

PROPIEDAD Y TITULARIDAD UNIDAS: UNA GARANTINA SANITARIA

JUAN MANUEL REJOL TEJADA
Doctor en Farmacia

Agradezco a la Asociación Juristas de la Salud que, con ocasión de estas “Jornadas sobre Ordenación Farmacéutica: Presente y futuro de las Oficinas de Farmacia”, me hayan invitado a participar en ellas junto a tan distinguidos juristas y profesionales del Derecho.

Como el tema es en sí mismo difícil, voy a presentar los argumentos en transparencias que proyectaré a continuación. Creo las mismas son lo suficientemente expresivas como para no necesitar más textos de apoyo que los que ya se incluyen y que, además, tienen la ventaja de esquematizar los argumentos.

Las opiniones siguientes se hacen en el máximo respeto a los Parlamentos extremeño y castellano-manchego y, por supuesto, a la Sentencia que en su día dicte el Tribunal Constitucional.

EL ACTUAL MODELO DE OFICINA DE FARMACIA

1º) CONCORDANTE CON EL EUROPEO

-Excepción Gran Bretaña ---- No hay precedente de “concesión administrativa”.

2º) LA APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA

se hace según “autorización reglada” y basada en razones sanitarias para garantizar

- Accesibilidad (equidad)
- Calidad, seguridad y eficacia del medicamento
- La no desviación extraterapéutica.

3º) RESPALDADO POR LEGÍTIMAS RAZONES ECONÓMICAS

- No hay iniciativa de oferta (prescripción)
- La demanda es “inelástica” al estímulo precio (sin perjuicio de conciertos)

LA POLÉMICA

Por la presión capitalista

Por el “error” socialista.

Por la necesidad de reformas.

Por la falacia del “paro” (no hay falta de Oficinas de Farmacia, hay exceso de alumnos)

LOS MODELOS DE OFICINA DE FARMACIA

MODELOS

1º) Modelo capitalista

Disocia propiedad-titularidad
Desregula la apertura de Farmacias

9

Lleva a la Autorización Administrativa

Incompatible, en último extremo, con un sistema de Estado de Bienestar (EE.UU.)

2º) Modelo intervencionista

Disocia propiedad-titularidad
Regula la apertura de Farmacias
Regula el acceso de modo maximalista

9

Lleva a la Concesión Administrativa o al "Servicio Público" (stricto sensu)

3º) Modelo Liberal profesional

No disocia propiedad-titularidad
Regula la apertura de Farmacias
Regula el acceso (primus in tempus o circunstancias)

9

Lleva a la Autorización Administrativa

Compatible con el Estado de Bienestar

IDEOLOGÍA

Capitalista:

El principio de la rentabilidad económica por encima del carácter sanitario

Raíz Económica y perfil profesional asalariado

Presión: Grandes superficies (O.T.C....)

Socialista:

El Estado por encima de la Sociedad Civil
Raíz estatalizante y perfil funcional
Presión: Izquierda (¡Paradoja: camino al capitalismo!)

Parados: caso aparte

Liberal

El individuo, en el marco de la Ley, por delante del Estado y del capital y el estímulo económico.

Raíz sanitaria y perfil profesional.

A) EL MODELO CAPITALISTA: CONSECUENCIAS

Modelo capitalista

* Sólo Gran Bretaña en la U.E.

- 50% más habitantes
- 12.000 Farmacias

50% menos Oficinas de Farmacia que en España
10.000 Inglaterra; 2.000 Escocia y Gales
7.500 Farmacias privadas — 4.500 cadenas
Prácticamente nulas. Plan viabilidad

- Aperturas
- No descuentos

En resumen:

- Accesibilidad
- Ahorros consumidor
- Empleo
- Gasto Público

Inferior (Desertización)

Nulos

No

Ahorro

Se asigna una cantidad fija para el Servicio Farmacéutico, independientemente del número de Farmacias. ¡Por eso no se abren nuevas!

Gasto

Subvención: Rurales y Zonas deprimidas

B) EL MODELO SOCIALISTA

LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EXIGE PREVIAMENTE UN DEBATE SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

- El poder legislativo puede reservar una actividad al Servicio Público.
- Esta es una potestad que en el marco político y constitucional se utiliza con carácter restrictivo.
- Se admite, sin embargo, que los Poderes Públicos regulen ciertas actividades privadas por su “naturaleza de:
 - Actividad privada de interés público
 - Servicio público impropio o virtual
- En todo caso, la intervención no pasa de establecer determinados requisitos pero sin desvirtuar la íntima condición y derechos de actividad privada.
- Tal actitud, aún así, está llena de críticas y autocríticas al intervencionismo.

LAS LEYES Y LAS ACTIVIDADES PRIVADAS

El carácter restrictivo en la asignación de Servicios al Sector Público

Actividades Privadas

- Art. 35-36 de la CE - derecho al trabajo y a la libre elección profesional.
- Artículo 38 de la CE - Libertad de empresa
- (Art. 33 de la CE - Expropiación con indemnización por Ley motivada)

Servicio Público

- Art. 128-2 - Por Ley reserva al Servicio Público ciertos servicios

La actividad profesional en la Oficina de Farmacia

Ley 14/1986 de Sanidad

- Art. 88 y 89 - Reafirman la aplicación a la Sanidad de los Art. 35-36 de la CE
- Art. 103.2 - Establecimiento sanitario privado
- Art. 103.4 - Sólo los farmacéuticos propietario y titulares

Ley de Extremadura

- Art. 3 - La Oficina de Farmacia es un establecimiento sanitario de interés público.
- Art. 6 - La autorización administrativa caduca a los 70 años
- Art. 14 - Prohíbe venta, cesión, traspaso..... (Similar Ley Castilla-La Mancha)

Ley 16/1997 Servicio Farmacéutico

- Art. 1 - Establecimiento sanitario privado según Ley de Sanidad
- Art. 4 - Transmisión sólo entre farmacéuticos.

Vulnera Artículos Básicos de la Ley de Sanidad

LAS AUTORIZACIONES Y LAS CONCESIONES

Definiciones

Es fundamental precisar estos dos conceptos. La concesión administrativa supone previamente que la actividad esté reservada por Ley al Servicio Público

AUTORIZACIÓN

“Las autorizaciones son una declaración de voluntad con la cual un sujeto o un órgano de la Administración pública permita que otros ejerciten un derecho o poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación al interés específico que el sujeto autorizante debe tutelar “. (F. Garrido Falla)

“Acto ampliatorio en virtud del cual se constata que existen las circunstancias necesarias para el surgimiento y ejercicio de un derecho general”. (R. Martín Mateo)

CONCESIÓN

“Las concesiones traslativas implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que la Administración pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público (concesión de servicios públicos y concesiones sobre el dominio público)”.

“Sólo las concesiones traslativas responden con todo rigor a las exigencias del concepto”. (F. Garrido Falla)

Características

Derecho preexistente en el solicitante.

REMUEVE el obstáculo para el ejercicio de aquel derecho.

Valora la oportunidad y comprueba las circunstancias.

TRASLADA un derecho al particular del que antes carecía.

Otorga un privilegio.

LA AUTORIZACIÓN REGLADA DE ACTIVIDADES PRIVADAS

La autorización reglada de la actividad no altera la naturaleza y condición privada de la Oficina de Farmacia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

S. 03-05-83

S. 04-03-85

“Actividad privada intervenida en su ejercicio por la Administración”

S. 03-12-86

S. 21-02-86

S. 30-09-86

“Actividad privada de interés público”

S. 19-06-88

S. 04-04-87

Una Oficina de Farmacia “es algo más que un establecimiento sanitario donde 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.

S. 18-01-89

“La Farmacia se integra en la esfera jurídico-privada patrimonial del farmacéutico” (lo que condiciona su transmisibilidad “inter vivos” y “mortis causa”)

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA AUTORIZACIÓN REGLADA

En definitiva la LEY ha fijado ciertos requisitos, manteniendo el carácter de actividad privada, para autorizar la apertura de Oficina de Farmacia.

Tal regulación es constitucional: Sentencia tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio.

“Nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de Oficinas de Farmacia ..., pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria ... aquella regulación para servir otras finalidades que considere deseables”

EN DEFINITIVA:

- La actividad profesional privada en Oficina de Farmacia se basa en preceptos constitucionales. Art. 35, 36 y 38.
- El Estado no ha hecho reserva alguna para recabar que la titularidad de esa actividad pase al Servicio Público en aplicación del Art. 128-2 de la CE.
- Al contrario, las Cortes Españolas han legislado, con carácter básico, la naturaleza privada de esa actividad: Art. 103 de la Ley de Sanidad en conexión con los Art. 88 y 89 de la misma.
- No puede haber, pues, “concesión administrativa” alguna, es decir, TRASLADO de un derecho privativo de la Administración, inexistente.
- El Estado se limita a REMOVER determinados obstáculos –requisitos-, exigibles en virtud de la actividad sanitaria de la Oficina de Farmacia, que previamente ha señalado para la mejor garantía de ese servicio de interés general, efectuando una “autorización reglada”.
- La “autorización” deja intacta la condición privada y sus consecuencias jurídico-patrimoniales.

DEBATE SOBRE LOS MÉRITOS

Podría pensarse, por algunos, que las Leyes de Extremadura y Castilla-La Mancha pudieran haber formulado su modelo de Concesión Administrativa de un Servicio Público, en virtud de que la adjudicación de Oficina de Farmacia se hace según un baremo de méritos.

La crítica a tal postura es contundente:

1º) La Sentencia del tribunal Constitucional 83/1984 declara constitucional el R.D. 909/78 que incluía un baremo integrando ese factor entre los que pueden tenerse en cuenta en la autorización reglada sin que ello signifique pérdida de la condición de actividad privada.

2º) No se puede confundir

El todo	actividad privada	La cuestión objetiva	regular la actividad farmacéutica
con		con	
la parte	acceso a la misma	las condiciones subjetivas	inherentes al farmacéutico

3º) Si los méritos justificasen la C.A. llegaríamos al siguiente absurdo:

Acceso por mérito	Concesión Administrativa
Acceso por distancias	Autorización reglada

La Concesión Administrativa no está motivada por los MÉRITOS, sino por la expresa declaración de la naturaleza de SERVICIO PÚBLICO de la actividad.

LA COMPARACIÓN LEY 16/1997 Y LA LEY EXTREMEÑA

LA LEY 16/1997

Art. 3 – Autorizaciones Administrativas

Tramitación: Principios de publicidad y transparencia

(La retórica funcionarial: mérito, capacidad... ha desaparecido)

LA LEY DE EXTREMADURA

Art. 11 – Procedimiento de Autorización

La Exposición de Motivos dice que el baremo evita el cierre para los demás farmacéuticos de un núcleo de población.

Falso: subsisten habitantes y distancia en la L.E. En definitiva “núcleo” por pequeño que sea.

Valora, entre otros “méritos”, empadronamiento en Extremadura.

Vulnera el Art. 149.1.1. de la CE. Igualdad de derechos de todos los españoles.

LA COMPARACIÓN CON LAS NOTARÍAS

NOTARÍAS

Se accede a la condición de Notario con examen.

Se valoran conocimientos con un examen.

Si hay un solo opositor no se le adjudica automáticamente el título.

Se ejerce una Función Pública.

OFICINA DE FARMACIA

Se tiene –preexistente- la condición de farmacéutico

Se valoran circunstancias curriculares.

Si concurre un solo farmacéutico se le autoriza, obligadamente, el ejercicio profesional.

Es una actividad sanitaria privada empresarial y se accede al ejercicio de la misma.

LA FALACIA DE LA “AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA” DE LAS LEYES DE EXTREMADURA Y CASTILLA-LA MANCHA

La Ley de Extremadura (y similar la de Castilla-La Mancha) definen, “de facto”, una Concesión Administrativa.

- Evitan señalar el carácter privado de la Oficina de Farmacia Art. 3
- Disocian propiedad de titularidad Art. 6
- Prohíben en cualquier tipo de enajenación Art. 14

Rompen todas las condiciones de actividad privada y sus jurídico-patrimoniales que respetan las Autorizaciones regladas.

No es una Autorización Administrativa → Es una Concesión Administrativa ilegal e imposible

Declaración “clandestina” de Servicio Público → “traslado” del derecho público a los particulares → “Expropiación” sin indemnización –confiscación- del patrimonio jurídico-patrimonial.

LAS CONSECUENCIAS DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

1º) Sanitarias

2º) Políticas y económicas: El “error” socialista

Tentación de la “subasta”: Las Administraciones no entenderán que algo “suyo”, otorgado por Concesión Administrativa, se adjudique “gratis”.

Amenaza de “subvención”: Los farmacéuticos titulares –cuasi funcionarios- no tendrán estímulos para introducir mejoras no realizables en el traspaso y exigirán “subvenciones” y pago por servicios y ubicación: guardias y zonas deprimidas.

Camino al capitalismo: Al final la burocracia, los gastos públicos y la contradicción entre modos capitalistas y socialistas romperán el modelo:

Desregulación → Capitalismo

3º) Sociales

Una licencia bancaria

Una licencia Colegio Privado

Una licencia taxi

Son autorizaciones transmisibles

Una botica de pueblo

No es transmisible (luego es una C.A.)

¡Excelente ejemplo de política socialmente avanzada!

¡El dinero justifica el traspaso – la actividad farmacéutica lo impide!

RESUMEN

La crítica al modelo actual es inconsistente:

- El carácter económico de la Oficina de Farmacia es incompatible en un S.N.S.
- No es verdad:
 - Gran Bretaña mantiene una Farmacia ¡capitalista! Y fue pionera en el S.N.S.
 - El componente económico es inherente al ejercicio profesional farmacéutico, en su materialización establecimiento y venta, desde los más remotos tiempos.
 - Los precios de los traspasos son debidos al desequilibrio oferta-demanda. En Francia sólo 0,87 de la cifra de ventas, consecuencia de una demanda baja.
 - Los traspasos pueden ‘ordenarse’ (Ley País Vasco, aunque mejorable) sin desvirtuar la condición privada.
 - El S.N.S. es monopsonico, impone condiciones y conciertos.

EN DEFINITIVA:

- 1) Es aberrante –legal o “clandestinamente”- reservar la actividad de la Oficina de Farmacia al Servicio Público y adjudicar el ejercicio de aquella por la vía de la Concesión Administrativa.
- 2) El modelo corresponde a una ideología intervencionista obsoleta que antepone el estado a la Sociedad Civil y sus perfiles son estatalizantes y funcionariales.
- 3) No hay en la U.E., ni en las sociedades avanzadas, precedentes históricos, ni legales.
- 4) En este modelo no cambia la situación de “parados” porque:
 - no se adjudicarán nunca suficientes farmacias
 - el problema no es que falten Oficinas de Farmacia sino que sobran alumnos.

EL MODELO LIBERAL PROFESIONAL

LA REFORMA SIN DESTRUIR EL MODELO: LA LEY 16/1997

- Carácter privado de la O. de F.
 - Derechos jurídico-patrimoniales (Transmisión)
 - Autorización reglada
 - Acceso según principios
 - publicidad
 - transparencia
- ART. 1. Básico (Por remisión a la Ley de Sanidad)
 - ART. 4. Básico
 - ART. 3. Por referencia a los otros artículos y el contexto, la autorización reglada es el único modelo posible.

ANEXO

Los textos de los artículos anteriormente señalados de la Ley 16/97 son los que a continuación siguen:

Artículo 1. Definición y funciones de las oficinas de farmacia.

“En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 26/1990, 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:
-----“

Artículo 3. Autorizaciones Administrativas.

“2. La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas, en el que se podrá prever la exigencia de fianzas o garantías que –sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos- aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones”.

Artículo 4. Transmisión.

“1. La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de uno u otros farmacéuticos”.

La Ley fue publicada en el Boletín Oficial con posterioridad a la fecha de celebración de las Jornadas. Sin embargo, el texto definitivo había sido anteriormente aprobado en el Congreso de los Diputados y era conocido por el autor.