, ha sido singular la forma de transposición utilizada, ya que la misma se ha llevado a cabo en dos fases o niveles como bien señaló el Consejo de Estado²⁴⁷.

La primera de esas fases se llevó a cabo a través de una ley horizontal, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de

²⁴⁷ Así la denomina el Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009 de fecha 18 de marzo de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios. "el anteproyecto consultado lleva a cabo una transposición parcial de la Directiva de Servicios. Este carácter parcial responde no tanto al número de artículos de la Directiva cuya transposición se lleva a cabo (pues la mayoría han sido objeto de incorporación), como al alcance con que dichos preceptos se incorporan. Pues, en efecto, el anteproyecto examinado constituye una ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, a veces con las lógicas adaptaciones, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales. De este modo, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales"... "Consecuencia de todo ello es que este anteproyecto únicamente supone, según ha quedado apuntado, un primer paso en el proceso de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva de Servicios, que deberá ir seguido de una secuencia de modificaciones normativas con las que se garantice la eliminación efectiva de los obstáculos y restricciones al libre establecimiento y a la libre circulación de servicios".

servicios y su ejercicio²⁴⁸; más conocida como “Ley Paraguas”, con la que se pretendió crear un marco de referencia para regular el sector servicios.

De ahí que tal y como señala el preámbulo de la norma, el objeto de la misma sea *“establecer las disposiciones y principios necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realizadas en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, promoviendo un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones Públicas para responder a las necesidades de empresas y consumidores y garantizando una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios”*.

Esta norma estatal, viene a consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y al mismo tiempo permite suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En particular, dicha Ley pone énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector deben de ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exige que se simplifiquen los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. Adicionalmente, se refuerzan las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones.

Debe resaltarse que la doctrina ha criticado la técnica utilizada para la trasposición de la Directiva. Muñoz Machado²⁴⁹ señala que este proyecto es

²⁴⁸ BOE nº 283 de 24 de noviembre de 2009

un remedio de trasposición de la Directiva porque se limita prácticamente a reproducir su contenido, sin añadidos significantes que puedan remarcarse. Recalcando que el asunto es preocupante porque dicha regulación general, que es la misma de la Directiva, es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige. También Parejo²⁵⁰ la ha cuestionado, considerando que lo procedente hubiese sido la incorporación directa de la Directiva mediante la reforma de las leyes sectoriales afectadas sin utilizar la Ley paraguas.

Y en el mismo sentido lo hizo, aunque la apoyó finalmente, el Consejo de Estado en el Dictamen del anteproyecto de esta ley señala que "Ahora bien, aun cuando el método de transposición por el que se ha optado no resulta en sí mismo objetable, no puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno".

La segunda de las fases a través de la cual se llevó a cabo definitivamente la trasposición de la Directiva fue mediante la conocida "Ley Ómnibus"; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (que entró en vigor el 27 de diciembre de 2009).

Con carácter general, mediante esta norma se modifica un amplio elenco de normas; concretamente un total de 48 leyes²⁵¹. Así y tal y como se señala en el preámbulo de la misma, por un lado, "*adaptar la normativa estatal de*

²⁴⁹ Muñoz Machado. S. Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios en Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios págs 323 y sg. Libro Marrón Círculo de Empresarios 2009.

²⁵⁰ Parejo Alfonso, L. La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Junio 2009, pág. 35.

²⁵¹ Además de estas reformas legislativas para ajustarse a la Directiva Bolkestein, también se acometieron modificaciones de normas reglamentarias de carácter estatal, así como otras tantas leyes y reglamentos autonómicos.

rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y por otro, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados”.

También se cuestionó por parte del Consejo de Estado la técnica utilizada respecto a la Ley Ómnibus. En su Dictamen 779/2009 de 21 de mayo de 2009²⁵² recuerda que la técnica de las leyes "ómnibus" ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las "sedes materiales" que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva, no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que "el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no solo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares" (dictamen 4.908/97).

6.2.2 INCIDENCIAS DE LA TRASPOSICIÓN EN EL SECTOR SANITARIO

En consonancia con la citada Directiva de Servicios, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su

²⁵² http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-779

ejercicio viene a excluir aquellos servicios a los que hacía referencia²⁵³. Por ello, siguiendo dicho mandato, el art. 2 f) de la misma preceptúa que “quedan excluidos de esta ley: *Los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas*”.

²⁵³ Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley 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.

2. Quedan exceptuados del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) Los servicios no económicos de interés general.

b) Los servicios financieros.

c) Los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas.

d) Los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento.

e) Los servicios de las empresas de trabajo temporal.

f) Los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas.

g) Los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión y la radiodifusión, exceptuando las actividades de comercio al por menor de los productos audiovisuales.

h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario.

i) Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles.

j) Los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración.

k) Los servicios de seguridad privada.

3. Esta Ley no se aplicará al ámbito tributario.

4. En caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones que regulen el acceso a una determinada actividad de servicios o su ejercicio en aplicación de normativa comunitaria, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa comunitaria de la que traigan causa.

La mención expresa que se hace a la exclusión relativa a los servicios farmacéuticos, fue considerada innecesaria por la Comisión Nacional de la Competencia²⁵⁴ en el informe emitido respecto a la citada ley. En concreto se señala que *"no resulta necesaria la mención a los servicios farmacéuticos para considerarlos excluidos del ámbito de aplicación, de acuerdo con la reserva actual de actividad que existe en relación con estos servicios en España. Tal reserva de actividad es la única razón, siguiendo la Directiva, por la que se encuentran excluidos. Sin embargo, si se hace explícita la alusión a servicios farmacéuticos, dichos servicios estarían excluidos de la nueva Ley incluso si en el futuro se levantase dicha reserva de actividad, lo cual supondría establecer una restricción cualificada a la que establece la Directiva"*.

No obstante, y a pesar de la exclusión del sector sanitario y farmacéutico de su ámbito de aplicación, algunas de las normas modificadas mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, tienen incidencia en los mismos bien con carácter general bien de forma más específica.

En este sentido y desde mi punto de vista, podrían distinguirse dos bloques de normas; por un lado, aquellas cuyo contenido afectarían al colectivo de farmacéuticos como tal; y por otro, a aquellas que se refieren a medicamentos o productos sanitarios.

Entre las primeras se incluyen por ejemplo las modificaciones llevadas a cabo en la Ley de Colegios Profesionales y la Ley de Sociedades Profesionales, a las que hemos hecho referencia en los capítulos III y IV de este trabajo.

Respecto a los Colegios Profesionales, ya se ha señalado que fue en el año 1917 cuando se estableció definitivamente la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión farmacéutica con la Real Orden del Ministerio de la

²⁵⁴ Informe pn 0003/08 actividades de servicios. informe sobre el anteproyecto de ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios. Consejo de la Comisión Nacional de Competencia 5 noviembre 2008

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=4>

Gobernación de 6 de diciembre de 1917, publicada en la Gaceta de Madrid nº 544 de 10 de diciembre de 1917.²⁵⁵

Y por lo que se refiere a la Ley de Colegios Profesionales de 1974 que ésta se ha modificado de forma considerable²⁵⁶. Las modificaciones introducidas han supuesto, entre otros aspectos, la necesidad de adaptación de las normas estatutarias de los mismos. Por ejemplo, los nuevos estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos fueron aprobados por la Asamblea de presidentes de Colegios Oficiales de Farmacéuticos en febrero de 2010.

En cuanto a la Ley de Sociedades Profesionales, ya hemos visto en el capítulo II el porqué de la relación de esta ley con las oficinas de farmacia.

²⁵⁵ Vid capítulo III. El sistema de concurso. Requisitos de participación.

²⁵⁶ Los puntos más importantes de la modificación llevada a cabo en cuanto pueden tener incidencia en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, son los siguientes:

En lo que se refiere a la colegiación, se prevé que la cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Además, los colegios dispondrán de los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática.

También se suprimen trámites habituales como la obligación de comunicar el ejercicio fuera del territorio del Colegio de inscripción se prohíbe que los Colegios puedan exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. Esto puede inicialmente resultar ventajoso en cuanto puede suponer una reducción en el coste de la incorporación de los farmacéuticos a los Colegios profesionales, y también cuando un farmacéutico ejerza en una provincia distinta a la que esté colegiado.

Se establece la necesidad de disponer de página web para que, a través de la ventanilla única los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia.

Asimismo, los Colegios deben contar con carácter obligatorio con un servicio de atención a los usuarios y a los colegiados, con obligación de resolver sus quejas o tramitarlas.

Por otro lado, con el fin de reforzar la transparencia en el funcionamiento de los Colegios, se prevé que éstos publiquen una memoria anual sobre su gestión económica y su actuación disciplinaria en defensa de los intereses de los consumidores.

Finalmente, se define la organización colegial como el "conjunto de corporaciones colegiales de una determinada profesión. Son corporaciones colegiales el Consejo General o Superior de Colegios, los Colegios de ámbito estatal, los Consejos Autonómicos de Colegios y los Colegios Profesionales."

Por lo que se refiere a las modificaciones de la misma derivadas de la trasposición de la Directiva destacar la principal modificación que es la relativa a la composición de las sociedades profesionales, al establecerse que habrán de pertenecer a socios profesionales “como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas”. Es decir, se incrementa la posible participación de socios no profesionales en el capital (hasta el 49%). Además, se señala que “habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales”.

Con anterioridad a esta modificación debían pertenecer a socios profesionales las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas; así como las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en el caso de las sociedades profesionales.

Por último, y sucintamente señalar que también quedó afectada por la trasposición un bloque normativo referido al ámbito sanitario cuyas modificaciones no inciden propiamente sobre aspectos básicos de la ordenación farmacéutica, como fueron la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, o los reglamentos sanitarios que fueron modificados²⁵⁷.

²⁵⁷ En concreto, mediante Real Decreto 109/2010, de 5 de febrero (BOE 19 febrero de 2010 Pág. 16160) se modifican seis reales decretos y se deroga otro

Así, se modifica el régimen de los medicamentos publicitarios, como consecuencia de la modificación aludida efectuada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Esta modificación afecta a los siguientes tres reales decretos:

- Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

-
- Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, a efectos de eliminar las menciones a los denominados «medicamentos publicitarios».

También se modifica el Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos.

Finalmente, se modifica el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, para su adaptación a la derogación del artículo 18.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que establecía la diferenciación entre los efectos académicos y profesionales del reconocimiento de los títulos de especialista en Ciencias de la Salud, encomendado al Ministerio de Sanidad y Política Social.

Por último, se deroga el Real Decreto 202/2000, que establece las normas relativas a los manipuladores de alimentos.

7. CAPÍTULO VII: EL FUTURO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

7.1 INTRODUCCIÓN

El debate sobre si es necesario introducir modificaciones tendentes a configurar un nuevo modelo de ordenación farmacéutica en lo que al establecimiento de oficinas de farmacia se refiere no es nuevo. Como venimos poniendo de relieve a lo largo de este trabajo de investigación este debate en torno a liberalizar o no el mismo, adquiere protagonismo de forma reiterada, convirtiéndose en uno de los temas que con carácter recurrente pasan a ser de actualidad en el sector farmacéutico. Este debate no se ha producido sólo en el ámbito jurídico sino que se ha “colado” también en la esfera política al introducir en los programas electorales de los partidos políticos españoles cuestiones relativas a dicho modelo²⁵⁸.

²⁵⁸ Una muestra más de la relevancia que ha ido adquiriendo el tema que nos ocupa es la incorporación en los programas electorales de los partidos políticos españoles de referencias más o menos explícitas al apoyo o no de la aplicación de medidas liberalizadoras en el ámbito de la farmacia. Si bien esto se produjo más en el momento en que se produjo el procedimiento de infracción contra España por parte de la Comisión Europea, no ha sido el único caso en el que se ha hecho referencia.

A título de ejemplo:

- El programa electoral con el que concurrió el PSOE a las elecciones generales de 2004 establecía “Ampliaremos el número de oficinas de farmacia a disposición de los ciudadanos para favorecer su mayor disponibilidad, en aquellas circunstancias que así lo aconsejen”. “Estableceremos criterios que garanticen la transparencia, la igualdad y el mérito profesional en los procesos de apertura, transmisión y compra de oficinas de farmacia”. Sin embargo, esta referencia expresa desapareció en el programa electoral confeccionado con motivo de las elecciones generales del año 2008.
- Por su parte, el programa electoral de UPD para las elecciones al Parlamento Vasco 2012 también apostaba por medidas liberalizadoras de la economía y la supresión de trabas administrativas en el sector de la oficina de farmacia (<http://blogs.deusto.es/programasaldesnudo/wp-content/uploads/2012/10/UPyD-2012.pdf>).
- Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (C's) Programa elecciones catalanas 2010 y elecciones andaluzas 2015 (<http://www.elcambio.es/assets/programa.pdf>) en cuanto al Sistema farmacéutico, proponía: De acuerdo con la UE fomentaremos la liberalización del modelo farmacéutico, mejoraremos el acceso y defenderemos su interés como servicio público. Proponemos el llamado “modelo de mínimos” y estableceremos en 150 metros la distancia mínima entre farmacias y un mínimo de 700 habitantes por farmacia. Ello supondrá una mejora y mayor cercanía al usuario así como la creación de miles de puestos de trabajo.
- A sensu contrario el programa del PP para las elecciones generales 2008 (<http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/1191-20090909122124.pdf>), incluía en su propuesta

En la últimas décadas en nuestro país, se han ido introduciendo políticas de introducción de la competencia en diversos sectores económicos (telecomunicaciones, servicios postales, hidrocarburos, etc.); más recientemente esa política se ha visto reforzada con la publicación de la Ley 20/2019, de 9 de diciembre de Garantía de la unidad de mercado. Sin embargo, la farmacia aún habiendo habido algún intento por incorporarla a esa tendencia (Directiva de Servicios, Proyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, Ley de Garantía para la Unidad del Mercado²⁵⁹) no se ha visto alterada.

1323 la defensa del modelo español de oficinas de farmacia, teniendo en cuenta su calidad y reconocimiento social y sanitario. No apareció esa referencia en el programa electoral a las elecciones generales 2011. Por su parte, en su programa a las elecciones europeas de 7 de marzo de 2009 incluía el "Apoyo firme al modelo español de Oficinas de Farmacia como alternativa sanitaria de calidad en el marco europeo, altamente valorada por los ciudadanos".

²⁵⁹ En su redacción inicial, las oficinas de farmacia no quedaban excluidas taxativamente en relación a la autorización como instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva y en cuanto al principio de eficacia en el territorio nacional. Sin embargo, el Grupo Parlamentario Popular introdujo una enmienda de modificación con el fin de garantizar y clarificar que determinados servicios como los prestados por vehículos de turismo con conductor, las licencias de taxi o las oficinas de farmacia continuarán sometidos a su actual régimen de autorización y con eficacia limitada. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A Numero 56-3. De 21 de octubre de 2013

Enmienda número 128. Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. A la exposición de motivos, apartado II, párrafos 6 y 8. De modificación. Se propone modificar el párrafo sexto, octavo del apartado II de la exposición de motivos del Proyecto, de tal forma que quedará redactado de la siguiente manera:

Párrafo sexto: "Por otro lado, la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de esta ley."

Párrafo octavo: "El capítulo V, "Principio de eficacia en todo el territorio nacional", desarrolla las disposiciones relativas a este principio, que constituye uno de los elementos centrales de esta ley. De acuerdo con este principio, basado en la confianza mutua, cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional sin que quepa en principio exigirles nuevas autorizaciones o trámites adicionales de otras autoridades competentes diferentes. Se regulan con detalle diferentes supuestos de acreditaciones, reconocimientos, calificaciones, certificaciones y cualificaciones y actos de habilitación y la previsión expresa en la normativa autonómica o local de la validez del régimen aplicable a los operadores establecidos en otros lugares del territorio. Este principio de eficacia no es, sin embargo, aplicable a determinadas actuaciones relacionadas con las instalaciones o infraestructuras físicas, con la ocupación del dominio público o con la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que, por su propia naturaleza, resultan vinculados con un ámbito territorial determinado, como, nuevamente, sucede con las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 20.4 de esta ley."

El Defensor del Pueblo²⁶⁰ ya puso de manifiesto en 2010 que en los últimos años ha sido notable el número de ciudadanos que se ha dirigido a esa Institución en relación con la ordenación y la planificación farmacéutica. Las reivindicaciones de los ciudadanos ante el Defensor del Pueblo se configuraban en una doble dimensión: en primer lugar, sobre la modificación del marco legal vigente, en orden a la liberalización de las oficinas de farmacia, expresadas, por lo general, por farmacéuticos en paro; y, en segundo término, acerca de la presunta inconstitucionalidad de leyes de ordenación farmacéutica de comunidades autónomas.

Y es de suma actualidad el Informe E/CNMC/003/15 Estudio sobre el mercado de distribución minorista de medicamentos en España²⁶¹, que ha hecho tambalear los cimientos actuales sobre los que se asienta el actual modelo de ordenación farmacéutica español. Es la última demostración de que, como decía en la introducción de este trabajo de investigación, los avatares que presenta esta materia son de tal intensidad que nunca dejan de sorprender.

Por tanto, y para finalizar este trabajo de investigación es necesario a la vista de todo lo expuesto y este último y reciente estudio dejar entrever cual es el camino que en los próximos años puede adquirir la ordenación farmacéutica española.

²⁶⁰ Múgica Herzog, Enrique. Defensor del Pueblo. El defensor del Pueblo y la atención farmacéutica. Jornada técnica organizada por el Centro Farmacéutico Nacional con motivo de la conmemoración de su Centenario.

²⁶¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 15 de octubre de 2015. http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2015/20151021_%20E_CNMC_003_15_Farmacia_FINAL.pdf

7.2 LA LIBERALIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE OFICINAS DE FARMACIA

7.2.1 CUESTIONES PREVIAS

“La globalización económica ha sido el motor del proceso de sustitución del intervencionismo estatal por el nuevo régimen de libre competencia entre empresas al que hoy asistimos”, son palabras de Muñoz Machado²⁶² que reflejan que en cualquier proceso que introduzcamos estos elementos el factor económico será también una de las claves a destacar.

Como ya sabemos el vigente modelo de ordenación farmacéutica español se caracteriza por su carácter regulado y por tanto, contar con intensas técnicas de intervención²⁶³, por lo que cualquier actuación que pretenda la supresión de medidas de intervención pública o similar con el fin de lograr mayor competencia y libertad del sector privado deberá realizarse de forma razonable dada la importancia de su objeto, que incluso se relaciona con la seguridad de las personas.

Como pone de manifiesto Caballero, la liberalización²⁶⁴ o apertura de mercado no opera del mismo modo en cada sector de actividad, diferenciando en función o no de la existencia de infraestructuras en forma de red sobre las que se sustenta la prestación del servicio. La liberalización de un sector económico cuando su desenvolvimiento no descansa sobre una gran estructura de red supone simplemente levantar barreras legales antes

²⁶² Muñoz Machado, S. “Servicio Público y Mercado”. Op cit Págs 18 y 25.

²⁶³ La noción genérica de regulación es amplia. Ariño señala que el término regulación hace referencia al mayor o menor número e intensidad de las reglas establecidas por el Estado y de las actuaciones de la Administración habilitadas por dichas reglas que condicionan o vinculan la actividad privada, especialmente la económica. Ariño Ortiz, Gaspar (Dir) Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003) El proceso privatizador. Aspectos jurídicos. La liberalización de las telecomunicaciones tomo I. 2004 pags 2-4

²⁶⁴ Sobre este concepto vid Muñoz Machado, S. “Servicio Público y Mercado” cit op 253, Ariño Ortiz, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica. Comares editorial. 1999, entre otros.

impuestas mediante la técnica del servicio público (reserva de actividades a favor de la administración) o al menos de autorización administrativa previa, o de fijación de precios, para pasar a aplicar las normas sobre competencia y libre contratación²⁶⁵. Y engloba la farmacia entre los servicios en forma de red en los que esta operación es más delicada²⁶⁶.

Tal y como señala Pérez Galvez²⁶⁷, no sólo afecta a la reserva de titularidad a farmacéuticos o a la planificación territorial de estos establecimientos en base a criterios demográficos o geográficos. Subyacen importantes intereses económicos con numerosos actores: el propio colectivo de farmacéuticos, laboratorios, distribuidores, superficies comerciales, gobiernos implicados y por supuesto a los ciudadanos que son los destinatarios de este servicio, que debe prestarse en las mejores condiciones de calidad y precio por unidad dispensada.

7.2.2 REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE LA LIBERALIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA

7.2.2.1 Introducción

Es evidente que, debido a los intereses de los diferentes colectivos, las posiciones a favor y en contra de un cambio de modelo en cuanto a la planificación del establecimiento de oficinas de farmacia están muy alejadas.

²⁶⁵ Muñoz Machado, S. "Servicio Público y Mercado". Vol IV El sector eléctrico. Los Fundamentos. Civitas. Madrid 1998. Págs 136, califica de tópico la creencia de que la simple eliminación de la condición de servicio público de una actividad económica sienta las bases para ser desarrollada en competencia. No sólo hace falta cambiar las reglas del juego; hay que acometer una profunda reestructuración del sector para evitar crear unas expectativas de mantenimiento del status quo empresarial.

²⁶⁶ Caballero Sánchez, R. "Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos". Colección Estudios. Ministerio de Administraciones Públicas. 2003

²⁶⁷ Pérez Galvez J. F. Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV, Chile, 2010, pág 361-406

Como hemos ido observando, en España desde el año 2006 hasta nuestros días, esta cuestión adquirió relevancia al intensificarse la controversia jurídica en la Unión Europea; si bien es cierto, como también hemos señalado, que los distintos pronunciamientos jurisprudenciales han zanjado algunas cuestiones que hasta la fecha estaban en entredicho. Y a mayor abundamiento lo ha hecho aún más a raíz del informe de la Comisión de los Mercados y la Competencia.

En el capítulo I de este trabajo al repasar los antecedentes históricos de nuestro sistema de ordenación farmacéutica se ha visto como durante la vigencia de las Ordenanzas de Farmacia de 1860 existía libertad de establecimiento a la hora de instalar una nueva oficina de farmacia y que sin embargo, este modelo cambió a partir de 1941 al apostar por la planificación y es el que está vigente hoy en día.

Podemos distinguir dos colectivos claramente posicionados a favor y en contra de la tesis de la liberalización. El primero, lo integran los Colegios profesionales de farmacéuticos, que representan en su mayoría a farmacéuticos con oficina de farmacia, y el segundo por el contrario, aquellos farmacéuticos que no disponen de oficina de farmacia, así como los organismos pro competencia, y que por tanto son más proclives a defender una posible liberalización de la misma en cuanto a criterios de planificación de éstas.

7.2.2.2 Perspectivas de futuro

Si bien es cierto que la Constitución Española no introduce ningún parámetro en el que quede contemplada la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, los intentos mínimos llevados a cabo por hacerlo no han llegado a cuajar hasta ahora en el modelo español, desde mi punto de vista por la fortaleza de los Colegios Profesionales.

Es cierto que, además como hemos visto en capítulos anteriores los pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo no han considerado que los criterios de planificación, los baremos, etc, sean

contrarios al Derecho Comunitario en su esencia, pero también es cierto que nos encontramos en un momento de cambio tendente hacia la introducción de elementos de competencia a los que probablemente la farmacia no va a quedar ajena.

Villalba²⁶⁸ ya apuntaba que “la farmacia existe para hacer posible el acceso a la salud de todos los ciudadanos y de ese modo hacer posible la cohesión y el progreso social. Si la Constitución garantiza la economía de mercado también hace garante al Estado de la salud de todos los ciudadanos. En tanto la libre competencia sirva a ese ideal, debe de considerársela legítima, pero dejará de serlo cuando perjudique el derecho colectivo a la salud y prime exclusivamente los beneficios particulares y el afán de lucro”.

Siempre sin perder de vista que nos encontramos ante una actividad cuyo objetivo es garantizar la salud pública y el interés general de los ciudadanos, podremos introducir esos elementos.

7.2.2.2.1 La continuidad del modelo

Los puntos principales de defensa del modelo²⁶⁹ en los que se basan aquellos que apuestan por su mantenimiento estriban en entender:

- en cuanto a la titularidad y propiedad farmacéutica de las farmacias, que el actual sistema es una garantía sanitaria para los ciudadanos, pues la dispensación de los medicamentos y su capacidad de consejo, no están condicionados por otros intereses que no sean los estrictamente sanitarios,

²⁶⁸ Villalba Pérez. F “La profesión farmacéutica” op cit pág 106

²⁶⁹ Vid también estudios concretos realizados al respecto. “Una Imagen vale más que mil palabras” Elaborado por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia; o “Valoración del sistema de prestaciones sanitarias por parte de los ciudadanos europeos” Elaborado por el Departamento de Psicología Social y de las Organizaciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) a petición de la Asociación Nacional de Consumidores y Usuarios de Servicios de Salud (ASUSALUD) y presentado en diciembre de 2008; o el Informe Ecorys “Estudio de las restricciones reguladoras en el área de farmacia”. 2007. El informe es el resultado del estudio llevado a cabo por ECORYS Nederland BV, en cooperación con el Dr. Niels Philip (METRO) entre diciembre de 2005 y junio de 2007 para la DG Mercado Interior de la Comisión Europea. ASUSALUD http://www.asusalud.org/filesset/ASU_448_f0.pdf

al tener que ser los farmacéuticos propietarios y titulares de los oficinas de farmacia abiertas al público (artículo 103.4 de la Ley 14/1986) y al exigirse la presencia física del farmacéutico titular en la farmacia durante su horario ordinario de funcionamiento (artículo 5 de la Ley 16/1997 y legislación de las Comunidades Autónomas). Y que un mismo profesional no pueda ser titular de más de una farmacia.

- que la separación de la titularidad - propiedad de las oficinas de farmacia no garantiza un mejor servicio al ciudadano²⁷⁰, habiéndose observado efectos distorsionadores como el encarecimiento de los medicamentos al obligar las cadenas de farmacias a la industria farmacéutica a concederles un suplemento si venden sus productos. Y entendiéndose además que la propiedad/titularidad del farmacéutico, de una sola farmacia, permite garantizar la total independencia, responsabilidad personal, administrativa, civil y penal del farmacéutico en las actuaciones que se realizan en su farmacia.

7.2.2.2.2 Las propuestas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Recientemente la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado el informe "Sobre el mercado de distribución minorista de medicamentos en España", que analiza de forma detallada las restricciones del ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos en cuanto a criterios de competencia. Dada su trascendencia en este trabajo de investigación por cuanto pone sobre la mesa un nuevo debate sobre el modelo de ordenación farmacéutica, resulta conveniente hacer una alusión al mismo, no sin antes advertir como a continuación señalo que esta advertencia ya fue puesta de manifiesto por el extinguido Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁷⁰ Observaciones del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de carácter jurídico/profesional al Ministerio de Sanidad para la contestación a la Comisión Europea en el procedimiento- Dictamen motivado- sobre restricciones de la legislación española reguladora de las oficinas de farmacia. Páginas 41-42. Julio 2006
http://www.actasanitaria.com/fileset/doc_22143_FICHERO_NOTICIA_14446.pdf

El entonces Tribunal de Defensa de la Competencia ha prestado especial atención al objetivo de introducir e intensificar el nivel de competencia en diversos mercados y actividades cuyos bienes y servicios no se comercializan internacionalmente (telecomunicaciones, telefonía y correo, electricidad, distribución comercial, distribución de tabaco, colegios profesionales, farmacéutico, o suelo, por ejemplo)²⁷¹.

En el año 1995, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) publicó su tercera colección de informes bajo el título «La competencia en España: balance y nuevas propuestas»²⁷² donde estudiaba la dimensión social de la libre concurrencia y realizaba el oportuno balance de la competencia en España, analizando entre otros, el sector de las oficinas de farmacia.

Y en ese informe ya apostaba por una liberalización de las oficinas de farmacia. En el mismo ya indicaba, en relación al número y localización de las oficinas de farmacia que “deberían responder, esencialmente y en primer lugar, a la libre decisión de los farmacéuticos, reservándose las administraciones competentes la regulación de aquellas cuestiones relacionadas exclusivamente con los intereses públicos, entre las que se incluyen el estímulo al establecimiento cuando se considere necesario y cuando la libre iniciativa no garantice la dispensación de los medicamentos”. Señalaba como principales obstáculos a la competencia entre las oficinas de farmacia los siguientes:

a) Límites a la libertad de establecimiento: al estar minuciosamente regulada y limitada por restricciones la autorización de apertura de nuevas oficinas de farmacia en cuanto a la distancia mínima entre dos oficinas de farmacia y en cuanto al número de habitantes de su teórica zona de

²⁷¹ Pettibò Juan, A. La defensa de la competencia en el ámbito del sector servicios. Revista Ice Sector Servicios nº 787, 2000.

²⁷² Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. La competencia en España: balance y nuevas propuestas. 1995 páginas 197 a 239.

En http://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informesyestudiossectoriales.aspx?udt_855_param_page=2

influencia. Señalando que, de hecho, el concepto de planificación farmacéutica se antepone al de libre competencia.

Entendía el Tribunal que había elementos claramente restrictivos de la competencia. Por ejemplo, en cuanto al acceso a la propiedad y a la titularidad de una oficina de farmacia. Sostenía el Tribunal que las dificultades impuestas al acceso a la propiedad constituyen una barrera de entrada que convertía a la oficina de farmacia en un bien administrativamente escaso. Y como ocurre con todos los bienes escasos su precio se eleva de forma significativa. Y la manifestación de la elevación administrativa de estos precios son los elevados traspasos que deben pagarse para acceder a una oficina de farmacia²⁷³.

Además consideraba que la planificación general de las oficinas de farmacia debía ser una ley de mínimos y no de máximos, con supresión de las referencias a las distancias mínimas y de las referencias al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia. Y también que se supriman los obstáculos que impiden la apertura de oficinas de farmacia en aquellos lugares en los que el tránsito de ciudadanos es relevante (aeropuertos, centros comerciales, etc.).

b) Fijación de precios: sin discutir el sistema de fijación de precios, considera que la fijación de precios de venta al público de las especialidades farmacéuticas no impide la competencia en precios ante la posibilidad de aplicar descuentos. En consecuencia, en las circunstancias actuales, es dicha posibilidad de descuentos la vía que debe ser defendida desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Y ello sin menoscabo de la oportuna defensa de los intereses públicos.

c) Unión de la propiedad y de la titularidad de las oficinas de farmacia: entiende que las condiciones exigidas para el ejercicio de la profesión se

²⁷³ Petibó Juan, Amadeo. Jornadas de planificación farmacéutica. http://www.google.es/url?url=http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3178572.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=OCBQQFjAAahUKÉwiA6b6NrI3IAhUEcRQKHa4CBBA&usg=AFQjCNH04Bv0EOb_ydhPczsk50IQV84oGg

traducen en restricciones a la misma y, como consecuencia de ello, en restricciones a la competencia.

Por ello, apostaba por la eliminación, en un plazo máximo de cinco años, del requisito de que los propietarios de oficinas de farmacia sean farmacéuticos titulados, manteniéndose, tan sólo, el requisito de la presencia de un farmacéutico en la oficina de farmacia en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas (modificación de la Ley General de Sanidad).

Por su parte, el informe elaborado por la Comisión Nacional de los mercados y la competencia²⁷⁴ analiza en su apartado 4 el modelo de ordenación farmacéutica desde la óptica de la competencia y la regulación económica eficiente, teniendo en cuenta hasta qué punto las restricciones impuestas por la regulación inhiben o incentivan la competencia en el mercado de distribución minorista de medicamentos y si dichas restricciones benefician a los consumidores o, por el contrario, imponen costes adicionales a los mismos.

Al respecto considera que “las restricciones de acceso al mercado son los requisitos basados en módulos de población y distancias mínimas entre oficinas de farmacia necesarios para permitir la entrada de nuevas farmacias en el mercado”. Y en concreto que “esta regulación favorece los intereses privados de los farmacéuticos titulares de oficina de farmacia que, gracias a estas restricciones, no se enfrentan a la competencia de otras oficinas de farmacia y perjudica a los pacientes, que podrían obtener beneficios en forma de mayor calidad del servicio, menor distancia recorrida para la obtención del medicamento o menor precio de los medicamentos no sujetos a prescripción médica, si hubiera competencia entre los distintos establecimientos.”

²⁷⁴ Informe E/CNMC/003/15 Estudio sobre el mercado de distribución minorista de medicamentos en España de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia de 15 de octubre de 2015 http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2015/20151021_%20E_CNMC_003_15_Farmacia_FINAL.pdf

Por otra parte, considera como restricciones de ejercicio de actividad las siguientes:

- Requisito de ostentar la condición de farmacéutico para la dispensación de medicamentos: el informe precisa que podrían existir además de la farmacéutica, otras profesiones sanitarias, cuyos titulados, con una formación equivalente estarían capacitados para dicha actividad de dispensación. Asimismo, en ocasiones, y atendiendo a criterios de eficiencia económica, en determinadas zonas de baja densidad de población, podría resultar adecuado permitir que además de los servicios del farmacéutico éstos puedan realizarse por otros profesionales sanitarios, típicamente el médico.
- Reserva de actividad de las oficinas de farmacia en la distribución de medicamentos: el informe propone liberalizar los canales de venta de los medicamentos no sujetos a prescripción médica. En este punto considera que la "restricción debería limitarse a establecimientos especializados (farmacias, hospitales, centro de salud) que cuenten con las condiciones necesarias para mantener los medicamentos en el estado óptimo para su dispensación y consumo, únicamente para los medicamentos que puedan precisar una especial protección. En el caso de los medicamentos de automedicación, la menor necesidad de protección implicaría que su venta podría realizarse en un mayor número de establecimientos, que facilitara el acceso por parte de los pacientes en condiciones similares de información, calidad y seguridad".
- Restricciones a la propiedad: el hecho de que los farmacéuticos puedan ser los únicos titulares y propietarios de las oficinas de farmacia abiertas al público es una restricción innecesaria en cuanto la presencia de un farmacéutico en la dispensación de los medicamentos ya aseguraría suficientemente la adecuada protección de la salud pública. Además, constituye una barrera de entrada en el mercado, puesto que impide que puedan ser propietarios de farmacias otros agentes (no farmacéuticos) con capital para invertir. Por su parte, la formación voluntaria de cadenas

farmacéuticas dentro de la libertad de empresa permitiría, en su caso, optimizar recursos y asumir libremente formas de riesgo compartido que de otro modo sería inviable.

- Retribución de las oficinas de farmacia por la dispensación de medicamentos: el informe entiende que un sistema de financiación eficiente de las oficinas de farmacia debería vincular las rentas derivadas de la dispensación de medicamentos con los beneficios sanitarios que aporta (sistema orientado al paciente) frente al sistema vigente en España, que es un sistema orientado al producto, en el que los ingresos de las farmacias están vinculados a la cantidad y precio de los medicamentos dispensados.

Analiza también otras restricciones como:

- horarios de apertura
- publicidad de las oficinas de farmacia,
- suministro de medicamentos a centros sociosanitarios
- reserva de actividad de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en determinados servicios
- criterios de concesión de autorizaciones administrativas para la apertura de farmacias. En relación a estos últimos identifica algunas restricciones recogidas en los baremos de méritos como es la acumulación de méritos de experiencia profesional obtenida en concursos anteriores o la experiencia profesional acumulada en oficina de farmacia en los últimos 10 años
- obligatoriedad de colegiación para titulares y farmacéuticos contratados en oficina de farmacia: considera que es innecesaria para el desarrollo de las funciones del farmacéutico e impone un coste innecesario que se traduce en una barrera de entrada al mercado. Bastaría con los conocimientos derivados de la formación de farmacéutico para garantizar que la atención al paciente se realice con los estándares de seguridad y calidad adecuados.

Otro de los apartados del informe evalúa el impacto de la reforma de Navarra del año 2000 en la entrada de nuevas farmacias, poniendo de manifiesto el incremento producido en el número total de farmacias con la

entrada en vigor de la ley de ese año; y concluyendo que la reforma navarra aumentó el número de farmacias en municipios relativamente pequeños en comparación con lo que habría ocurrido en un escenario sin reforma

7.2.2.2.3 Hacia donde vamos

Es evidente que en los próximos meses el informe que acabamos de resumir, de gran calado, suscitará amplios debates en torno al modelo actual de ordenación farmacéutica, puesto que cómo me ha ocurrido es inevitable sobre la base de sus argumentos hacer al menos una breve reflexión.

Si bien es cierto que el vigente modelo, como venimos poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo de investigación, se asienta sobre la base de la intervención administrativa y la planificación farmacéutica de forma sólida, no lo es menos que nos encontramos en un momento en que tampoco podemos dejar de lado la necesidad de tener en cuenta criterios competenciales; criterios que según entiende el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ponen en entredicho los fundamentos básicos de la planificación.

Desde mi punto de vista, no puede perderse de vista las características propias de la oficina de farmacia como establecimiento sanitario y la necesaria protección de las personas y del interés público. Esta es la esencia que deberá tenerse en cuenta ante cualquier planteamiento de un cambio en el modelo actual, que incluya modificar las reglas de dicha planificación.

Sin embargo, tampoco resulta indispensable en mi opinión introducir la totalidad de los elementos que conlleven un cambio frontal en el modelo actual.

En ese sentido, considero como elemento fundamental el mantenimiento de la intervención administrativa por parte de la administración, por cuanto debe ser ésta la encargada de asegurar que el servicio de acceso al servicio de la dispensación de medicamentos a la población queda garantizado. Planificación que en especial deberá atender a aquellos territorios con menor población buscando elementos que incentiven en mayor medida el establecimiento de los farmacéuticos en los mismos.

Más dudas me suscita la ruptura del binomio titularidad-propiedad, y por tanto la posibilidad de acceso a la propiedad de oficinas de farmacia otros operadores económicos como pueden ser las de cadenas o los tan de moda fondos de inversión; puesto que su aparición resulta compleja analizar no probablemente desde un punto de vista económico sino desde un punto de vista de la protección de la salud.

En el caso de que finalmente no pudiesen acceder estos operadores, se debería mantener el concurso para la adjudicación de oficinas de farmacia pero con méritos unificados en los baremos con el fin de conseguir la máxima igualdad en el acceso.

En cuanto a los requisitos de módulos de población y distancias mínimas, se podría valorar la implantación del sistema de mínimos; para ello se debería tomar como referencia el modelo navarro y considerarlo siempre y cuando se haya conseguido con él por un lado, un incremento significativo del número de farmacias y por otro, la ubicación de las mismas no sólo en los municipios de mayor tamaño. Si estos dos premisas se cumplen probablemente sería conveniente reconducirlo al sistema de mínimos siempre que, insisto, quede garantizado el acceso a los medicamentos por parte de la población.

En todo caso una modificación normativa a posteriori se tendría que analizar si efectivamente con esa normativa se habría liberalizado el mercado verdaderamente, si los consumidores han salido beneficiados (ej en

términos de precio) y si la regulación ejercitada ha contribuido a promover la competencia²⁷⁵.

²⁷⁵ Ariño Ortiz, Gaspar (Dir) Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003) El proceso privatizador. Aspectos jurídicos. La liberalización de la energía (gas, electricidad, petróleo) tomo II 2004 pags 2-4

8. CONCLUSIONES

PRIMERA. La historia de la ordenación farmacéutica española ha venido definida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la promulgación de un amplio elenco de normas; en especial desde las Ordenanzas de Farmacia de 1860 hasta nuestro días se han ido sentando las bases para que así fuera.

Si bien es cierto que en nuestro país el término ordenación farmacéutica no ha sido definido ni en la Constitución Española ni en los Estatutos de Autonomía, también lo es que ha sido la normativa autonómica y la jurisprudencia la que de forma más concreta ha configurado dicho modelo.

Es en el marco de la ordenación farmacéutica donde tienen encaje las cuestiones relativas al establecimiento de oficinas de farmacia, lo que conlleva prestar atención a conceptos tan relevantes como los relativos a la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia, su transmisión, su planificación, etc.

SEGUNDA. El modelo de ordenación farmacéutica actual se sustenta sobre los principios de la intervención administrativa y la planificación farmacéutica basado en módulos de población y distancias, así como en la necesidad de que sólo los farmacéuticos puedan ser titulares de una oficina de farmacia, vinculando así la propiedad-titularidad de la misma.

Las Comunidades Autónomas han planteado sobre esta base constitucional sus modelos de ordenación farmacéutica, si bien la Comunidad Foral de Navarra apostó por un sistema diferente al resto denominado "de mínimos" que también fue avalado por el Tribunal Constitucional en el año 2004.

Nada impide el establecimiento de criterios de planificación y así lo ha refrendado la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, e incluso el TJUE; si bien los mismos han quedado matizados por sus pronunciamientos, lo que ha conllevado diversas modificaciones legislativas y reglamentarias.

Pero el hecho de que no existan impedimentos en cuanto a la fijación de esos criterios, no puede obviar que en todo caso se deberán respetarse los principios del derecho comunitario como son la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

TERCERA. La irrupción del Derecho comunitario ha condicionado, como lo ha hecho en otros ámbitos, la regulación sobre la materia "ordenación farmacéutica". A nadie escapa que la situación en el marco europeo y en especial los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo han cimentado algunos conceptos, despejando dudas sobre cuestiones de gran trascendencia en relación a los criterios de planificación y en especial a las cuestiones relativas tanto a módulos de población y distancias como a los méritos de los baremos de los concursos de adjudicación de oficinas de farmacia.

No existen criterios unánimes en relación a dichos baremos, y cada Comunidad Autónoma ha configurado el mismo en base a los criterios que ha considerado óptimos. Los aspectos relativos a la experiencia profesional en especialidad distintas a la oficina de farmacia, la experiencia autóctona o en el ámbito rural, la puntuación del idioma cooficial, entre otros, han sido y siguen siendo los de mayor conflicto. Todo ellos ha supuesto que la mayoría de los concursos sean impugnados, lo que ha provocado numerosos pronunciamientos judiciales.

CUARTA. En la actualidad, derivado de su configuración legal, el modelo de ordenación farmacéutica no puede disociarse del binomio propiedad-titularidad, de ahí que éste sea uno de los rasgos relevantes del mismo. Y en esta cuestión es donde adquiere interés lo relativo a la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, cuyos parámetros han quedado definidos a través de las sentencias dictadas en el año 2003 por el Tribunal Constitucional. Por ese motivo y respetando por tanto lo allí establecido son las Comunidades Autónomas las que han venido a definir la forma de la transmisión especialmente en lo que a plazos se refiere, no existiendo una regla general común.

QUINTA. Constatada la inexistencia de un modelo de ordenación farmacéutica idéntico en los países europeos, han sido numerosas las “idas y venidas” que se han producido en dichos modelos, lo que no ha ocurrido en nuestro país. Sin embargo, y a pesar de ello, si ha sido común a muchos de ello el planteamiento de procedimientos de infracción y cuestiones prejudiciales, cuya resolución han sentado las bases de los elementos más llamativos de los sistemas de ordenación.

En nuestro país la Sentencia de 1 de junio de 2010 del TJUE relativa a la cuestión prejudicial asturiana ha sido clave para el actual modelo.

QUINTA. La farmacia española pudo haber sufrido también un cambio derivado de la Directiva de Servicios, en el sentido de haber sido necesario adaptarla o al menos analizarla desde el punto de vista del objeto de esta norma teniendo en cuenta su apuesta por figuras menos intervencionistas que las habituales; si bien al quedar ésta excluida de su ámbito de aplicación esta consecuencia quedó apartada a la espera de otras nuevas regulaciones.

SEXTA Concluido el grueso de este trabajo de investigación se ha publicado recientemente el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que pone en entredicho el actual modelo de ordenación farmacéutico español y va a ser en los próximos meses objeto de numerosos debates.

No obstante, se habrá de considerar que la inclusión de nuevos criterios en la regulación de las oficinas de farmacia deben en todo caso mantener la intervención administrativa y seguir incorporando ciertos criterios de planificación farmacéutica con el fin de garantizar el acceso de los medicamentos a la población. Esto no obstante no es óbice para que en el futuro, puedan eliminarse determinadas restricciones a la competencia.

Pero todo ello requerirá una importante reflexión en cuanto a las consecuencias que pueda conllevar un cambio de modelo que no pierda de

vista en ningún caso, que la ordenación farmacéutica no puede entenderse desvinculada de la protección de la salud con el fin último de permitir el acceso de los medicamentos a la población.

9 BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo Manuel, "Derecho civil III. Derecho de bienes" Volumen I

Ariño Ortiz, G. "Servicio público y libertades públicas", Libro Homenaje a Garrido Falla. Ed. Complutense, Madrid, 1992

- Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003) El proceso privatizador. Aspectos jurídicos. La liberalización de las telecomunicaciones tomo I. 2004
- Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública y regulación económica. Comares editorial. 1999

Celine Baes, tesis doctoral "El uso racional del medicamento. Fundamento de la intervención administrativa en el sector farmacéutico". Universidad de Granada. Dirigida por F. Villalba

Barrachina Juan, E. "Compendio de derecho administrativo II". Promociones publicaciones universitarias. 1986.

- "Curso de derecho administrativo" Promociones publicaciones universitarias. 1986.

Bauzá Martorell, F. "Declaración responsable y comunicación previa: consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus"; La Ley 7419, 2010

Beato Espejo, E. "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", Revista de Administración Pública nº 119. 1989

Beltrán Aguirre, J.L "Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la ley del medicamento", Revista Jurídica de Navarra, 11, 1991

- "Las autorizaciones de oficinas de farmacia en Navarra: crónica de tres años de actuación administrativa foral." Crónica administrativa
- "La propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia: su reformulación a la luz del interés público". Derecho y Salud vol. 5 nº 2 1997

Bermejo Vera, J. "Derecho Administrativo Parte Especial". Civitas ediciones.

Caballero Sánchez, R. "Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos". Colección Estudios. Ministerio de Administraciones Públicas.

Cerdá Olmedo, M. "Derecho civil y farmacia", La Ley 1993, págs. 63 y sg.

Cervera Soto, S. El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra. Comentarios del Consejero de Salud del Gobierno de Navarra cuando se aprobó la ley. Derecho y Salud Vol. 9, Núm. 1, 2001

Comes J.L. "Modificación de los criterios de selección para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en la Comunitat Valenciana", Revista Ordenación y Control de Productos Farmacéuticos de la Comunitat Valenciana, Publicación de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Conselleria de Sanitat, 2010

De la Quadra Salcedo, T. "¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?", Civitas. Revista española de derecho europeo nº 22, 2007

- Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios en el mercado interior. El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudio sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009
- De Valles, A. "I pubblici servizi," Primo Trattato completo di diritto amministrativo, vol. VI. parte I, Milano, 1923
- Del Castillo García, B, "Plan de Estudios", Encuentro Farmacéutico, Facultades de Farmacia y Colegios Profesionales, Consejo General de Colegios Oficiales, Madrid, 1990
- Diez Picazo, L. "Sistema de Derecho civil" Vol I , Tecnos, 1982
 "Sistema de Derecho civil volumen III tomo I Derechos Reales en general, 2012
- Entrena Cuesta, R. "El servicio público de taxis". Revista de administración pública nº 27 septiembre-diciembre 1958
- Informe a requerimiento de la Federación Nacional de Oficinas de Farmacia acerca de la conformidad con la normativa de la Unión Europea, de la legislación española en materia de oficinas de farmacia (julio 2006)
- Esteva de Sagrera, J. "La farmacia española durante la Guerra de Independencia (1808-1812)". Anales de la Real Academia Nacional de Farmacia 2009, 75
- Historia de la Farmacia-Los medicamentos, la riqueza y el bienestar, Masson, Barcelona, 2004
- Fernández, T. R. "La larga marcha por la libertad de empresa" Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón, Madrid 2009
- Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 22, 2007
 - Curso de derecho administrativo II
- Fernández González, Francisco. J. La Planificación farmacéutica Revista Derecho y Salud vol 6 nº2 ,1998
- Fernández Pastrana, J.M. "El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Civitas, 1984
- Fernández Torres, J.R., "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", Los retos de la Directiva de Servicios, Revista Catalana de Dret públic nº 42, 2011
- García de Enterría, E. "Curso de derecho administrativo II". Civitas Ediciones
- García-Pomareda Valcarcel, I. M. Aspectos jurídicos y deontológicos de la oficina de farmacia". Tesis doctoral. Dirigida por M^a Esther Alegre Pérez. Facultad de Farmacia Universidad Complutense de Madrid. 1994.
- Garrido Falla, F. "Tratado de Derecho Administrativo". Vol. II Parte General 2012.
- - El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público". Revista Española de derecho administrativo nº 29, 1981
 - - "Planificación y oficinas de farmacia" I Jornadas de ordenación farmacéutica y Ley del Medicamento, Murcia, 1991

- Comentario al art. 43 de la Constitución". Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, 1985

González Bueno, Antonio. Manual de legislación farmacéutica. Doce Calles. 1999

González Pérez, J. "Derecho farmacéutico y recopilación sistemática, actualizada y anotada de la legislación farmacéutica por J.A. Escalante". Editorial: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1972.

- El futuro de la oficina de farmacia. Revista Derecho y Salud 1997, vol. 5 nº2
- La medición de distancias entre farmacias a efectos de otorgar la licencia de apertura. Revista de administración pública nº 32, 1960.
- Nueva ordenación de las oficinas de farmacia, BOE 1978

Hauriou, M. "Précis de Droit Administratif", París, 1919

Hernández San Juan, I. "La autorización de apertura de oficinas de farmacia" Autorizaciones y licencias, hoy: un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios. 2012 Tirant lo Blanch.

Jiménez García, F. "Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios." Revista de Derecho Comunitario Europeo nº 28 , 2007

Laguna de Paz, J.C. "Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en Rivero Ortega R. "Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León

Lantarón Barquín, D. "Asistencia Sanitaria: Contenido, Claves y Principios". Tirant lo Blanch. 2007

Lasarte Carlos, Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho 13 edición. Ed. Tecnos 2007

Linde Paniagua E. Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios de mercado interior. La Directiva relativa a los servicios de mercado interior (Directiva Bolkenstein). Revista de derecho de la Unión Europea. Uned y Colex. Madrid. 2008.

Lopez Terrera, M.L. "El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)", Cuadernos valencianos de historia de la medicina y de la ciencia, nº 2, vol.2, 1999

Lozano Cutanda, B, "Ley Ómnibus: Silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa"; La Ley núm. 7339, 2010

Marín Álvarez, Rosa María. "La ejecución provisional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa". Estudios jurídicos 2004

Martín Mateo, R. "Manual de derecho administrativo".1999. Trivium.

- "Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios", Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social, Institut d'Estudis de la Salut Generalitat de Catalunya, 1984 y "Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana", IEAL, 1985

Martin-Retortillo Barquer, S. La acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias. Revista de administración pública nº24. 1957.

Martínez Mico "Constitucionalidad del sistema de limitación en el establecimiento de Farmacias" Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, nº 77, octubre, 1983.

Mestre Delgado, J. F. "La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica", Derecho y Salud, Vol. 5, 2. 1997

- "La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales" Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Coord. Por M. Carmen Chinchilla. 2004,
- "La extinción de la concesión de servicio público", La Ley 1992.

Miñarro Montoya, R. Dictamen emitido a petición del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, sobre diversas cuestiones que puede plantear la ley de Sociedades Profesionales en relación con las oficinas de farmacia 2007

Moreno Plantada "Incidencia de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, sobre la oficina de farmacia a la luz de los últimos pronunciamientos del TJCE, Revista para el Análisis del derecho, nº 4,2009

Música Herzog, E. El defensor del Pueblo y la atención farmacéutica. Jornada técnica organizada por el Centro Farmacéutico Nacional con motivo de la conmemoración de su Centenario.

Muñoz Machado, S. "Tratado de derecho administrativo y derecho público general". Tomo I. 2004. Civitas

- "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General". Iustel 2011 y Revista Española de la Función Consultiva nº 14, julio –diciembre 2010 págs. 85 y sg.
- "Servicio Público y Mercado". I Los Fundamentos. Civitas 1998.
- "Derecho público de las Comunidades Autónomas I" 1982
- "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios". Retos y oportunidades de la trasposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón Círculo de empresarios de Madrid. XXVII 2009

Nieto García, A. "La Ley Alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960". Revista de administración pública Nº 35, 1961, Crónica administrativa

- "La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo". Revista de Administración Pública nº 76. 1975.

Ordoñez Solís, David. "La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea". Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 10 , 2009

Parada Vázquez, J.R. "Derecho Administrativo." Parte general. Marcial Pons, 1989.

Parejo Alfonso, L. La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Junio 2009, pág. 35.

Pérez Cueto, M. "Ordenación Farmacéutica: Regulación estatal y Autonómica". Marcial Pons. 1998

Pérez Fontan, María José. "Historia de la farmacia". Capítulo 7. http://historiadelafarmacia.perez-fontan.com/cap_7.html.

Pérez Galvez, J. F. "Farmacia y Patrimonio". Ibarra de Arce. 1999.

- "Derecho y Patrimonio: un estudio de la relación jurídica de servicio farmacéutico". Ibarra de Arce. Almería. 1999.
- "La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: Transmisibilidad, caducidad y cotitularidad de las farmacias (comentario a la STC 109/2003, de 5 de junio)". Revista andaluza de administración pública. nº 69. Enero-febrero-marzo 2008
- Libertad de establecimiento de farmacias en la Unión Europea Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV , 2010.

Petitbó Juan, Amadeo. La planificación farmacéutica. Revista Derecho y Salud, volumen 5 nº2, 1997

- La defensa de la competencia en el sector servicios. Revista ICE 2000 nº 787

Rams Albesa J. "La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales", Revista General de legislación y jurisprudencia, 1987

Razquin Lizarraga, J.A "La competencia de las Comunidades autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica", Revista Jurídica de Navarra 1995, nº 20

Rivero Isem, E., «La actividad de intervención en la Directiva de Servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas», en Rivero Ortega, R. (dir.), Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2009

Rodríguez Font, M "Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local", Anuario del Gobierno Local, 2009,

Rodríguez-Zapata Pérez, J. ¿cómo, cuando y dónde se abre una farmacia?, Tecnos 1995

Romano, S. "Principii di Diritto amministrativo italiano" 3ª ed. 1912.

Salvador Armendáriz, M. A. La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra. Revista jurídica de Navarra 2007

Sánchez Morón, M. "Derecho Administrativo Parte General". Ed. Tecnos. Cuarta edición 2008. Pág. 760

Sendín García, M.A. El ámbito de aplicación de la Directiva: los servicios afectados en Impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León. Colección de Estudios (13) del Consejo Económico y Social de Castilla y León. 2010

Vasos Coma, M "Competencias transferidas a las Comunidades Autónomas en materia de derecho sanitario y farmacéutico", Derecho farmacéutico de las Comunidades Autónomas. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos , 1987.

Vedel G., Devolvé "P. Droit administratif 2". 1ª Edición 1958, 11 ed. 1990. Thémis Droit. Presses Universitaires de France.

Verda y Beamonte J.R. y Serra Rodríguez A."Derecho civil III" 2º edición, Coordinadores Tirant lo Blanch 2012

Vidal Casero, M. C. "Derecho Farmacéutico". Colección monografías Grandes tratados Aranzadi 2008.

Villalba Pérez, F, "La profesión farmacéutica", Marcial Pons, 1996 pág 42 y sg.

Villar Palasí, J.L. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública nº 3, 1950

- La intervención administrativa en la industria. LE.P. Madrid, 1964.

Villarejo Galende, Helena, La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra. Revista jurídica de Navarra 2007

Viñas, M. "La Competencia de la Generalitat de Catalunya en materia de ordenación farmacéutica". Primeras Jornadas de Ordenación Farmacéutica y Ley de Medicamentos, Murcia 1991