

# La ordenación de las oficinas de farmacia

*Ramón Martín Mateo*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Magistrado (excedente) del Tribunal Supremo

## 1. PANORÁMICA

### A) El arrastre histórico

Hasta la Revolución Industrial la regla general era, como es sabido, la del control de las profesiones y oficios por las corporaciones y gremios correspondientes, no sólo para garantizar la calidad de los productos y servicios, sino también para conseguir ingresos atractivos limitando la competencia.

Con la instauración del liberalismo en Europa, la situación va a cambiar progresiva pero substancialmente, en lo que respecta a la mediatización del ejercicio de la industria y del comercio que se liberalizan, salvo en lo que respecta a las intervenciones administrativas por razones de salubridad y seguridad.

Algunas actividades van a ser condicionadas en cuanto a la aptitud de los que las practican, lo que en España es objeto de medidas de policía sanitaria desde los Reyes Católicos<sup>1</sup>, mediante la exigencia de estudios específicos, manteniéndose, sobre todo, en el área anglosajona, adicionales cautelas a través de la supervisión corporativa de determinados profesionales universitarios, antes y después del inicio de sus tareas.

Pero lo que sólo excepcionalmente se mantiene, es la restricción de los ejercientes mediante la imposición de condiciones objetivas, lo que afecta sobre todo a Notarios<sup>2</sup>, Agentes de Bolsa, Corredores y Farmacéuticos,

consiguiendo éstos en algunos países mantener las ventajas previas al siglo XIX lo que para Alemania se justifica para A. NIETO por el peso de los intereses creados y por el respeto del legislador por este oficio<sup>3</sup>.

Aunque las corrientes liberales que circularon con intensidad a lo largo del siglo XIX determinaron que en España y otras naciones los titulares de las farmacias perdieran el apoyo público en lo relativo a la restricción de estos establecimientos, en la actual centuria la tónica predominante sigue siendo la de la limitación, de la mano de la planificación administrativa, teóricamente justificada desde la perspectiva de los intereses generales sanitarios y de la accesibilidad y expansión del servicio.

Un importante impulso en esta dirección provino más adelante de la difusión del modelo de asistencia sanitaria socializada, ubicada en el que hoy conocemos como Estado Providente, o Estado del Bienestar, reclamado con energía por los ciudadanos europeos.

La dispensación de medicamentos, uniforme, reglamentada y generalizada, bajo la égida de las instituciones de la Seguridad Social, constituía y constituye un elemento fundamental de este sistema, determinándose con ello sensibles elevaciones de costos, por lo que las autoridades responsables pretenden la contención de la factura mediante la implantación de un régimen de precios autorizados que conviven con el puramente privado de los fármacos no incluidos en los petitorios de la Seguridad Social que es por supuesto también el que afecta a los artículos para farmacéuticos expendidos en las farmacias en rigurosa competencia por lo general con otros agentes.

---

<sup>1</sup> Vid s. MARTÍN RETORTILLO, Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias, Revista de Administración Pública n° 24/1957, pág. 129 y sig.

<sup>2</sup> Sobre estos se pueden plantear también interrogantes, similares a los que gravitan sobre los farmacéuticos, en cuanto al componente profesional, siendo su régimen muy distinto a Europa. Vid al respecto F. ROORÍGUEZ ARTIGAS, *La fe pública y la Unión Europea*, en "La Ley", 31 de marzo de 1995, al que replica desde el notariado A. GÓMEZ-

---

MARTINHO, *La situación y la organización del notario en los países de la Unión Europea*, en la misma "Revista" n° 3775 de 9 de mayo de 1995, especialmente en lo que respecta a la equiparación proyectada con los Corredores, que el Consejo de Estado recientemente no ha considerado admisible, extremo éste en el que aquí por supuesto no entramos.

<sup>3</sup> De este autor *La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960* en "Revista de Administración Pública" n° 35/1961. pág. 375.

## B) Regímenes contemporáneos

A continuación sintetizamos los principales modelos adoptados en el seno de la Unión Europea para la dispensa de medicamentos utilizando para ello un excelente trabajo de P. MASSANA<sup>4</sup>.

### a) Libertad de establecimiento.

Esta es la solución tradicionalmente adoptada por los países anglosajones donde además ciertos medicamentos se expenden fuera de los establecimientos farmacéuticos. No obstante la facilitación de los que precisan de receta está monopolizada por los licenciados universitarios en farmacia.

En la U. E. Inglaterra e Irlanda representan este sistema al que se sumó Alemania desde la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe de 11 de junio de 1958, que desmontó la resistencia de los Uinder, frente a los criterios aperturistas que habían traído los tanques americanos. El Tribunal, se ha dicho, "se mantuvo inflexible frente a los poderosos grupos de presión, dando un ejemplo de integridad política y competencia técnica difícilmente superable"<sup>5</sup>. El modelo alemán, que asume la libertad de instalación de farmacias, mantiene sin embargo, lo que parece razonable, a diferencia de la solución anglofona, el monopolio de los farmacéuticos en la dispensación de todos los medicamentos, lo que en la práctica parece no funciona del todo calculándose que un 5% de los medicamentos se venden fuera de estos canales<sup>6</sup> y se reserva a estos profesionales la titularidad de los establecimientos, lo que parece razonable y conveniente, ya que el componente del mercado no puede anular aquí la dimensión de servicio público e interés general también presente, sobre todo en los medios europeos, donde el derecho a la salud tiene protección constitucional y es independiente de la capacidad económica.

### b) Limitación

Este es, como anticipábamos, el sistema más común en Europa, tendente a restringir el número de farmacias existentes en un país controlándose para ello la apertura

de nuevas oficinas mediante la aplicación de criterios numéricos: cifra de habitantes por farmacia y distancias entre éstas, lo que se modula en función de la geografía humana correspondiente al entorno del establecimiento: grandes y medianas ciudades, municipios rurales, de montaña, núcleos dispersos, etc.

En algún caso las limitaciones son tan poco rigurosas que equiparan prácticamente el modelo al de la libertad de establecimiento, lo que sucede en Grecia donde a partir de la legislación de 1968 se permite establecer una farmacia a 50 mts. de otra<sup>7</sup> lo que ha influido en que sea este país el que tenga más oficinas de farmacia de ésta índole por habitante.

Esta alternativa suele legitimarse mediante la invocación de la potestad ordenadora o planificadora del Estado en materia sanitaria, lo que sólo parcialmente funciona, predominando de hecho criterios de protección del "statu quo", como demuestra la influencia que tienen en los trámites de control los colegios profesionales, que son los que manejan el dispositivo en España y quienes en Holanda autorizan la instalación de nuevas oficinas de farmacia y su traspaso<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva de la patrimonialización de las instalaciones y equipamientos, pueden a su vez distinguirse dos grupos en función de las consecuencias reales:

### *Efectos personales*

Esta es una alternativa minoritaria, pero sugerente para una posible transición a otras más compatibles con las actuales corrientes liberalizadoras. Su ejemplo más significativo es el de Dinamarca, donde la profesión se ejerce por concesión real, las vacantes se cubren mediante concurso que se resuelve por el Gobierno previa propuesta en terna de los representantes de la profesión. El nombrado finalmente por la Reina paga sólo el importe de las instalaciones y existencias pero no el fondo de comercio y el valor de posición<sup>9</sup>.

### *Efectos reales*

Es la solución más corriente, permite al titular de la farmacia patrimonializar todos los componentes materia-

<sup>4</sup> Me refiero a su estudio *La farmacia en la CEE*, Ediciones Mayo SA, sin fecha pero que creemos referido a 1986. No se incluyen por tanto los ordenamientos correspondientes a los tres nuevos miembros de la Comunidad, pero creemos que la muestra es suficientemente representativa.

<sup>5</sup> A. NIETO, *La ley alemana de Farmacias*, loc. cit. pág.379.

<sup>6</sup> P. MASSANA, *La farmacia en la República Federal Alemana*, loc. cit.

<sup>7</sup> P. MASSANA, *La farmacia griega*, op.cit.

<sup>8</sup> P. MASSANA, *La farmacia holandesa*,

<sup>9</sup> P. MASSANA, *La farmacia danesa*, loc. cit. Previamente de este autor sobre la *Farmacia Danesa*, en "Acofar", nº 134/1977.

les e inmateriales de su actividad, incluyendo las revalorizaciones o en su caso minoraciones, producidas por cambios de población en el área de influencia, nuevas instalaciones sanitarias cercanas, renovación o decaimiento urbano o rural, etc.

La transmisión voluntaria o por fallecimiento o jubilación, se realiza a precio de mercado, bien que a éste sólo concurren los habilitados profesionalmente para ejercer la actividad, aunque puede suceder que las plusvalías o minusvalías no afloren, si se produce una transmisión hereditaria de estos activos, lo que suele ser bastante frecuente; por ejemplo, en Italia, cuatro de cada cinco farmacias son heredadas<sup>10</sup>.

### C) La posición de la unión europea

Parecería que el panorama de ordenación farmacéutica que hemos descrito encajaría mal, salvo el de los países con régimen liberal, con los dictados de la Unión Europea. Recordemos que el Tratado de Roma fue sancionado para fomentar la liberalización de la economía inter e intraestatal, por lo que "los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia favoreciéndose una eficiente asignación de recursos de conformidad con los principios enunciados en el artículo 3.A"<sup>11</sup>.

Se prevee por ello la progresiva supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad<sup>12</sup> lo que afecta también a las profesiones liberales<sup>13</sup> trasciende a la eliminación de "las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro a otro, libertad que comprende el acceso a las actividades no asalariadas"<sup>14</sup>.

Pero la inercia tradicional y la contundente influencia de los grupos de interés, ha impedido hasta la fecha la operatividad de los mandatos que rigen para la Unión Europea, lo que ya anticipaba el Tratado, al preveer que: "en cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones

quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros"<sup>15</sup> coordinación para la que no hay los menores indicios de efectividad especialmente en lo que respecta a la obligatoria y previa colegiación<sup>16</sup>.

La Comunidad ha actuado en este campo con un respeto a la situación precedente, sólo comparable al que A. NIETO atribuía al legislador prusiano, que por otra parte es comprensible, dado que la gran mayoría de los Estados miembros optan por una línea discrepante de la que transita por el Tratado. Es imposible que las autoridades comunitarias quieran o puedan cambiar esta situación, lo que explícitamente reconocía la Directiva del Consejo 84/432/CEE de 16 de septiembre relativa a la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas<sup>17</sup> en cuya Exposición de Motivos se dice:

"Considerando que por otra parte la presente Directiva no garantiza la coordinación de todas las condiciones de acceso a las actividades farmacéuticas y su ejercicio: que en particular, la distribución geográfica de los fármacos y el monopolio de dispensación de medicamentos continúan siendo competencias de los Estados miembros".

La Comunidad, para justificar su impotencia entra al trapo de la pretendida justificación de la intervención limitativa de las farmacias, argumentando las ventajas sanitarias que ello depara y así en, la Exposición de Motivos de la Directiva del Consejo 85/433/CEE<sup>18</sup>, se constata que "Dentro de su política nacional de salud pública que pretende, en particular, asegurar la distribución satisfactoria de medicamentos en todo el territorio nacional, algunos Estados miembros limitan el número de nuevas farmacias...", concluyéndose con evidente fatalismo que "No obstante, los Estados miembros no estarán obligados a reconocer valor a los diplomas y otros títulos a que se

<sup>10</sup> P. MASSANA, *La farmacia italiana, loc. cit.*

<sup>11</sup> Artículo 102 A del Tratado.

<sup>12</sup> Art.59.

<sup>13</sup> Art. 60.

<sup>14</sup> Art.52.

<sup>15</sup> Art. 57.3.

<sup>16</sup> Vid. I. GARCÍA VELASCO, *Régimen general de las actividades farmacéuticas en la CEE*, en *Régimen General de las actividades farmacéuticas*, Salamanca 1991.

<sup>17</sup> Reproducida en el libro de S. ALBA *Farmacia y Unión Europea*, Ediciones Madrid 1995, pág. 61 y ss.

<sup>18</sup> Relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de farmacia, que incluye medidas tendentes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas.

refiere el apartado 1 para el establecimiento de nuevas farmacias abiertas al público"<sup>19</sup>.

## D) Valoración

La panorámica antes expuesta puede sugerir ciertas consideraciones jurídicas y económicas con vistas a un hipotético cambio del sistema hoy mayoritario, ciertamente poco probable. Manejaremos para ello una síntesis del cuadro resumen elaborado por P. MASSANA.

### a) Consecuencias de la elección en régimen de libertad versus restricciones

Como reconoce incluso J. GONZÁLEZ PÉREZ, uno de los más enérgicos valedores del sistema limitativo español, si no existiera límite de distancia entre farmacias se hubieran abierto más, aunque no muchas más, si bien a su juicio la ampliación se hubiera efectuado en áreas atractivas económicamente pero no rentables socialmente<sup>20</sup>.

Merece la pena reflexionar sobre la trascendencia en términos de rentabilidad económica teórica, para los profesionales interesados, de la explotación de las farmacias en función del régimen y del número de habitantes por oficina.

A pesar de la libertad de establecimientos, Alemania con 4.000 y Gran Bretaña con 4.821 tienen una tasa de clientela muy superior a la de naciones europeas con gran tradición limitadora como Francia, 2.537, Italia, 3.581 y España, 2.157. Sólo países pequeños, Dinamarca, Holanda y Luxemburgo, parecen favorecidos.

Parecidas consecuencias se deducen de la comparación de las cifras de ventas medias anuales. Las farmacias de España, en 1986 al menos, facturaban menos de la mitad que las de Alemania o Gran Bretaña; sólo un país pequeño del área de libertad de establecimiento, Irlanda, tenía ventas parangonables a las españolas.

Quizás pueda concluirse que el dato más significativo en cuanto a los ingresos por farmacia sea no su régimen, ni en el número de establecimientos, sino el precio de los

medicamentos, en el que no parecen influir tampoco aquellos indicadores ni exclusivamente las facultades teóricas del control que ejerce la Seguridad Social en sistemas de potencialmente intensa administración, Dinamarca y Holanda, que están en cabeza de la rentabilidad, invalidan el argumento de que la limitación favorece la intervención económica pública, dirigida a abaratar el precio de los medicamentos al contarse con mayor clientela.

Quizás tenga que valorarse en definitiva el nivel de vida y el PIB de cada país, ya que el farolillo rojo lo portan Grecia y España, si bien seguidos de cerca por Francia cuyos precios medios son inferiores a los de Portugal.

### b) El libre ejercicio profesional

Otro enfoque interesante es el que, en un plano más jurídico, valora las consecuencias de la política restrictiva para el disfrute de los derechos que las constituciones europeas confieren, en cuanto a la elección de una profesión, en nuestro caso la de farmacéutico, en uno de sus aspectos más significativos, a saber, la posibilidad real de su desempeño.

El Tribunal Constitucional Alemán, en su famosa sentencia de 1958, distinguió con precisión entre la exigencia de requisitos que hacen referencia a la capacitación de un individuo para ejercer una determinada profesión y que son perfectamente legítimos y los presupuestos objetivos que no dependen del sujeto y que remiten a circunstancias elegidas por el legislador, lo que sería anticonstitucional<sup>21</sup>. Pensamos que este sería el caso de la referencia al número de habitantes atendibles, carácter rural o urbano del ámbito de ejercicio, supuesto agotamiento de la clientela, derechos adquiridos por otros profesionales. La doctrina ha coincidido en estos planteamientos negándose a admitir como legítima la protección de una actividad a costa de los aspirantes a ejercerla<sup>22</sup>.

Las limitaciones objetivas se enmascaran a veces en la defensa de intereses que justifican las restricciones subjetivas, como la mejor asistencia sanitaria a los ciudadanos, lo que obviamente tampoco es sin más de recibo,

<sup>19</sup> Art. 2.2.

<sup>20</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ. *La constitucionalidad de la legislación sobre establecimiento de farmacias*, en Revista Española de Derecho Administrativo, n° 39/1983, pág. 596. En general de este autor *La apertura y traslado de farmacias*, Madrid 1966 y *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, BOE Madrid 1978.

<sup>21</sup> Vid. A. NIETO, OP.CIT. PÁG. 380.

<sup>22</sup> R. SAVATIER, *Les metamorphosis économiques et social du Droit civil d'aujourd'hui*, Paris 1952 cit. R. ENTRENA, *El principio de igualdad ante la ley y su aplicación al Derecho administrativo*, Revista de Administración Pública n° 37/1962, pág. 74.

necesitándose para ello acreditar la presencia de amenazas graves suficientemente comprobadas<sup>23</sup>.

Como vemos, ni económicamente ni jurídicamente se justifica la limitación de las farmacias. Otra cosa es que existan argumentos, como veremos, que justifican una transición pausada.

## 2.- LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

La normativa actual sobre farmacias en España<sup>24</sup>, responde prototípicamente al modelo intervencionista, restrictivo y patrimonializado, sin que existan perspectivas de cambio.

### A) Precedente

La solidez del sistema español actual no hace sospechar que tenga, en cuanto a la instalación de oficinas de farmacia se refiere, sólo poco más de media centuria, viniendo presidido a lo largo del siglo XIX por el principio de libre concurrencia<sup>25</sup>, situación que fue liquidada por el Decreto de 24 de Enero de 1941, que implantó el modelo limitativo regulando el establecimiento de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia entre oficinas.

La justificación de esta medida, adoptada en pleno auge de la dictadura precedente, que se realiza en el preámbulo de este Decreto no tiene desperdicio. Considerándose al liberalismo periclitado, se afirma 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".

Claramente se contraponen el sistema autoritario corporativo vigente en los países con los que a la sazón se homologa políticamente el nuestro, con las democracias liberales, asignándose a la economía de mercado, peregrinamente funestas connotaciones. Por el contrario la supresión de la libre concurrencia depararía: "Una mayor elevación en ese sentido moral de los profesionales farmacéuticos de lo que se deducirá un gran beneficio para la salud pública".

Aparece por primera vez la remisión al interés general, como justificación de la restricción de los establecimientos sanitarios, lo que ahora se conecta además, parece, con la elevación de la moral de un farmacéutico adecuadamente retribuido<sup>26</sup>.

La Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de Noviembre de 1944 consolidó esta situación al establecer<sup>27</sup> que quedaba regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacias, admitiéndose su traspaso y venta en las condiciones que reglamentariamente se estableciesen.

El Real Decreto 909/1978, de 14 de Abril, aprobado por tanto en plena transición política, parece precaverse del régimen postconstitucional en curso, desarrollando la periclitada Legislación de 1941 para reconfigurar el régimen de establecimiento, transición y traspaso de oficinas de farmacia, adoptándose como regla general la de una farmacia por cada cuatro mil habitantes y una distancia mínima entre farmacias de 250 metros.

Como justificación se invocan criterios económicos, profesionales y de interés público que respaldan "medidas tendentes a promocionar y prestigiar las funciones sanitarias y profesionales del farmacéutico con oficina de farmacia abierta al público y conseguir que el coste económico de la dispensación farmacéutica sea el mínimo y suficiente para su correcto servicio público".

El Real Decreto citado refuerza además el protagonismo de los Colegios profesionales en los procedimientos administrativos relacionados con las farmacias, por delegación de la D.G. de Ordenación Farmacéutica.

<sup>23</sup> Como indica STEIN, *Derecho político*, trad. esp. Aguilas Madrid 1973, pág. 176, cit. J.L. RIVERO, ISERN, *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*, Trivium, Madrid 1992.

<sup>24</sup> El mejor trabajo realizado recientemente sobre este tema es a mi juicio el todavía inédito de F.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El régimen jurídico del establecimiento de oficinas de farmacia*, Oviedo 1994, investigación aportada al Concurso para la plaza de Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

<sup>25</sup> Como recuerda J.L. RIVERO ISERN, *Libertad de establecimiento de oficinas farmacéuticas*, cit. pág. 9, Vid. en general G. FOLCM y otros *Historia General de la Farmacia*, Sol, Madrid 1986 y I. GUTIÉRREZ COLOMER, *Breve historia de las Corporaciones Farmacéuticas de Madrid*, COEM, Madrid 1980.

<sup>26</sup> En parecido sentido los comentarios de J.L. RIVERO ISERN op. cit. pág. 10.

<sup>27</sup> Base XVI.

## B) Regulación postconstitucional

La Constitución de 1978 no contempla expresamente la regulación de las farmacias, reservando sólo al Estado la legislación sobre productos farmacéuticos<sup>28</sup>. Por ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.3, la mayoría de las Comunidades de Autonomía plena incluyeron en sus Estatutos como materia de su competencia exclusiva, la ordenación farmacéutica.

Pero sobre todo la Constitución reconoce una serie de derechos fundamentales, y asume principios rectores de la política social y económica cuya compatibilidad con el régimen de las farmacias habrá que contrarrestar.

### A) Legislación estatal

Con posterioridad a la promulgación de la Constitución, se aprobó la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de Abril, que aunque no aborda directamente la problemática aquí tratada, sí contiene algunas determinaciones que trascienden a ésta, como son:

- Reconocimiento de la libertad de empresa sanitaria<sup>29</sup> y de libre ejercicio profesional<sup>30</sup>.

- Reserva de la custodia, dispensación y conservación de medicamentos a oficinas de farmacia autorizada y servicios hospitalarios<sup>31</sup>.

- Monopolio por la profesión farmacéutica de las oficinas de farmacia abiertas al público<sup>32</sup>.

- Consideración de las farmacias como establecimientos sanitarios del sistema nacional de salud con sujeción a los dictados de lo planificado de este ámbito<sup>33</sup>.

Por lo demás el régimen concreto de aperturas y trasposos seguirá siendo el establecido en el Real Decreto 909/1978.

La Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990, de larga gestación, no aporta nada nuevo, pese a que inicialmente se planteara la revisión, parcial, del sistema de ordenación de las farmacias de acuerdo con los impe-

rativos constitucionales, pero la enérgica oposición de los Colegios Profesionales, con los que el Gobierno no quiso enfrentarse, frustró estos propósitos<sup>34</sup>.

La ley del Medicamento suprimió expresamente la Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944, que ya había sido declarada derogada por la Constitución por la STC nº 83/1984 de 24 de Julio por infringir el principio de reserva de Ley al habilitar al Gobierno para establecer limitaciones por vía reglamentaria, por lo que la versión derogada de la Ley de Medicamentos ha sido entendida en el sentido de que inhabilita "la posibilidad de una regulación limitadora del procedimiento de instalación, apertura y traslado de oficinas de farmacia"<sup>35</sup>.

No sigo esta interpretación, ya que la Sentencia del Tribunal Constitucional citada ya habría privado de esta facultad al Gobierno, lo que la Ley del Medicamento vino simplemente a reiterar.

### b) Legislación autonómica

Reitero mis convicciones sobre la substantividad de las competencias de ordenación farmacéutica relacionadas específicamente a mi juicio con la regulación, incluyendo la limitación, de las oficinas de farmacia<sup>36</sup>, lo que como señala con acierto M. VIÑAS, comprende planificación, autorización, condiciones de acceso a la titularidad, transmisión y la actuación profesional que en los mismos locales se efectúa<sup>37</sup>.

Descarto por tanto que la rúbrica general de la Sanidad interior que figura en algunos Estatutos de pie, vía planificación sanitaria, para legitimar análogas competen-

<sup>34</sup> De lo que personalmente doy fe en mi condición de componente de la Comisión redactora del Anteproyecto.

<sup>35</sup> J.L. RIVERO ISERN, Libertad, cit. 957.

<sup>36</sup> Ordenación farmacéutica, medicamentos y productos sanitarios, en *Jornadas Técnicas sobre Sanidad y Seguridad Social en el Estado de las Autonomías*, Generalitat de Catalunya, Barcelona] 985, pp.131 y ss. y *Comentarios al artículo 31.19 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Valencia*, en *Comentarios al Estatuto de la CA V*, IEAL, Madrid 1985, pág. 127 Y sig., y J. ROORÍGUEZ ARANA, *Principio de igualdad y sistema de apertura de establecimientos farmacéuticos*. "La Ley" nº 244011990. Con anterioridad un sector significativo de la doctrina entendía también que no existían a este respecto objeciones significativas de anticonstitucionalidad, así J.L. V ALVEROE-MERTIN CASTILLA, *Legitimidad de la actuación de la Administración en la distribución geográfica de las oficinas de farmacia*, OFARRM vol.3 (5) 1984, pág. 253 y sig.

<sup>37</sup> Vid M. VIÑAS, *La Competencia de la Generalitat de Catalunya en materia de ordenación farmacéutica*, en *1 Jornadas de Ordenación Farmacéutica y Ley de Medicamentos*, Murcia 1991, pág. 232 y sig.

<sup>28</sup> Art.199.116.

<sup>29</sup> Art. 89.

<sup>30</sup> Art.88.

<sup>31</sup> Art.103.1.

<sup>32</sup> Art. 103.4.

<sup>33</sup> Art. 103.3.

cias de otras Comunidades Autónomas que no incluyen expresamente la ordenación farmacéutica y ello así porque si esto fuera posible las que la han incluido en sus Estatutos, no hubieran tenido que hacerla. El tema además excede de los puros términos sanitarios como veremos al analizar la problemática constitucional.

No puedo seguir por ello a F.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, en su por lo demás excelente trabajo ya citado<sup>38</sup>, en el sentido de que la disyuntiva que justamente plantea J.L. BELTRAN<sup>39</sup>, entre subsumir estas competencias en el sistema sanitario, o dar entrada de la cláusula residual del art. 149.3<sup>40</sup>, aboca a conectar las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica en las competencias sobre sanidad interior<sup>41</sup>.

El desarrollo normativo ha ido por los cauces expuestos. Hasta la fecha cuatro comunidades Autónomas de autonomía plena, País Vasco, Cataluña, Valencia y Galicia, incluyen estas competencias con carácter exclusivo en sus Estatutos y sólo las dos primeras han promulgado las Leyes oportunas.

La Comunidad Foral de Navarra<sup>42</sup> sólo se refiere a la ejecución de la legislación del Estado en materia de "establecimientos y productos farmacéuticos". Entre las Comunidades de autonomía gradual, las de Castilla-La Mancha, Baleares y Castilla-León aludían a estas atribuciones supeditando su materialización o la reforma de sus Estatutos transcurridos 5 años, ocasión que no se ha aprovechado. Significativamente estas potestades se omiten en la

Ley Orgánica 9/1992<sup>43</sup> de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del Art. 143 de la Constitución.

El Estado tiene pues vía libre para regular esta materia en relación con estas Comunidades, pero si quiere imponer criterios comunes en todo el territorio, lo que parece razonable, habría de invocar las facultades de armonización que le reserva al artículo 150.3, si bien lo aconsejable sería llegar a los mismos resultados, vía concentración y convenio.

La Ley 31/1991 de Ordenación farmacéutica de Cataluña de 13 de Diciembre<sup>44</sup>, no aporta grandes novedades en lo que concierne al tema aquí abordado, se mantiene el criterio de los 250 metros de distancia y la cifra de 4.000 habitantes por farmacia en las áreas básicas urbanas, reduciéndose a 3.000 en las áreas básicas rurales y semiurbanas, y a 2.000 en las áreas básicas de montaña, lo que en conjunto supone una modesta ampliación del número de farmacias.

Más innovadora, aunque moderadamente, es la Ley 11/1994 de 17 de junio de Ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que maneja las figuras, conocidas en el derecho comparado y en el propio, del farmacéutico sustituto y adjunto, además de los cotitulares y concibe la atención farmacéutica como servicio de interés público<sup>45</sup>. Rebaja levemente el número de habitantes por farmacia en grandes municipios, 3.200, cifra que se reduce a 2.800 en los medianos y a 2.500 en las zonas de salud que comprenda varios municipios<sup>46</sup>. La distancia de 250 mts. se mantiene como regla general<sup>47</sup>.

Pero la principal reforma que introduce esta leyes el sometimiento a concurso de méritos de la transmisión de una farmacia a título oneroso, en el que participarán todos los que hayan aceptado las condiciones económicas de la oferta, si bien obviamente la transcendencia es pequeña en términos crematísticos ya que sólo los que tengan suficientes recursos podrán participar en él.

---

<sup>38</sup> Régimen jurídico del establecimiento de oficinas de farmacia, inédito, Oviedo 1994, pág.63.

<sup>39</sup> J.L. BELTRAN, *Competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de ordenación farmacéutica*, cit en 1 Jornadas de Murcia, cit pág. 221 y sig.

<sup>40</sup> Según el cual las competencias que no hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos corresponderán al Estado.

<sup>41</sup> Desde luego que la competencia de ordenación farmacéutica implica la emisión de normas fijando requisitos y condiciones, pero ello no supone que tales atribuciones preexistan aún en ausencia de pronunciamientos estatutarios expresos. En otro sentido me parece E. PENACHO, *Delimitación de competencias en materia de ordenación farmacéutica*, en 1 Jornadas cit pág. 207 Y ss. A parecidas conclusiones se podría llegar con el apoyo, a mi juicio insuficiente, de leyes ordinarias como las de sanidad y del Medicamento, por E. BEL Y J.M. SUÑE, *La Ley del Medicamento y las competencias autonómicas*, OFFARM Vol. 10 nº II/1991, pág. 73 y ss.

<sup>42</sup> Vid J.L. BELTRAN, *La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de ordenación farmacéutica*, en 1 Jornadas cit pág. 221 y ss

---

<sup>43</sup> De 23 de Diciembre de 1992.

<sup>44</sup> Desarrollada por el Decreto 40/1992 de 17 de febrero.

<sup>45</sup> Art. 2.

<sup>46</sup> Art. 11.

<sup>47</sup> Art. 15.

La Comunidad Autónoma vasca ha delegado también en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos el ejercicio de las competencias de autorización de apertura de oficinas de farmacia<sup>48</sup>.

*c) El Contraste con los parámetros constitucionales afectados*

Antes de entrar en el análisis de la compatibilidad de los dictados de la Constitución con los términos de la normativa ordenadora de las oficinas de farmacia, conviene tener en cuenta que aquí efectivamente confluyen intereses públicos y privados, o si se quiere, como he opinado anteriormente, hay componentes de profesión liberal y de servicio público ambos reconducibles a una fórmula idónea de gestión empresarial.

Contemplaremos en primer lugar hasta qué punto se respeta el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984<sup>49</sup> estima que la respuesta a este interrogante "no ofrece ciertamente dificultad alguna". No compartimos por supuesto tan optimista punto de vista.

Cierto que es evidente que el precepto Constitucional invocado no supone, como innecesariamente recuerda el TCE, el que "todos los españoles se encuentren en todo momento y ante cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad".

Pero aquí no se trata de una nivelación abstracta, sino de supuestos concretos: dos personas terminan la misma carrera pero una dispone de recursos económicos suficiente y otra no, ésta última queda por ello desplazada de lo que es el caso prototípico del ejercicio de su profesión. Parece evidente, en contra de los discutibles y crudos criterios del TC, que si afecta a este 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".

Es explicable que la mayoría de la doctrina detecte en esta normativa una palpable violación del principio de igualdad<sup>50</sup>. En contra J. GONZÁLEZ PÉREZ, para quien

la crítica a la reglamentación vigente no es fundada en cuanto que las limitaciones establecidas lo han sido por razones de interés público, aunque se hayan tenido en cuenta los intereses profesionales citando al respecto la Sentencia de 4 de noviembre de 1959, que alude a la garantía de los derechos de los profesionales ya establecidos<sup>51</sup>, con lo que parece que desvela la auténtica ratio legislativa.

El legislador podría perfectamente discriminar a los farmacéuticos ejercientes si se ampliases y profundizases los aspectos de servicio público, lo que va en contra de los criterios hoy dominantes por cierto, pero entonces se habrían de respetar los criterios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución, en relación con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas que el artículo 23.1 sanciona como derecho fundamental.

También el derecho a la libre elección de profesión que el artículo 35.1 reconoce parece difícilmente compatible con el actual sistema restrictivo, lo que ha sido estimado también así, indirectamente, por el Tribunal Supremo que ha señalado que "el sistema de limitación de farmacias representa una excepción al principio general de libre ejercicio de las profesiones liberales", limitaciones que considera con razón "un tanto discutibles"<sup>52</sup>, si bien otra Sentencia del T.S., la de 10 de Mayo de 1982, anticipa expresamente parecidos criterios a los que posteriormente asumiría el TC. como veremos, llegando incluso a afirmar que la Ley de Bases de 1944 encuentra respaldo jurídico en el artículo 36 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, cuyos pronunciamientos respetamos, por supuesto, sienta, lo que no es discutible, que puede exigirse un título académico y que cabe prohibir que la dispensación de los medicamentos se realice fuera de las oficinas de farmacia, pero recordemos con el respaldo de la más autorizada doctrina en materia, que una cosa son los requisitos personales y otra los objetivos. No cabe hablar de modulación del ejercicio profesional en aras del interés sanitario, cuando lo que se excluye es la práctica realización de las actividades a que da derecho el

<sup>48</sup> Orden de 28 de noviembre de 1986.

<sup>49</sup> De 24 de julio, de la que fue ponente el Magistrado Francisco Rubio Llorente.

<sup>50</sup> Vid M. BEATO, *El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación*, en *Derecho y Salud* n°2/1994, pp. 78 Y ss. y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El principio de igualdad y sistemas de apertura de establecimiento*, en *XI Jornadas de Estudio de la Dirección*

*General de Servicios Jurídicos del Estado*, 1991, pp. 1508 Y ss. y J.L. RIVERO ISERN, *Libertad de establecimiento de oficinas de Farmacia*, cito p.47.

<sup>51</sup> La Constitucionalidad cit. Pag. 546.

<sup>52</sup> Sentencia de 28 de Septiembre de 1993 y 23 de Abril de 1986 citadas por J.L.RIVERO, *Libertad de establecimiento*, p.24.

título si se carece de los recursos económicos necesarios. Las restricciones deben estar justificadas y no basta con imprecisas remisiones al interés general o con vagas alusiones a las numerosísimas normas "de nuestro Derecho que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones y oficios" por lo que no podemos compartir con este alto Tribunal el que la respuesta afirmativa se "impone como evidente".

La argumentación que hemos aportado vale también para valorar el supuesto conexo de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que el artículo 38 de la Constitución reconoce y al que la STC parece dar escasa importancia, en cuanto a su aplicación a casos concretos, por tener el carácter de garantía institucional.

Pero no olvidemos que el ejercicio profesional puede realizarse en el contexto de una empresa, lo que explica el que se reclame con energía por un sector moderno de la doctrina, la implantación en este ámbito de las reglas de la libre concurrencia, con algunos temperamentos, vía convenio o concierto,<sup>53</sup> en relación con los componentes de interés general.

Si no se quieren agotar las posibilidades que suministra la técnica del servicio público para adjudicar las vacantes con arreglo a principios de igualdad de oportunidades, parece que debería resurgir la libertad de ejercicio. No se pueden arbitrar soluciones mixtas en base a criterios antagónicos.

### E) *El núcleo del problema, la seguridad jurídica*

La Sentencia comentada del Tribunal Constitucional<sup>54</sup> no recibirá los cálidos elogios que los juristas tributaron a los 97 impecables folios de la Sentencia histórica del Tribunal de Karlsruhe. En esta ocasión el Tribunal español no ha dado muestras de arrojo social ni de brillantez jurídica. El único aspecto positivo es la declaración de inconstitucionalidad de la Base XVI de la Ley de 1944, lo que carecía de consecuencias prácticas al no corresponder según se afirmaba al Tribunal pronunciarse sobre la validez de las disposiciones de rango infralegal promulga-

<sup>53</sup> Vid en este sentido M. BEATO, *El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación* y J.L. RIVERO ISERN, *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*.

<sup>54</sup> Cuestión de inconstitucionalidad nº 80/1983 planteado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, Sentencia nº 83/1984 de 24 de Julio, Ponente D. Francisco Rubio Llorente.

das con anterioridad a la Constitución, lo que indirectamente suponía validarlas en cuanto al fondo ya que el TC, como vimos, consideró legítimas las limitaciones establecidas. Por cierto que, al menos en una sentencia, el TC ha estimado por vía de amparo declarar la nulidad de un Decreto por resolución de derechos fundamentales, STC 78/1990, de 26 de abril.

El Tribunal no entró, porque no era materia de su incumbencia, ya que no se le había planteado, en un aspecto que estimó capital a la hora de acometer la eventual revisión del actual modelo de regulación territorial de oficinas de farmacia: la compensación de los derechos y expectativas generadas por el vigente ordenamiento.

El Anteproyecto de Ley del Medicamento lo intentó, pero fracasó ante la hostilidad que estas medidas encontraron en la corporación farmacéutica.

Se pretendía que las farmacias incorporadas a la red sanitaria, pudiesen ser ocupadas por concurso de méritos entre varios candidatos, de forma similar a lo que sucede en los casos de creación de nuevas farmacias, extendiéndolo a las vacantes, como hace la legislación vasca, pero con una importante modulación; la Administración financiaría vía préstamos privilegiados, los costos reales percibidos por los titulares o sus herederos con base en la normativa ahora vigente. Solución ésta que asimilaría la experiencia danesa si se indemnizase progresivamente a todos los actuales titulares a medida que dejen de serlo.

Este compromiso podía ayudar a la revisión del actual sistema, lo que en todo caso parece problemático, teniendo en cuenta que la mayoría de los países comunitarios tiene una legislación parecida, que la Unión Europea no está interesada en entrar en esta difícil batalla y que el legislador español, tras el fallo de nuestro Tribunal Constitucional, no está obligado a intervenir para revisar un ordenamiento que no plantea problemas de constitucionalidad, para cuya modificación no presionan las ciudades; no hay aquí, me parece, un problema social y creo de todos modos que el público está satisfecho con el *statu quo*. Bastaría con un pequeño retoque para salvar el principio de igualdad, que podría venir de la mano de un convenio que implicase también a los colegios profesionales para la creación de fondos de apoyo.

Quedan por ver cuáles son los criterios del Tribunal de Defensa de la competencia que evidentemente tiene no desconocibles limitaciones y que ha elaborado un informe que comprensiblemente se pronuncia a favor de la libera-

lización, al menos parcial, del sector, abordando el espinoso tema de las especialidades farmacéuticas publicitarias que se venden sin receta y el de los productos para-farmacéuticos<sup>55</sup>, pero todo esto remite a la política legislativa, ya que el Tribunal Constitucional no impone el que, como establece la Ley del Medicamento, todos los fármacos deben ser dispensados en exclusiva por los farmacéuticos.

Este es el más grave problema con que se enfrenta ahora la profesión, no sólo aquí sino en toda Europa, donde las grandes superficies y los grupos económicos que las soportan y mueven a los consumidores, son antagonistas mucho más poderosos que los propios gobiernos, que, respaldados por la ideología liberal en auge, postulan con energía la erradicación de exclusividades y limitaciones apostando más por el mercado que por el servicio público.

---

<sup>55</sup> Vid C. CARRETERO, *Tiras y aflojas en torno a las boticas*, "El País Negocios", 7 de mayo de 1995.