CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE FARMACIA Y SU REGULACIÓN. CAPILARIDAD Y SOLIDARIDAD COMO CARACTERÍSTICAS CLAVE

Juan Rodríguez Cárcamo

Socio del departamento de Derecho Público de Pérez-Llorca

LA FARMACIA EN ESPAÑA. ALGUNOS DATOS.

El modelo español de oficina de farmacia es uno de los más accesibles del mundo. Para comprobarlo, basta con recordar que en nuestro país existen en la actualidad 21.559 oficinas de farmacia, con un ratio de una farmacia por cada 2.186 habitantes. Además, tres de cada cuatro oficinas de farmacia se encuentran situadas en municipios de menos de 5.000 habitantes, el 63% de ellas fuera de capitales de provincia. Y la consecuencia de todo ello es que la mayor parte de la ciudadanía tiene garantizado el acceso a una oficina de farmacia en su lugar de residencia (en concreto, el 99% de la población española).

La farmacia supone además un importante sector desde el punto de vista del empleo cualificado y muy en especial del empleo femenino. El número de farmacéuticos que desarrollan su actividad en oficinas de farmacia asciende, en la actualidad, a 45.735 personas, siendo un 68,6% de ellas, mujeres.

Se trata, además, de un servicio valorado muy positivamente por los ciudadanos hasta el punto de que la cifra de reclamaciones sobre las farmacias que reciben las organizaciones de consumidores represente tan sólo el 0,27% del total de reclamaciones recibidas en nuestro país.

Y finalmente, aunque no por ello menos importante, la farmacia es uno de los principales agentes sanitarios de nuestro país. Así, cada año las farmacias en España ofrecen 182 millones de consejos sanitarios ajenos a la dispensación, o lo que es lo mismo, uno de cada tres españoles que entra en una farmacia no adquiere un medicamento, pero sí recibe a cambio un consejo sanitario.

Esta realidad, que debería enorgullecernos como sociedad, la hace posible la ordenación

farmacéutica, es decir, el conjunto de normas que regulan la actividad de las oficinas de farmacia, cuya aplicación, con el paso de los años, se encuentra en el origen de nuestro modelo de farmacia. En este artículo voy a abordar los principales aspectos de esta regulación, explicando en qué consisten, cuál es la finalidad de cada uno y su acomodo en el Derecho de la Unión Europea.

ORDENACIÓN FARMACÉUTICA:

Para hacerlo, conviene recordar que las finalidades que legítimamente justifican la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la ordenación farmacéutica son esencialmente (i) la protección de la salud en el acto de dispensación, (ii) el abastecimiento de medicamentos a la población y, finalmente, (iii) evitar el derroche de recursos públicos en el consumo de medicamentos.

En España, para alcanzar estos fines, hemos utilizado principalmente las tres siguientes figuras que son las piezas claves de nuestra ordenación: (i) la propiedad/titularidad de la oficina de farmacia, (ii) la planificación geográfica y (iii) la concertación.

Analizaré a continuación cada uno de estos aspectos.

a. La propiedad de la farmacia:

La propiedad/titularidad de la oficina de farmacia es la regla según la cual, sólo los farmacéuticos pueden ser titulares y explotar oficinas de farmacia.

Se trata de una medida que restringe la libertad de empresa, tanto en su vertiente del derecho de establecimiento, como de prestación de servicios, pero que, conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[1], se justifica por una doble finalidad: (i) por un lado, persigue proteger la salud del ciudadano en el acto de la dispensación del medicamento y (ii) por otro, evitar el derroche de recursos públicos a través de un uso no racional del medicamento.

Así, hemos de pensar, en primer término, que los medicamentos presentan un carácter peculiar de modo que sus efectos terapéuticos los distinguen sustancialmente de otras mercancías.

Como consecuencia de dichos efectos terapéuticos, si los medicamentos se consumen innecesaria o incorrectamente pueden perjudicar gravemente la salud, sin que el paciente pueda advertirlo durante su administración[2].

Además, el consumo excesivo y la utilización incorrecta de medicamentos suponen un derroche de recursos financieros, que resulta tanto más perjudicial cuanto que el sector farmacéutico genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los recursos financieros que pueden destinarse a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación, existiendo una relación directa entre dichos recursos financieros y los beneficios de los operadores económicos activos en el sector farmacéutico, dado que, en la mayoría de los Estados de la Unión Europea, las entidades encargadas del seguro de enfermedad asumen la financiación de los medicamentos prescritos[3].

Pues bien, el farmacéutico titular de una farmacia no atiende exclusivamente a la obtención de beneficios en el desarrollo de su actividad, sino que, por su condición de farmacéutico de profesión, se supone que atenderá también a un criterio de profesionalidad. Es decir, su

> **“España es uno de los países del mundo con mayor accesibilidad del ciudadano a la farmacia y aquí, la planificación ha sido sin lugar a dudas el instrumento clave”**

interés privado en la obtención de beneficios está mitigado por su formación, su experiencia profesional y la responsabilidad que le corresponde asumir en su actividad profesional. En concreto, la infracción de las normas legales o deontológicas que rigen el desarrollo de la actividad farmacéutica por parte de un farmacéutico pone en peligro, no sólo el valor de la inversión realizada, como en el caso de cualquier otro empresario, sino también la propia existencia profesional del farmacéutico[4].

Por ello, aunque existen sistemas alternativos a la propiedad/titularidad, que también pretenden proteger la salud de los ciudadanos y evitar el derroche de recursos públicos, sin embargo, tales sistemas han sido considerados por la jurisprudencia del TJUE menos protectores que el sistema español de propiedad/titularidad.

La primera de las alternativas es la del farmacéutico empleado, sin que el propietario de la oficina de farmacia ostente tal condición.

A este respecto, por un lado, el ánimo de lucro del titular no farmacéutico, a diferencia de lo que sucede cuando la propiedad la ostenta un farmacéutico, no está mitigado de un modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos en el sentido antes explicado.

© PATRICK BREEN

Y además, el farmacéutico en esta opción está, como trabajador por cuenta ajena, subordinado al titular no farmacéutico. Ello implica dificultades obvias a la hora de que el farmacéutico no titular manifieste su oposición a las instrucciones dadas por el titular de la farmacia. Tal y como señala el TJUE, los Estados miembros están facultados, en particular, para evaluar si existe tal riesgo en relación con los fabricantes y los mayoristas de productos farmacéuticos por el hecho de que éstos podrían vulnerar la independencia de los farmacéuticos contratados induciéndoles a promocionar los medicamentos que dichos fabricantes o mayoristas producen o comercializan. Asimismo, un Estado miembro puede evaluar si los titulares de farmacias que no tengan la condición de farmacéutico podrían vulnerar la independencia de los farmacéuticos contratados induciéndoles a vender cuanto antes aquellos medicamentos cuyo almacenamiento ya no sea rentable, o si podrían llegar a efectuar reducciones en los gastos de funcionamiento que afectasen a las modalidades de distribución al por menor de los medicamentos[5].

En cuanto a la segunda de las alternativas, la misma consiste en la posibilidad de imponer la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños provocados a pacientes en el suministro de medicamentos por quienes no son farmacéuticos. Como dice el TJUE, si bien es cierto que ello permitiría obtener una indemnización económica al paciente que sufriera tales daños, sin embargo, no debemos olvidar que esa medida de reparación actuaría a posteriori y, por tanto, sería menos eficaz que el principio de propiedad/titularidad –medida preventiva–, en el sentido de que no impediría en absoluto que el titular de la farmacia ejerciera su influencia sobre los farmacéuticos contratados[6].

Por todo ello, la propiedad/titularidad es considerada hoy en día como una de las medidas más eficaces en la protección de la salud de los ciudadanos en el acto de la dispensación de los medicamentos y en el uso racional del medicamento, desde el punto de vista de su financiación por los poderes públicos.

b. Planificación geográfica:
La planificación geográfica, a través de la limitación de la apertura de oficinas de farmacia a determinados módulos de población, así como a determinados requisitos de distancia, persigue garantizar el abastecimiento de medicamentos a la población, como elemento que integra la protección a la salud, de forma segura y siguiendo unos estándares mínimos de calidad. Se trata de garantizar la accesibilidad del ciudadano al medicamento, aunque para ello se restringe, al igual que en el caso anterior, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios por parte del operador económico, en este caso, del farmacéutico. Este objetivo puede lograrse en distintos grados. En función del nivel de accesibilidad que cada Estado miembro decida ofrecer a sus ciudadanos, la restricción podrá ser más o menos intensa.

Pues bien, la jurisprudencia del TJUE ya ha considerado la planificación como una intervención válida en el ámbito de la ordenación farmacéutica[7].

Así, se ha reconocido ya que la falta de planificación geográfica tendría como principal consecuencia la apertura de farmacias en zonas urbanas rentables y atractivas, con el correlativo riesgo de que determinadas zonas rurales y aisladas quedaran desabastecidas[8].

Es ésta, precisamente, la situación negativa que pretende evitar la implantación de módulos de población. En efecto, estos módulos tienden a canalizar la implantación de farmacias hacia aquellas partes del territorio nacional en las que el acceso a la atención farmacéutica presenta lagunas, invitando al farmacéutico a establecerse en ellas por no permitírsele establecerse en las más rentables.

El ajuste a través del establecimiento de determinados requisitos de distancia mínima impide la concentración de farmacias en el interior de una zona geográfica determinada, en determinadas áreas atractivas de dicha zona, evitando así la duplicidad de estructuras en

unas áreas y la falta de farmacias en otras. Por medio de este ajuste se aumenta la certidumbre de los pacientes, en cuanto que éstos dispondrán de una farmacia próxima a su residencia y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada. Es éste un factor importante en materia de planificación geográfica, principalmente debido a que puedan surgir urgencias a la hora de administrar medicamentos, así como a la existencia de clientes de movilidad reducida (como las personas de avanzada edad o las gravemente enfermas)[9].

La planificación geográfica, por lo demás, está sujeta a un elemento de proporcionalidad dirigido a la necesidad de garantizar la congruencia en su aplicación.

Como decía al comienzo, España es uno de los países del mundo con mayor accesibilidad del ciudadano a la farmacia y aquí, la planificación, aplicada conforme a parámetros proporcionados, ha sido sin lugar a dudas el instrumento clave.

c. Concertación:

La concertación, el último instrumento de ordenación que voy a analizar, surge como consecuencia del establecimiento por nuestro legislador de un deber de dispensación de los medicamentos por el farmacéutico. Se trata de la obligación del farmacéutico de dispensar el medicamento, no sólo en las condiciones sanitarias legalmente establecidas, sino también en las condiciones económicas que marca nuestra normativa. Y ello, no porque lo establezca algún tipo de contrato o concierto, ni por las condiciones particulares de su autorización, sino porque se trata de una obligación que recae sobre todas las oficinas de farmacia y que tiene su origen en la ley.

Este deber de dispensación ha sido cuestionado en épocas recientes, tanto como consecuencia de la situación de impago que han atravesado en los años de la crisis diversas comunidades autónomas, como por la iniciativa de algunas de ellas que han querido eliminar el carácter obligatorio de este deber para los farmacéuticos, como primer paso para una revisión del modelo tendente a eliminar los otros dos pilares de nuestra ordenación.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha confirmado la existencia de este deber de dispensación de naturaleza constitucional básica y de rango legal[10], que recae sobre todas las oficinas de farmacia, de modo que es contraria a él, cualquier regulación que haga del deber de dispensación un elemento accesorio y prescindible del régimen legal de explotación de la oficina de farmacia.

La concertación es la consecuencia de la existencia de este deber, ya que es el instrumento jurídico a través del cual, en la práctica totalidad de las comunidades autónomas, se produce el reembolso al farmacéutico de la parte financiada del precio de los medicamentos y productos sanitarios.

Asistimos en estos momentos a determinados cambios legislativos en el Derecho de contratos y a determinadas iniciativas en el ámbito del Derecho de la competencia, que aconsejan, a mi modo de ver, una revisión y fortalecimiento de la figura del concierto, como instrumento que garantiza la igualdad de los ciudadanos en el acceso al medicamento y que, en definitiva, reforzaría la totalidad del modelo farmacéutico español, del que, como digo, podemos sentirnos orgullosos.

1.- Sentencias del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315 y Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 y C-172/07, EU:C:2009:316.
2.- Sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315, apartados 55 y 56.
3.- Sentencias del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315, apartado 57.
4.- Sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315, apartado 61.
5.- Sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315, apartado 64.
6.- Sentencia del TJUE de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, EU:C:2009:315, apartado 86.
7.- Sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07, EU:C:2010:300.
8.- Sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07, EU:C:2010:300, apartados 72 y 73.
9.- Sentencia del TJUE de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07, EU:C:2010:300, apartados 80 a 83.
10.- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 137/2013, de 6 de junio de 2013 (RTC 2013\137).