

EL FUTURO DE LA OFICINA DE FARMACIA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. Introducción. II. La actividad de dispensación de medicamentos como actividad privada. 1. El farmacéutico como especialista del medicamento. 2. La tentación de la estatalización. 3. El abandono de la tentación estatalizadora. III. Libertad de establecimiento o planificación. 1. La intervención administrativa en el establecimiento de farmacias. 2. Fundamento de las limitaciones a la libertad del establecimiento. 3. Las tentativas liberalizadoras. a) El principio de igualdad. b) La libre elección de profesión. 4. Planificación. IV. Titularidad y propiedad de las oficinas de farmacia. 1. Principio general. 2. La oficina de farmacia como empresa. a) La oficina de farmacia es una empresa privada. b) Contenido patrimonial. c) Tráfico jurídico. 3. La autorización administrativa de carácter personal e intransferible. a) Autorización administrativa y oficina de farmacia. b) La extinción de la autorización administrativa. c) La nueva autorización. 4. El futuro. V. Funcionamiento de las oficinas de farmacia. 1. Régimen especial del funcionamiento de la oficina de farmacia. 2. Sujeto de la dispensación. 3. Objeto de la actividad. 4. Asistencia continuada. VI. Epílogo.

INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento español de las oficinas de farmacia atraviesa unos momentos de profunda transformación. Quizás no muy distinta a la que atraviesa la reglamentación de otros sectores de la vida española. Pero que ha adquirido una especial relevancia en los últimos años, con motivo de la aparición de leyes autonómicas inspiradas en principios tan distintos, que puede afirmarse rotundamente que las condiciones básicas garantizadas de la igualdad que proclama el artículo 149.1.1ª de la Constitución se han volatilizado en este ámbito.

Muchas y de muy diversa índole han sido las circunstancias que han contribuido a este estado de cosas. Como son: la presión ejercida por los miles de Licenciados de Farmacia en paro a través de sus asociaciones; el coste para la Seguridad Social de la prestación farmacéutica; la aspiración de los usuarios a disponer de una farmacia próxima a sus domicilios o lugares de trabajo; una concepción de la vida más egoísta por parte de todos, o las cada día más altas cargas laborales de los empleados necesarios para cumplir las exigencias de una prestación farmacéutica adecuada...

Y muchas veces se propugnan fórmulas simplistas, olvidando, por un lado, que en buena parte aquellas circunstancias no son exclusivas del mundo de la oficina de farmacia, y, por otro, que el sector farmacéutico es un sistema, lo que supone que cualquier alteración o modificación en alguno de los elementos interrelacionados que le integran repercute inevitablemente en los demás.

El presente de las oficinas de farmacia, pues, no es nada alentador. Vivimos en un caos normativo en trance de reforma de la que no puede esperarse nada bueno, no ya por parte de los farmacéuticos con oficina de farmacia abierta, si no también -aunque ellos no lo crean- por los miles de Licenciados en farmacia sin trabajo, producto de una Universidad masificada y degradada, que produce unos titulados sin la preparación requerida para ejercer dignamente una profesión, en número muy superior al que exigen las necesidades del país: nuestro "nivel de producción" de Licenciados universitarios creo que es el más alto de la Unión europea-.

Pues bien, en estas Jornadas dedicadas -según el subtítulo al "presente y futuro de las oficinas de farmacia", se me ha asignado una conferencia sobre "El futuro de la oficina de farmacia". No se si consciente o inconscientemente, se ha eliminado la referencia al presente. Pero como no soy adivino, sino un profesional del Derecho, con arraigada vocación por la jurisprudencia, no tengo más remedio que partir del presente y, a través de los movimientos legislativos y de la experiencia vivida en más de 50 años de despacho, tratar de vislumbrar el futuro de las oficinas de farmacia en la realidad española, que puede ofrecer ciertas peculiaridades, aunque se respeten los condicionamientos del Ordenamiento comunitario.

A lo largo de las Jornadas, tendréis ocasión de debatir en detalle sobre los aspectos más polémicos, al examinar cada una de las ponencias que, por el prestigio de sus autores, estoy seguro de que serán excelentes.

En esta primera conferencia introductoria, forzosamente he de mantenerme en las líneas generales. Trataré de

ofrecer una visión panorámica de las tendencias -para muchos amenazas- que aparecen en el horizonte, sobre los grandes temas objeto de debate.

Rechazada la tentación de la estatalización de las oficinas de farmacia, la problemática se ha centrado fundamentalmente en las cuestiones siguientes:

- 1º) Libertad o planificación.
- 2º) Titularidad y propiedad.
- 3º) Funcionamiento de las farmacias.

LA ACTIVIDAD DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS COMO ACTIVIDAD PRIVADA

1. El farmacéutico como especialista del medicamento.

Parece fuera de toda duda -al menos con arreglo al Derecho comunitario europeo- que el farmacéutico es el especialista del medicamento, que en todo el ámbito de la U.E. tiene garantizado un campo mínimo de actividades -reseñadas en Directivas comunitarias- que cada Estado puede ampliar, entre las que se encuentra la dispensación de medicamentos en la oficina de farmacia.

Ahora bien, ello no supone que la actividad desarrollada en una oficina de farmacia sea actividad privada. Se respetaría la atribución al farmacéutico de la condición de especialista del medicamento, aunque la oficina de farmacia fuera un servicio público, siempre que el funcionario al que se le encomendara la prestación tuviera título.

2. La tentación de la estatalización.

Ha existido, ciertamente, la tentación de estatalizar el servicio. Es más, en algún momento, se consideró una consecuencia inexorable del sistema. En este sentido, mi compañero Alejandro Nieto, en un polémico artículo publicado en 1.961 en la RAP, decía :

"El problema verdaderamente grave estriba, no obstante, en la creciente socialización de la Medicina, que conduce inexorablemente a una estatalización: si el médico es un funcionario al que no paga el paciente sino una caja estatal (cualquiera que sea la procedencia de los fondos que la nutren o su organización administrativa), si el precio de las medicinas está cubierto por un seguro obligatorio y si la salud pública es, en general, un servicio público, ¿no es en principio incongruente que la venta de ellas esté en manos privadas? Esto es evidente, y si en el mundo no se ha extendido más la estatalización o municipalización de las farmacias, se debe a razones políticas o de organización técnica. En los países en que éstas han sido superadas -

¹ La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960. RAP, núm. 35, p. 372.

como en los escandinavos y, por descontado, en Rusia- las farmacias privadas han desaparecido".

3. El abandono de la tentación estatalizadora

Realmente, no han sido razones políticas ni de organización técnica las que han determinado la no estatalización de las oficinas de farmacia. Ni en Alemania ni fuera de Alemania. No tenía razón Nieto.

Si parece definitivamente abandonada la tentación estatalizadora, no se debe a que están de moda las corrientes liberalizadoras. Se debe, sencillamente, a que al menos en este aspecto concreto, ha prevalecido el buen sentido y no se cayó en la alegría de incrementar aún más la deuda pública con el elevado coste que hubiera supuesto sustraer de la actividad privada la prestación del servicio farmacéutico, para encomendarlo a unos funcionarios cuando en manos particulares constituía la única prestación sanitaria en la que no había listas de espera ni colas: al usuario se le despacha inmediatamente la receta, cualquiera que sea el tiempo que el farmacéutico tarde en cobrar de la Seguridad Social el porcentaje convenido.

Por eso, en la legislación básica del Estado (General de Sanidad de 25 de abril de 1.986 y del Medicamento de 20 de diciembre de 1.990) la actividad del farmacéutico en una oficina de farmacia es una actividad privada. Salvo los servicios farmacéuticos de hospitales, centros de salud y estructuras de atención primaria, los medicamentos se dispensarán en la oficina de farmacia de titularidad privada. Y esto se reconoce por todos, incluso por los defensores de una Ley como la extremeña, tan proclive a la tendencia socializadora. En un comentario reciente publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Cáceres, se afirma que la "Ley no publicita la atención farmacéutica". Si bien "en consonancia con la atención sanitaria -de la que la atención farmacéutica es especie- que es prestada fundamentalmente con cargo al erario público mantiene una serie de limitaciones"³.

En consecuencia, como muy gráficamente dice la Exposición de Motivos de la Ley vasca 11/1994, de 7 de junio:

"Es preciso tener en cuenta:

a) Que una parte importante de la atención farmacéutica debe ser prestada necesariamente a través de las oficinas de farmacia.

b) La imposibilidad jurídica de la titularidad y propiedad pública de las oficinas de farmacia.

² Cfr. el trabajo introductorio de JUAN VELARDE FUERTES en la Ob. Colectiva *Reforma y liberalización económica*. Civitas, 1996, pp. 21 y ss.

³ JOVER LORENTE, en colaboración con DURAN AZNAL, *Estudio jurídico de las innovaciones más destacadas de la Ley de atención farmacéutica de Extremadura en "Fundamentos de Derecho"*, n° 4 (marzo 1997), pp. 27 y ss.

Esta doble circunstancia obliga a dotar a la ordenación farmacéutica de un tratamiento diferenciado del resto de los establecimientos y servicios sanitarios".

Precisamente, por las funciones que en la oficina de farmacia se realizan, la LGS otorga a las farmacias la condición de establecimientos sanitarios (art. 103) e impone a las Administraciones sanitarias con competencia en la ordenación farmacéutica la planificación general de las farmacias en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

Pero presuponiendo -y respetando- la naturaleza privada de la actividad. Como la presuponen las distintas leyes autonómicas, aunque no todas sean consecuentes con esta configuración.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO O PLANIFICACIÓN

I. La intervención administrativa en el establecimiento de farmacias.

Abandonada la tentación de estatalización de las farmacias, la primera gran disyuntiva que se abre ante la futura reglamentación es la de libertad de establecimiento o planificación.

Por supuesto, libertad de establecimiento no supone en modo alguno, ausencia de cualquier tipo de intervención administrativa específica para abrir un establecimiento destinado a la atención farmacéutica. No supone que, obtenidas las autorizaciones que con carácter general exige el Ordenamiento para ejercer una actividad profesional, comercial o industrial (v.gr. colegiación, alta en el impuesto de actividades empresariales o licencia municipal de apertura), puedan dispensarse medicamentos en el local abierto al público.

No se pone en tela de juicio que, en atención a la naturaleza especial de la actividad ejercida en los establecimientos que nuestra Ley General de Sanidad (art. 103) califica de sanitarios, la apertura esté sujeta a la previa obtención de una autorización administrativa, cuyo otorgamiento dependerá de que el local y las instalaciones reúnan las más elementales condiciones de idoneidad para prestar las funciones asignadas. Intervención que si bien en un principio trataba solo de garantizar la preparación de los profesionales dedicados a ellas, se extenderá enseguida al control del estado y conservación de objetos y medicamentos, para culminar en el control previo, a cuyo efecto - como establecía el artículo 30 de las Ordenanzas de 1.860- a la solicitud se acompañaría el título profesional correspondiente, el plano o croquis de los locales destinados a elaborar, conservar y vender medicamentos, y el catálogo que de éstos se tenga dispuesto, así como también el de

aparatos e instrumentos que con arreglo al vigente petitorio corresponde .

Libertad de establecimiento supone, previo control de las condiciones objetivas del local e instalaciones, la libertad de todo farmacéutico al establecimiento en el lugar que le convenga, elegido libremente, cualquiera que sea el número y emplazamiento de las oficinas de farmacia existentes.

2. Fundamento de las limitaciones a la libertad del establecimiento

Delimitado el sentido de libertad de establecimiento, ¿cuáles son las razones invocadas a favor de la limitación?

Cuando en 1.941, atendiendo a lo que había constituido una general aspiración de los profesionales farmacéuticos, se puso fin en España al régimen de libertad por el Decreto de 24 de enero de 1.941 -que más tarde sancionó la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1.944, en la Base 16, n° 9- en su Exposición de Motivos, aparte de unas consideraciones sobre la crisis de la libre concurrencia -que hoy no merecen la más mínima atención-, las razones invocadas no eran otras que prestigiar el ejercicio libre de la profesión farmacéutica y garantizar a los titulares farmacéuticos una posición económica estable. Se suponía la lamentable situación porque atravesaban la mayoría de las farmacias, salvo las establecidas en el centro de ciudades importantes, en detrimento de la adecuada prestación de una⁴ función, tal y como se había denunciado diez años antes .

Muy difícilmente podrá justificarse hoy el sistema de limitación con estos viejos argumentos. Con ser muy atendible la conveniencia de garantizar al titular de cada farmacia unos ingresos mínimos que le permitan atender con decoro sus obligaciones profesionales, no constituiría por si solo argumento suficiente para justificar este trato distinto a la instalación de los centros de actividad de otros profesionales, aun teniendo en cuenta la inversión económica que requiere la instalación de una farmacia, superior a la que requiere el ejercicio de otras actividades profesionales.

La fundamentación y razón de ser de la planificación farmacéutica viene impuesta por consideraciones de otros ordenes. Viene impuesta para hacer realidad una de las premisas ineludibles para que pueda considerarse adecuada la prestación farmacéutica. En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de ordenación farmacéutica de la Comunidad autónoma del País Vasco, "que los establecimientos farmacéuticos estén razonablemente distribuidos",

⁴ S. MARTIN-RETORTILLO, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias RAP*, núm. 24, pp. 131 y ss.

⁵ Así, por ejemplo, BARAS RIOS, *El gran problema farmacéutico. Madrid, 1930*, pp. 25 y ss.

a fin de que pueda cumplirse esta otra: "que el acceso al medicamento sea ágil y rápido". Si bien, podría aducirse que estas premisas no justificarían la limitación, sino tan solo, como en una célebre sentencia sentó el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal alemana, "para el establecimiento de nuevas farmacias en los casos de zonas desatendidas"⁶.

3. Las tentativas liberalizadoras.

No puede desconocerse la importancia y fuerza de las tendencias liberalizadoras. Entre nosotros, últimamente nos ha ofrecido un excelente resumen de ellas desde la revista "Derecho y Salud", Ramón Martín Mateo⁷. En él, aparte de otras consideraciones, destaca dos posibles violaciones de principios constitucionales, con argumentos que no parecen convincentes. Estos principios son el de igualdad y el de libertad de profesión.

a) El principio de igualdad.

Es explicable -dice Martín Mateo- que "la mayoría detecta en esta normativa una palpable violación del principio de igualdad". Porque, aunque el artículo 14, CE no supone que todos los españoles se encuentren en todo momento y ante cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, "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 sí afecta a este principio 'el hecho de que los titulados que quieren ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla'".

El argumento parece olvidar algo elemental. Que la instalación de una oficina de farmacia, con libertad o sin libertad de instalación, siempre supone unos importantes desembolsos económicos. Y aquí radica, precisamente, su especialidad respecto de la instalación para ejercer otra profesión. Porque el farmacéutico que quiere instalar una oficina de farmacia, tiene que hacerlo en un local de negocio, que tendrá que adquirir en propiedad o pagando un traspaso, pero siempre pagando una renta de alquiler superior a la de una vivienda. Naturalmente, la importancia de la inversión dependerá del emplazamiento del local (localidad, barrio, expectativas comerciales...). La única diferencia que existe entre sistema de libertad y sistema de limitación radica en que en éste el precio vendrá incrementado por el valor que deriva de la limitación. Y muchas veces, ni

esto. He conocido casos en los que el local en que estaba instalada la farmacia, ha sido vendido para destinarlo a otra actividad distinta, mucho más rentable. O en los que el propietario ejerció el derecho de retracto al traspasarse el local destinado a farmacia, sabiendo que no podrá seguir destinándole a este fin, porque era más rentable otro, y otro que no era precisamente la instalación de una sucursal bancaria.

Asimismo se olvida que, en el sistema vigente de limitación, además de la posibilidad de acceder a la titularidad de una oficina de farmacia mediante la compra de una abierta al público, está la del concurso de méritos para acceder a la de oficinas de nueva apertura.

La desigualdad denunciada siempre existirá. Y, quizás, más acentuada en el sistema de libertad. Porque solo quien tenga medios económicos podrá subsistir con una oficina bien emplazada, cuando la proliferación de ellas obligue a cerrar aquellas otras cuyos titulares no obtuviesen una rentabilidad suficiente para hacer frente a las cargas. Y la situación del local -decisiva para ejercer esta actividad como otras puramente comerciales-, determinará que su valor en venta o traspaso solo sea asequible a los mismos que hoy tienen posibilidad de adquirir una farmacia.

b) La libre elección de profesión.

Otro principio -y derecho- que se estima podría ser infringido es el de "libre elección de profesión y oficio", que, en nuestro Ordenamiento jurídico, consagra el artículo 35.1, Constitución.

Parece evidente que el hecho de que el Ordenamiento jurídico establezca una serie de condiciones objetivas para poder ejercer en un local determinado una de las muchas actividades "a las que habilita el título de Licenciado en Farmacia" no supone un límite "a la libre elección de profesión", que es lo que garantiza la Constitución. El ciudadano que obtuvo el título de Licenciado tuvo libertad para elegir esta carrera universitaria entre otras -debiendo cumplir las exigencias de la Universidad para obtenerlo- y, una vez obtenido, pudo asimismo elegir libremente dedicarse a las distintas actividades, a las que le habilitaba el título, respecto de las que la dispensación de medicamentos en una oficina de farmacia no es ni mucho menos la sujeta a mayores limitaciones y dificultades.

Como tampoco constituyen un atentado a la libertad de empresa, ya que ésta no quiere decir libertad absoluta, libertad ilimitada. Antes al contrario, es perfectamente compatible (y casi siempre, además, inevitable) el respeto más escrupuloso de la libertad de empresa con limitaciones, restricciones, prohibiciones y condicionamientos (a veces nada nimios) en relación con el acceso al mercado, con la dirección de la empresa y con la actuación en el mercado. La necesidad, además, de proteger a la empresa obliga también a establecer determinadas reglas que, de hecho o de derecho coartan la libertad de las demás.

⁶ NIETO, *La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1.960. cit. P.* 379.

⁷ *La Ordenación de las oficinas de farmacia, "Derecho y Salud". Vol. 3, n° 2 (julio-diciembre 1995), pp. 149 Y ss. y antes, RIVERO ISERN, Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia. Madrid, 1992.*

4. Planificación.

En ninguna de las leyes autonómicas han tenido el más mínimo eco las corrientes liberalizadoras. En todas ellas se estima esencial la planificación, como medio para que la ubicación de las farmacias en todo caso garantice un adecuado servicio farmacéutico a los distintos núcleos de población. Así se destacó tanto en los preámbulos de las leyes autonómicas, como en el del Decreto-Ley 11/1996⁸, si bien quedó relegado este aspecto en el de la Ley 16/1997, de 25 de abril, que cambió el nombre del Decreto-Ley: de "ampliación del servicio farmacéutico a la población" -que era el del Decreto-Ley- ha pasado ser de "Regulación de los servicios de las oficinas de farmacias".

No resulta fácil una planificación que permita alcanzar este elemental objetivo, dadas las características geográficas, densidad de población y dispersión de los núcleos. Puede ocurrir -y a tenor del texto de la normativa vigente es muy probable que ocurra- que:

a) En el intento de acercar la oficina de farmacia a los ciudadanos, se reduzcan tan drásticamente los módulos poblacionales, y, en la misma medida, se amplíe el número de farmacias, que los rendimientos no permitan atender debidamente la exigencia del servicio.

b) Que, por mucho que se reduzcan los módulos poblacionales, sigan sin oficina de farmacia algunos -quizás, demasiados- núcleos de población, no ya pedanías o entidades locales menores sino constitutivos de municipios, porque sería tan ruinosa la instalación que, por grandes que fueran los deseos de un Licenciado en farmacia de trabajar y ser titular de una y por muchos que fueran los méritos que se adjudicara por ello para futuros concursos, le resultaría imposible sufrir durante unos años las pérdidas que le supondría tenerla abierta.

De aquí, que incluso aquellas legislaciones que han destacado entre sus objetivos que todo núcleo de población cuente con oficina de farmacia, prevean que se de esta situación, resolviéndola en el sentido tradicional, que es el que establece la Ley del Medicamento (art. 88.3): con botiquines farmacéuticos, que estarán adscritos a la oficina de farmacia más próxima. Así la Ley extremeña (art. 15) y Ley manchega (art. 40).

Resumiendo, respecto de esta primera alternativa que se ofrece a la Ordenación de las oficinas de farmacia, parece evidente que seguirá la planificación y limitación de establecimiento. Pero una planificación que reducirá de tal modo los módulos poblacionales, que hará pensar a muchos si no sería mejor el sistema de libertad.

TITULARIDAD Y PROPIEDAD DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

I. Principio general.

"Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público". Esta norma general que consagra el artículo 103.4, LGS, se ha reiterado en todas las leyes autonómicas sobre ordenación farmacéutica, en término casi literales, con independencia del matiz político de las mayorías que rigen los destinos de las respectivas Comunidades.

No obstante, en un desafortunado y polémico informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, se llegó a propugnar la supresión del requisito de que los propietarios de las oficinas de farmacia fueran farmacéuticos, manteniéndose tan sólo el requisito de la presencia de un farmacéutico en el acto de dispensación.

Lo que supondría que la farmacia dejaría de ser la organización de elementos materiales en que el titular universitario especialista del medicamento ejerce una profesión libre, para convertirse en una empresa mercantil más, a cuya propiedad tendrían acceso desde las grandes multinacionales hasta cualquiera que hubiese logrado hacer dinero. Instalar una oficina de farmacia sería un medio más de multiplicar el dinero, al lado de la especulación, los negocios inmobiliarios, o la apertura de bingos y demás salas de juego. Y el farmacéutico dejaría de ser un profesional libre para convertirse en un asalariado. El fenómeno que en otra época mi maestro Pérez Serrano llamó de proletarización llegaría a un sector de actividad más. Lo que, quizás, sea la aspiración de los miles de licenciados en paro, faltos de iniciativa y sin medios para poder instalar una farmacia. En lugar de esperar la decisión de los concursos para la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, integrarían la lista de parados del INEM en espera de lograr un contrato de trabajo en una oficina de farmacia, como hoy esperan para trabajar en un laboratorio de especialidades farmacéuticas, en unos Almacenes o en cualquier otro puesto de trabajo al que les habilite el título.

Resulta imposible no ver en esta propuesta una evidente malquerencia hacia unos determinados titulados universitarios, malquerencia cuya explicación sólo puede darse desde determinados posicionamientos ideológicos: el de un liberalismo trasnochado del peor estilo, o el de un marxismo que se disfraza de liberalismo para conseguir esa utópica igualdad que consiste en nivelar por abajo, y cuyas consecuencias son conocidas (pues la experiencia está hecha en otros sectores).

Ello, en detrimento de la dignidad de unos profesionales y de los propios usuarios. Si malo es estar servidos por burócratas, no menos lo es estado por asalariados.

La imagen del boticario titular de la farmacia asistido por el "mancebo" unido a él por relaciones que, más que

⁸ GONZALEZ PEREZ y ESPERANZA GONZALEZ SALINAS, *La reforma de la Ordenación farmacéutica*, Civitas, 1996.

laborales, eran de amistad y leal colaboración, que atienden solícitos al cliente que conocen, quedaría definitivamente relegado al recuerdo de otros tiempos.

No parece que la propuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia tenga la menor posibilidad de prosperar. Los riesgos de degradación de la profesión no vienen por ahí. El artículo 103.4, LGS, seguirá vigente. Y los farmacéuticos, los únicos que podrán ser propietarios de las oficinas de farmacia.

Pero ¿propietarios de qué? ¿Cuál es el objeto de este derecho de propiedad?

Aquí surgen dos orientaciones radicalmente distintas, con drásticas consecuencias en el régimen jurídico del tráfico jurídico sobre las farmacias.

2. La oficina de farmacia como empresa.

a) La oficina de farmacia es una empresa privada.

El servicio sanitario que la oficina de farmacia presta no se concibe ni es realizable sin un simultáneo ejercicio comercial, de carácter instrumental. La naturaleza del servicio sanitario no desvirtúa el carácter mercantil de la actividad que se lleva a cabo en la oficina de farmacia, que, en cambio, simplemente predetermina su funcionamiento, debilitándose, e incluso eliminándose, el aspecto comercial de la actividad en la medida que constituya obstáculo o desviación con relación al aspecto sanitario de la propia actividad o le contradiga.

La actividad farmacéutica es una actividad sanitaria (artículo 88 y 89, en relación con el 103.2 de la ley del Medicamento), pero ello no significa que el profesional titulado que la preste sea un funcionario público. Antes al contrario, es un profesional libre, que ejerce una profesión libre, siquiera esa profesión, como las demás que también lo son, pueda y tenga que ser sometida a determinados requisitos y limitaciones para salvaguardar el interés público, concretado en la protección de la salud (art. 43, CE).

El farmacéutico titular de una autorización de apertura de farmacia no sólo no es un funcionario, sino que tampoco ejerce potestades públicas. No cabe, por ejemplo, equipararlo a un notario que sí las ejerce.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo y así se ha destacado por la doctrina. Por ejemplo, Miguel Cerdá (en Derecho civil y farmacia, Madrid, 1993) afirma:

"La farmacia, en cuanto empresa reglamentada por razones de interés público, constituye una unidad vital y dinámica, que llega a formarse mediante la conjunción inseparable e imprescindible del elemento sanitario y del comercial, cuya falta, de cualquier de ellos, destruye el concepto mismo".

b) Contenido patrimonial.

La empresa farmacéutica, como cualquier otra empresa, tiene un contenido patrimonial, constituyendo una verdadera unidad patrimonial de que forma parte la autorización. Es una unidad real, esto es una titularidad en nombre propio y por cuenta propia que recae sobre cosas jurídicas materiales y sobre lo que Guasp llama cosas jurídicas energéticas.

La titularidad que es la farmacia recae, en efecto, sobre:

- Cosas fungibles: medicamentos y asimilados.

- Pertenencias: mobiliario y utillaje (o sea, los que la sentencia del Tribunal supremo de 4 de abril de 1987 denomina "medios técnicos").

- Partes integrantes. Son éstas, las siguientes:

* La licencia para el ejercicio de la actividad, licencia que se identifica con arreglo a tres parámetros: término municipal área de salud, distancia y local.

* Licencia que, a su vez, atribuye un poder excluyente (que no monopolístico) para ese ejercicio. Se trata de una cosa no material, ni ideal, ni incorporal, verdadera energía jurídica (energía irradiante, diría Guasp).

c) Tráfico jurídico.

Consecuencia de esta configuración de la oficina de farmacia es que, como tal unidad, con todos sus elementos, es objeto de tráfico jurídico, y, por tanto, podrá ser enajenada por actor vivos o mortis causa.

Otra cosa es que, en razón al objeto de la actividad y a la planificación, existan ciertas limitaciones, que permitan el acceso a la oficina de farmacia con arreglo al principio de mérito y capacidad. Que es lo que hace la Ley vasca, al sujetar a autorización administrativa las transmisiones a título oneroso, que se otorgará previo concurso de méritos entre los que acepten las condiciones de la oferta efectuada por el transmitente (art. 17).

Limitación importante a la transmisión de la farmacia es la que se contiene en un proyecto (o proposición) de Ley que se tramita actualmente en la Asamblea regional de Murcia, a fin de evitar la especulación que, por desgracia, no ha sido infrecuente en el ámbito de las farmacias.

No puede negarse a un farmacéutico con oficina de farmacia la posibilidad de instalarse en otro lugar. A tal efecto, se prevé el traslado de su oficina, en virtud del cual se opera un cambio de emplazamiento, subsistiendo el número de farmacias. Pero como esto sólo es posible dentro del área determinada -hasta ahora el término municipal-, si quiere instalarse en área distinta, no existe otro procedimiento que solicitar una autorización de apertura de nueva farmacia.

Ahora bien, una cosa es el muy respetabilísimo derecho a cambiar el emplazamiento del lugar en que se ejerce una profesión y otra muy distinta el tráfico de oficinas de

farmacia. Para evitarle, el proyecto de Ley de ordenación farmacéutica de la región de Murcia establece:

- Prohibición de tramitar una oficina de farmacia desde que su titular haya presentado la solicitud de autorización para abrir otra.

- Y, una vez autorizada la nueva apertura por acto firme, se extinguirá la autorización originaria, iniciándose de oficio otro procedimiento de apertura en la zona.

El carácter de oficina profesional de la oficina de farmacia aparece así con carácter preferente al de empresa. Si bien, aparte de otras consideraciones, se plantearían importantes dificultades prácticas a la hora de aplicar la norma, como veremos después, al referimos a las leyes extremeña y manchega.

3. La autorización administrativa de carácter personal e intransferible

a) Autorización administrativa y oficina de farmacia.

Las leyes extremeña y manchega de atención farmacéutica, apartándose de la legislación tradicional, rompen esa unidad real que constituye la oficina de farmacia. A tenor de la nueva ordenación, se establece una separación rígida entre la autorización administrativa y los demás elementos integrantes de la empresa farmacéutica.

El farmacéutico, para ejercer su actividad en un local determinado, deberá obtener una autorización administrativa. Pero esta autorización administrativa será personal e intransferible. El farmacéutico deberá disponer del local (en propiedad, arrendamiento, u otro título que permita su utilización), y obtener los demás elementos necesarios. Organizar adecuadamente la empresa farmacéutica. Ejercer la actividad, que será profesional y mercantil. Con su esfuerzo y prestigio, logrará obtener una clientela y alcanzar un volumen de negocio. Pero no podrá disponer de esta empresa como un todo.

En términos de la Ley extremeña, "los locales, existencias y demás enseres de la oficina de farmacia, al ser patrimonio de carácter privado, quedan sometidos al régimen jurídico de aplicación" (art. 14, párrafo segundo). Pero queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquiera otra forma de transmisión, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa (art. 14, párrafo primero).

La Ley 16/1997, de 25 de abril, en su artículo 4º -que constituye legislación básica, según la Disposición Final primera-, al regular la transmisión de las farmacias establece que "únicamente podrán realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos", reconociendo a las Comunidades Autónomas la potestad de regular "las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos". En cuanto presupone la oficina de farmacia como un todo, la transmisión será de esta unidad. Por lo que las Comunidades Autónomas podrán establecer

"formas, condiciones, plazos" y otros requisitos. Pero no negar la posibilidad de transmisión, ya que ello supondría atentar contra una norma que tiene el carácter de legislación básica.

b) La extinción de la autorización administrativa.

Pero las leyes extremeña y manchega llegan a más. Llegan a establecer la extinción, no sólo por muerte, sino por caducidad o agotamiento de la autorización administrativa al cumplir el titular determinada edad. Extinguida la autorización se procederá a la tramitación de un nuevo procedimiento para otorgar autorización a favor de quien tenga más méritos.

Lo que choca frontalmente con el carácter privado de la actividad del farmacéutico. Pues se trata de una profesión libre que, por tener trascendencia pública (como ocurre con la profesión de abogado, con la de médico, etc.), está regulada en su ejercicio por normas jurídicas que establecen determinadas limitaciones y condicionamientos, pero que, de ninguna manera pueden imponer la extinción de la actividad profesional por caducidad de la autorización, una autorización que es una mera actividad administrativa de control mediante la que se remueve el obstáculo que impedía el ejercicio del derecho a ejercer la profesión.

Esa autorización es un control formal previo, mediante cuya exigencia se comprueba que el titular reúne las condiciones legal o reglamentariamente establecidas (titulación académica, etc) y que el local designado cumple igualmente los requisitos establecidos (dimensiones, distancias respecto de otras farmacias, etc).

La autorización de oficina de farmacia es, además, una autorización de funcionamiento, lo que permite comprobar, mediante las inspecciones correspondientes que se giran periódicamente, que esas condiciones permanecen y que las limitaciones se están cumpliendo.

Y claro es que, si esas condiciones se hubiesen alterado, habría que adoptar las medidas que; en su caso procedan, para restablecer el orden jurídico. Y si de lo que se trata es de una incapacidad física o mental del titular de la autorización, tendría que ser acreditada para, en su caso, dar la solución que legalmente proceda. Pero lo que hacen las leyes extremeña y manchega es presumir esa incapacidad al cumplir él farmacéutico cierta edad.

Se ha pretendido justificar esta caducidad por envejecimiento, como una garantía del mejor servicio al usuario de los medicamentos, estimando que no existe lesión del derecho a la igualdad (art. 14, CE) ni del derecho al trabajo (art. 35, CE), ya que son muchos los supuestos de Derecho administrativo en que las autorizaciones personales caducan por razón de la edad⁹. Lo que supone desconocer la naturaleza de la autorización de apertura de farmacia y el

⁹ JOVER LORENTE Y AZNAL, *Estudios jurídicos*, cit. p. 29.

carácter privado de la actividad que en ella se realiza. En efecto:

a) La autorización de farmacia -ni siquiera en las legislaciones autonómicas que la consideran personal e intransferibles- es una autorización que se otorga en atención a las circunstancias subjetivas del que la pide, como ocurre por ejemplo en otras -como permiso de conducir-; su otorgamiento depende pura y simplemente de condiciones objetivas: se verifica si el local y emplazamiento reúne condiciones aducidas; no si el farmacéutico reúne condiciones de aptitud física y de conocimientos. Otra cosa no será posible, por no tener competencia la Comunidad autónoma para ello, a tenor del artículo 149.1.30º, CE.

b) La limitación de edad para el ejercicio de una actividad tiene sentido respecto de los funcionarios sometidos al estatuto de la función pública. Pero no para los que ejercen una profesión libre. Limitación que supone como contrapartida una pensión de jubilación.

c) Si a ningún otro profesional libre se le impone un límite de edad para ejercer su profesión, imponerlo a los farmacéuticos supondría un atentado al principio de igualdad.

e) La nueva autorización.

Extinguida la autorización, como he indicado, se procederá a iniciar un procedimiento de nueva autorización, que se decidirá con arreglo al principio de mérito y capacidad. Así, la ley extremeña (art. 14), que establece que el nuevo titular "deberá mantener en sus puestos de trabajo, como mínimo, a los mismos auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia que vinieran prestando servicios de carácter laboral con anterioridad". Cuando lo normal será que las necesidades de colaboración por parte del farmacéutico joven que accede a la farmacia serán notoriamente inferiores a las del titular anterior de mayor edad y, consiguientemente, con menor capacidad de trabajo y salud más precaria.

Los problemas que plantea la aplicación de esta norma son evidentes. Porque la autorización extinguida estaba referida a un local determinado. Por lo que para que el nuevo titular pueda ejercer la actividad en el mismo local -encontrar otro local que cumpla el requisito de las distancias resultará en la mayoría de los casos poco menos que imposible- deberá llegar a un acuerdo con el antiguo propietario o sus herederos acerca del valor de lo transmitible, en el que no debe incluirse la autorización, pero si otras circunstancias como volumen del negocio -en el que al menos algo habrá contribuido la actividad del titular anterior-. ¿Y si no se llega al acuerdo? ¿Es qué se va a imponer la transmisión? No olvidemos, que, a tenor del artículo 149.1,8a y 18a, CE, la legislación civil y la reguladora de la expropiación forzosa, está fuera de la competencia de las Comunidades Autónomas. Es competencia exclusiva del Estado.

4. El futuro.

¿Cual de las dos tendencias acabará por prevalecer? ¿El tradicional que se mantiene en las leyes catalana y vasca? ¿O el revolucionario de las leyes extremeña y manchega?

Me permito vaticinar que el primero. No sólo por ser más congruente con los principios que informan nuestro Ordenamiento jurídico y los del Ordenamiento comunitario. Si no por las dificultades que plantea la aplicación del sistema híbrido que tratan de implantar las leyes extremeña y manchega. Que, aunque partiendo del principio de considerar privada y propia de un profesional libre la que se ejerce en una oficina de farmacia, se somete a su titular a un régimen más propio de un funcionario o de un asalariado.

FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

I. Régimen especial del funcionamiento de la oficina de farmacia.

La actividad desarrollada en una oficina de farmacia será, como hemos visto, mercantil a la vez que ejercicio de una profesión. Pero una actividad sujeta o un régimen especial impuesto por la naturaleza del servicio que presta. No estará sujeta a la normativa reguladora del comercio minorista ni en general a la que regula el ejercicio de las demás profesiones. Podrán resultarle aplicables algunas de las normas generales, pero prevalecerá la específica, encaminada a garantizar la asistencia farmacéutica de manera continuada. No existe la menor duda de que esto es así y debe ser así.

Pero, ¿hasta donde debe llegar la especialidad? Porque incluso en cuestiones tan delicadas como el del precio de los medicamentos ha llegado a propugnarse la posibilidad de descuentos.

Interesa, pues, descender al examen de los aspectos más importantes de la dispensación de los medicamentos.

2. Sujeto de la dispensación.

Congruentemente con la configuración de la oficina de farmacia como centro de la actividad de un profesional o de unos profesionales, resulta obvia la exigencia de su presencia para la prestación del servicio. Y así ha venido siendo establecido en las distintas leyes autonómicas de forma terminante: "la presencia personal y directa y la actuación profesional del farmacéutico titular es requisito indispensable para desarrollar las funciones". Así la Ley manchega (art. 25) y en parecidos términos la ley vasca (art. 6) y la extremeña (art. 7). Tan solo se aparta de esta normativa dominante la ley catalana, que ya no exige la presencia y actuación profesional del titular, sino de "un

farmacéutico debidamente colegiado". Este criterio de la Ley catalana ha pasado a ser legislación básica del Estado, al establecer el artículo 5º.1, Ley 16/1997, que "la presencia y actuación profesional de un farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público del medicamento".

Descartada la posibilidad de que la farmacia no sea propiedad de un farmacéutico, precisamente por la naturaleza de la oficina de farmacia, parecía que debía exigirse la presencia y actuación del titular, con las colaboraciones que resulten necesarias, que podrá ser otro farmacéutico - los adjuntos- o el personal auxiliar en aquellas tareas para los que estén capacitados, y siempre bajo la supervisión del titular o de un adjunto.

Ahora bien, habiéndose impuesto la flexibilidad del régimen de jornada y horario de apertura para atender las demandas de la sociedad, ello conducirá ineludiblemente a que se extienda una imagen de oficina de farmacia muy distinta a la tradicional, que giraba en torno a la presencia del titular, que indudablemente subsistirá sobre todo en el mundo rural. En este sentido, el proyecto de los murcianos establece que "la presencia física del titular, regente o sustituto será obligada dentro del horario mínimo de atención al público que se fije reglamentariamente" (art. 14.2). Lo que supone que fuera del horario mínimo se admita la dispensación sin la presencia de un farmacéutico responsable.

La imposibilidad física de la presencia del titular más allá de lo que pueda ser un horario normal de trabajo de un profesional -aunque sea siempre superior al del asalariado- y la improcedencia de que el personal no farmacéutico pueda desarrollar las funciones propias de la oficina sin la presencia de un farmacéutico, forzaría a acudir al farmacéutico adjunto, cuyo número se fijará -como expresamente se establece en algunas leyes autonómicas, desarrollando lo establecido en el artículo 88.2 de la Ley del Medicamento- y el artículo 5º,5, Ley 16/1997, de 25 de abril "atendiendo al volumen de actividad, su régimen de horario y la edad del farmacéutico titular" (art. 29.1, Ley manchega). Es más, ha llegado a preverse la imposición por vía reglamentaria de la determinación de "los supuestos en que atendiendo al volumen o diversidad de las actividades de la oficina de farmacia sea preciso contar con uno o más farmacéuticos adjuntos, auxiliares o ayudantes técnicos", y hasta a disponerse que, en todo caso, "el número de auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia que atribuye en una oficina de farmacia deberá ser, como mínimo igual al de farmacéuticos adjuntos". Así, el artículo 6, de la ley extremeña.

No parece que al menos en este aspecto, nos encaminemos hacia un sistema de libertad tantas veces propiciado por algunos en otros. Aquí, la libertad desaparece. Los poderes públicos, velando por el farmacéutico, le dirán cuándo y cómo debe ser ayudado, por grandes que sean sus dotes de trabajo y muchos los deseos de dedicar su vida a

la farmacia. Una vez más, aparece la tentación de igualar a todos por abajo, de coartar los esfuerzos más o menos singulares, de impedir el trabajo rebasados ciertos límites, fijados por unos cuantos políticos o funcionarios.

Esto sí que es un gravísimo atentado a la libertad.

Permitídmeme que traiga a colación mi experiencia -que será la de muchos de vosotros- sobre los distintos modelos de farmacia que hoy nos encontramos al tener necesidad de adquirir un medicamento, que son reflejo de muy distintas concepciones y estilos de vida:

1º) Uno, la farmacia de un pequeño pueblo de Extremadura -ejemplo que podrá encontrarse en cualquier otra región de España-. Es la única farmacia que existe y puede existir en el pueblo. El más próximo con farmacia está a unos 20 kilómetros. La farmacéutica actual -al igual que el que la había precedido-, no sabe -ni quiere saber- nada de horarios ni de ausencias. Es ella y sólo ella la que atiende a los que necesitan un medicamento. Cuando cierra la farmacia encontraremos un letrado que nos dirá: "estoy en misa" o "estoy en el bar de la Marina", o dando un paseo por la carretera de arriba... Y cuando no hay letrado es porque se la encuentra en su casa. Los vecinos saben que la encontrarán a cualquier hora del día o de la noche. Pero jamás la molestarán cuando no es estrictamente necesario. Es este un gran ejemplo de solidaridad. Si en alguna ocasión, se permite algunas vacaciones, acude a un Farmacéutico adjunto, que atenderá la oficina con el mismo espíritu de exclusividad que la titular.

2º) Otro modelo. Ya no estamos en un pueblo de Extremadura. Estamos en la Sierra de Madrid, en un pueblo más importante, en el que existen tres farmacias. A unos dos kilómetros hay otro pueblo, con una sola farmacia. Y en distinta dirección a una distancia muy superior otro, también con una sola farmacia. Aquí, la mentalidad es distinta. Al fijar los turnos de guardia nocturnos, están unidos los tres términos municipales, con un total de cinco farmacias. De tal modo que, a partir de la diez de la noche, los residentes de los tres pueblos sólo podrán acudir a una oficina de farmacia, que, por supuesto, exigirá receta para despachar el medicamento a través de una ventanilla con tupida rejilla. Lo que les obligará a los que no lo sean de aquel en que radica la farmacia a desplazarse al pueblo en que esté. Residentes de un pequeño pueblo con tres farmacias tienen que hacer lo que no tienen que hacer los de aquel pequeño pueblo extremeño.

3º) Y tercer modelo. Ya estamos en la gran ciudad. Podemos acudir a la macrofarmacia abierta las 24 horas del día. Nos encontramos en un modelo distinto. Al menos la que yo he visitado en Madrid, el panorama es el siguiente: pasada la puerta de la calle existe un amplio espacio que, al menos en el momento en que yo fui estaba lleno de gente haciendo cola para entrar a un espacio ulterior, por el orden en que uno era llamando. En este segundo espacio, existían varios mostradores, detrás de los cuales había un hombre o

mujer con batas blancas, que atendían. Con el medicamento entregaban un ticket con el importe, obligando a hacer una nueva cola hasta la caja.

3. Objeto de la actividad.

La actividad por autonomía de una oficina de farmacia la constituye hoy día la dispensación de medicamentos y de productos sanitarios, así como de aquellos otros utensilios y productos de carácter sanitario que se utilicen para aplicación de los anteriores.

En cuanto el farmacéutico compre aquellos productos para revenderlos y los revende con ánimo de lucro está realizando una actividad mercantil, propia del tráfico de la empresa.

Pero, aún sin perder el carácter de mercantil, el acto de dispensación es algo más, hasta ha llegado a afirmarse que es una actuación sustancialmente distinta a la venta. En este sentido, en un comentario a la reciente Ley de Medicamentos de la provincia de Buenos Aires (Ley 11.405/93), se ha dicho¹⁰ :

"Conlleva la responsabilidad profesional por la correcta entrega del producto prescrito por el médico, pudiendo el error o la negligencia acarrear graves consecuencias atento la poderosa actividad farmacológica de los medicamentos actuales; asimismo, el farmacéutico debe controlar su correcta dosificación y el buen estado de conservación, supervisando la disponibilidad al controlar su existencia en la oficina.

El control en el expendio de que no exista error en el medicamento o en la dosis prescrita por el médico en la receta, la previa comunicación y ratificación del médico en el supuesto de prescripción errónea, se preceptúa como deber del farmacéutico que conlleva grave responsabilidad ante el incumplimiento o cumplimiento irregular.

Por otra parte, la legislación actual contempla la farmacovigilancia como obligación para los profesionales sanitarios, entre los cuales se encuentra el farmacéutico, de comunicar a las autoridades sanitarias los efectos inesperados o tóxicos para las personas o la salud pública que pudieran haber sido causados por los medicamentos; esto es, controlar los resultados terapéuticos y adoptar las medidas complementarias adecuadas".

Precisamente por estas circunstancias, se impone un régimen específico, sobre el que no siempre existe unanimidad.

Sí existe unanimidad, por ejemplo, en que se asegure por parte de las oficinas de farmacia la tenencia de medicamentos, especialidades o artículos de uso medicinal que,

previsiblemente, cabe que sean requeridos con carácter de urgencia. Pero no existe en otros aspectos esenciales, como son los siguientes:

a) Hasta dónde llega la exclusividad de la venta en farmacias, respecto de los medicamentos y de los productos que constituyen la llamada "parafarmacia". Si respecto de los primeros la regla general es la venta exclusiva en farmacia sólo se admiten excepciones cuando se pruebe que pueden venderse fuera sin riesgo grave para la salud-, respecto de los segundos por el contrario sólo se impondrá la venta exclusiva si se prueba que, de no ser así, habrá riesgo para la salud.

b) La posibilidad de descuentos en la venta de medicamentos, aunque se mantenga la fijación del precio por la Administración, si bien con carácter de máximo. El tema ha sido estudiado recientemente en profundidad en una serie¹¹ de trabajos sobre la regulación de los servicios sanitarios .

No parece probable que esta propuesta -que figuraba entre las propuestas del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia a que he aludido- llegue a tener realidad. La fijación del precio por la Administración trata de garantizar la igualdad en las condiciones básicas de los usuarios y evitar distorsiones en un mercado como éste, que afecta de manera inmediata a la salud. Y la posibilidad de otorgar descuentos al competidor más fuerte "expulsará" del mercado al débil, que lo será, con toda probabilidad, al joven farmacéutico recién salido de las aulas universitarias, con lo que se contravendría una de las metas que se aducen para justificar la modificación de la reglamentación del sector.

4. Asistencia continuada.

El derecho constitucional a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 10, Ley General de Sanidad) conlleva el más concreto a la asistencia farmacéutica continuada, lo que supone la posibilidad de adquirir en cualquier momento aquellos medicamentos o productos sanitarios necesarios para la prevención frente al riesgo de enfermedad, la curación o el restablecimiento de la salud.

En consecuencia -así se reconoce en las distintas leyes autonómicas-, las oficinas de farmacia deben prestar atención farmacéutica a los ciudadanos de forma continuada. Lo que resulta inaceptable con la libertad de cada farmacia de abrir y cerrar la oficina de farmacia, a conveniencia de su titular, libertad que si tiene cualquier otro profesional libre. La Administración sanitaria viene obligada a la re-

¹⁰ ANA MARIA BEZZI, *Farmacia. actividad de servicio público y derecho a la salud* "Actualidad en el Derecho público", septiembre-diciembre 1995, p. 37.

¹¹ En la Ob. col. *La regulación de los servicios sanitarios en España Civitas, 1997. En especial, GARCIA-FONTES y MOTTA (La regulación de las oficinas de farmacia: precios y libertad de entrada pp. 342 y ss.); GISBERT, ROVIRA y ILLA, Análisis de modelos alternativos de retribución de las oficinas de farmacia pp. 39 y ss.*

glamentación del horario, servicios de urgencia y vacaciones, de las oficinas de farmacia.

La adecuada prestación del servicio farmacéutico es incompatible con libertad de horario de apertura y cierre de las farmacias. El usuario del servicio debe saber en cada momento las horas en que están abiertas las farmacias, todas las farmacias, sin tener que acudir a una guía o lista que le indique cual es el horario de cada una, según el capricho, comodidad, utilidad o competencia desleal de cada titular. Y debe saber la farmacia a la que puede acudir las veinticuatro horas cuando están cerradas las demás.

No se trata, en definitiva, de una medida "corporativa" en beneficio de una clase profesional. Se trata de una medida que sólo tiene como finalidad el mejor servicio al usuario.

Es indudable que si existen farmacias que voluntariamente permanezcan abiertas veinticuatro horas (entiéndase bien) veinticuatro horas, no dos o tres horas más que las demás) obligándose a ello, permitirá aliviar a los demás farmacéuticos de la gravosa carga que suponen los "turnos de guardia". Pero lo que no es de recibo es dejar alliberado criterio de los farmacéuticos, abrir la farmacia unas horas más o unas horas menos que los demás, por razones que nada tienen que ver con el mejor servicio a los usuarios.

A tal efecto, turnos de guardia y vacaciones, dada la distinta finalidad a que responden, requieren tratamientos asimismo distintos.

a) No se puede estar a la resultancia del mercado para regular el turno de guardia. Porque este turno trata de "asegurar la prestación del servicio farmacéutico". Luego es absurdo que se diga que se regulará "sólo cuando el mercado no garantice el servicio".

Esto es pura confusión de dos instituciones (si se quiere, "figuras") distintas: la prestación necesaria de una actividad de interés público y el libre mercado.

b) El turno de vacaciones exige un planteamiento distinto, precisamente porque tiene naturaleza diversa. Por un lado, hay que prever ese turno, sin esperar a que "lo regule el mercado". Porque el mercado sirve para lo que sirve, pero no es su función organizar las vacaciones del personal farmacéutico. Por otra parte (y esto lo ha dicho el Tribunal constitucional) nada impide que un titular de farmacia decida abrir también durante las vacaciones (siempre y cuando cumpla con la exigencia del artículo 88 de la Ley del Medicamento).

En este aspecto las numerosas disposiciones de distinto rango dictadas por las distintas autonomías, con más o menos acierto, han tratado de conciliar los intereses en juego.

Y después de la apasionada controversia a que vino a poner fin la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1.992, parece que se ha vuelto a la normalidad, como consecuencia de unas normativas por lo general razonables, que han puesto en evidencia que la flexibilidad de horarios no puede conducir nunca a situaciones de ventaja en perjuicio del farmacéutico modesto.

Epílogo

Y termino.

¿Qué modelo de farmacia nos deparará el futuro?

No parece difícil vaticinar que la oficina de farmacia seguirá siendo el centro de la actividad profesional privada del farmacéutico, que será propietario por lo menos de los enseres e instalaciones, y, en su caso, del local o del derecho a usado.

Seguirán existiendo macrofarmacias, organizadas por uno o varios farmacéuticos asociados con espíritu empresarial. Pero no muchas y, quizás, ninguna si llegara a dominar -lo que no espero- la tendencia legislativa de algunas Comunidades Autónomas a configurar las autorizaciones administrativas personales e intransferibles.

La farmacia del futuro será, por lo general, la pequeña farmacia, producto del fenómeno de atomización que inevitablemente se va a producir. Una farmacia que, salvo en emplazamientos privilegiados de las grandes ciudades o de zonas de turismo de lujo, apenas si producirá lo suficiente para que el titular pueda contar con personal suficiente para atender las cargas que impone la prestación eficaz del servicio. Volveremos a la situación que se denunció en 1.930 cuando en el territorio nacional existían unas 6.000 farmacias, en los siguientes términos: "con las excepciones de las establecidas en el centro de las capitales y ciudades importantes, donde, dicho sea de paso, más se atendió al absurdo de lujo exterior, a la vanidad o la estética mal entendida, la casi totalidad de las farmacias viven en plena ruina"¹².

Y como ni aún así podrá lograrse la existencia de una farmacia a distancias prudenciales de los diseminados núcleos de población, las demandas cada día más exigentes de los usuarios pueden determinar un renacimiento de la tentación estatalizadora limitada, con el grave riesgo de su generalización.

¹² BARAS RIOS, *El gran problema farmacéutico cit. p. 25, por mi citado en Apertura y traslado de farmacia, Madrid, 1966, p. 40*