

Liberalización del sector farmacéutico

Reflexiones

■ RAÚL MAYORAL BENITO • Abogado.

El autor emite su opinión de jurista sobre las posibles consecuencias de una liberalización total del sector farmacéutico, tanto desde la perspectiva del establecimiento de las oficinas de farmacia como empresas privadas de servicio público, como desde la óptica del funcionamiento del mercado farmacéutico en España y en Europa.

Las oficinas de farmacia tienen en el ordenamiento jurídico español la consideración de «establecimientos privados de interés público» (artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de las Oficinas de farmacia). El Tribunal Supremo ha categorizado esta definición legal, al decir que *se trata de un servicio público impropio o virtual*. Este tipo de servicios se caracteriza por constituir una actividad fundamentalmente privada, dirigida al público, que la necesita y la reclama, que presenta un interés general muy acusado, y respecto de la cual el Estado se reserva poderes de autorización y de ordenación, mediante el establecimiento de un régimen jurídico especial.

LEGISLACIÓN

La referida intervención del Estado, que existe no sólo en España, sino también en todos los países de la Unión Europea, se basa en normas constitucionales, que reconocen el derecho a la protección de la salud y conceden a los poderes públicos competencia para organizar y tutelar la salud pública (artículo 43 de la Constitución Española). La propia Carta



Magna establece que las materias de Sanidad exterior y coordinación general de la Sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos son de exclusiva competencia del Estado (artículo 149.1.16).

La legislación estatal promulgada en virtud de estas competencias es abundante, destacando por su importancia, las siguientes disposiciones legales:

- La Ley 14/1986, de 21 de abril, General de Sanidad.
- La Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.
- La Ley 16/1997, de 25 de abril, sobre Regulación de las Oficinas de farmacia.

A esta legislación estatal hay que añadir las disposiciones de desarrollo

promulgadas por las comunidades autónomas para la ordenación farmacéutica en sus respectivos territorios. La mayor parte de las comunidades autónomas dispone ya de regulaciones en vigor sobre la materia. La propia complejidad normativa del Derecho interno debe ser completada con las normas comunitarias. La mayoría se refiere, principalmente, a medicamentos y especialidades farmacéuticas, pero existen también actos jurídicos reguladores de materias directamente relacionadas con la profesión farmacéutica; así, por ejemplo, la Directiva 85/443/CEE, del Consejo, de 16 de septiembre de 1985 relativa al reconocimiento mutuo de diplomas, cualificaciones y otros títulos de farmacia, que incluye medidas tendientes a facilitar el ejercicio efectivo del derecho

de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas.

En resumen, en la intervención regulatoria de la actividad desarrollada por las oficinas de farmacia inciden hasta tres ordenamientos jurídicos: el comunitario, el estatal y el autonómico, lo cual crea una situación sumamente compleja que requiere un cuidadoso análisis interpretativo para su correcta comprensión y aplicación.

LA LIBERALIZACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO

Como la mayoría de las actividades económicas, y muy especialmente las que integran el sector terciario o de servicios, la actividad farmacéutica está sometida a la doble presión que supone por un lado la liberalización y desregulación de la apertura de nuevas oficinas de farmacia, y por otro, la aplicación y el desarrollo de las normas de libre competencia.

En concreto, cuando se habla de liberalización del sector farmacéutico conviene deslindar dos niveles diferentes: el de liberalización para el establecimiento y el de liberalización para el funcionamiento de las oficinas de farmacia.

Liberalización para el establecimiento

Supone la supresión de las condiciones geográficas y demográficas para la apertura de una oficina de farmacia, permitiendo la libre apertura de nuevos establecimientos sin sujeción a normas de distancia y número de habitantes. Se trata de un asunto planteado hace años y sobre el que hay incluso jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Precisamente, en la sentencia de 24 de julio de 1984, el citado órgano sostiene *la necesaria diferenciación que debe existir entre las oficinas de farmacia y otro tipo de establecimientos que habrán de regirse por principios distintos. Así, el tipo de productos sobre el que actúa la oficina de farmacia, los riesgos de su indebido suministro al público e, incluso, la desatención al mismo por carencia o insuficiencia de ellos, diferencia a aquélla de otro tipo de establecimientos de consumo.* En suma, la oficina de farmacia dispone de unas características singulares entre las que destaca su finalidad de satisfacer una necesidad social de carácter básico, que sitúan el derecho a «tener farmacia» en una línea diferente y no equiparable a la libertad de empresa. La limitación en el establecimiento de oficinas de farmacia por razón de dis-

tancias y núcleos de población responde a exigencias adecuadas a los intereses generales de carácter sanitario de ordenación farmacéutica. En efecto, limitar la ubicación de oficinas de farmacia y condicionarla a criterios geográficos y demográficos pretende lograr una distribución equilibrada de tales establecimientos, al objeto de ofrecer un mejor servicio a la población. Por ello, la referida sentencia del Tribunal Constitucional advierte que *la Constitución no impide regular ni limitar el establecimiento de las oficinas de farmacia, pero tampoco impide prohibir la dispensación al público de especialidades farmacéuticas fuera de las oficinas de farmacia, siempre y cuando con aquella limitación y esta prohibición se logren fines estimados como deseables para el interés general.*

En España, ha sido el Tribunal de Defensa de la Competencia el principal impulsor de las reformas liberalizadoras

La oficina de farmacia desarrolla una actividad privada con proyección pública, dándose, por tanto, una pugna de intereses: por un lado, los de carácter jurídico privado, que exigen una política de libertad de establecimiento y, por otro, los intereses jurídico públicos, que implican condicionar la apertura de la farmacia a las necesidades generales de la atención sanitaria.

Liberalización para el funcionamiento

Afecta, igualmente, a otros aspectos relacionados con la farmacia como propiedad del establecimiento, horarios, precios o productos farmacéuticos.

La propiedad de la oficina de farmacia plantea la polémica cuestión

que subyace en ciertas leyes autonómicas de ordenación farmacéutica, recurridas ante el Tribunal Constitucional, de mantener el carácter privado y empresarial de la farmacia como propiedad particular del farmacéutico o, por el contrario, hacer de ésta una oficina pública, ni transmisible ni gestionable libremente, y del farmacéutico un funcionario que accede a ella por nombramiento y que se somete al régimen propio de los funcionarios.

El tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico ha dispensado a los horarios en el sector farmacéutico apenas ha tenido éxito, ya que su liberalización no se ha correspondido con una demanda real.

En cuanto a la flexibilización del sistema de precios fijos y el levantamiento de la prohibición de descuentos (Real Decreto-Ley 5/2000 sobre contención del gasto farmacéutico, que faculta a los farmacéuticos para aplicar descuentos del 10% en el precio de las especialidades farmacéuticas publicitarias), conviene precisar que la intervención pública directa en los precios de los medicamentos se justifica por la presencia de fallos en el mercado. Sin embargo, también la regulación estatal padece de ciertas disfunciones. Las disposiciones colegiales impiden o hacen muy difícil las rebajas o descuentos a favor del consumidor, si bien están emergiendo otras formas de competencia, aunque limitadas, como el servicio a domicilio, el crédito farmacéutico, etc. Los precios de salida de fábrica están intervenidos también, aunque el precio autorizado, según la legislación, es claramente un máximo. Los márgenes mayoristas dejan más flexibilidad. Podría haber, por tanto, rebajas y descuentos del fabricante y, sobre todo, del mayorista a favor del farmacéutico que, sin embargo, no se pasarían a los consumidores.

Por lo que se refiere a los medicamentos, la introducción de genéricos en el mercado farmacéutico es uno de los instrumentos que favorece un aumento de la competencia por su repercusión en los precios, ya que no permiten la diferenciación, no otorgan poder de mercado ni el monopolio de la patente, al comercializarse únicamente cuando ésta ha expirado, ni tampoco derechos en exclusiva.

La creación de un mercado de genéricos contribuye a la mejora de la eficiencia del sistema sanitario, ya que permite la competencia en precios en el sector de los medicamentos sin que ello se traduzca en una reducción de la calidad, la seguridad y la eficacia de los mismos.

El mercado libre europeo

En España, ha sido el Tribunal de Defensa de la Competencia el principal impulsor de las reformas liberalizadoras, justificándolas en las ventajas que la libre competencia supondrá para el consumidor, para los nuevos titulados de farmacia, para la creación de nuevos puestos de trabajo y para la reducción del gasto público.

No obstante, el asunto desborda los planteamientos internos para encuadrarse en el ámbito mucho más amplio de la Unión Europea. En efecto, el Tratado de la Unión Europea enumera entre sus objetivos el establecimiento de un mercado común y el desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad (artículo 2). Para la consecución de estos fines, el propio Tratado señala como instrumento el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común y ordena la supresión de los obstáculos internos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (artículo 3, letras a, c y g). El principio de la economía de mercado abierta y de libre competencia es, por tanto, uno de los fundamentos de la Unión Europea (artículos 3 A.1, 102 A y 105.1 del Tratado). De ahí la enorme importancia de la política de la competencia.

La liberalización de los horarios de las oficinas de farmacia no se ha correspondido con una demanda real

Las normas sobre competencia se establecen en los artículos 85 a 94, ambos inclusive, del Tratado, que son de aplicación directa e inmediata a todos los países miembros y en todo el territorio de la Unión Europea, cuando el comercio comunitario resulte, efectiva o potencialmente, afectado. Ahora bien, la Unión Europea ha sido incapaz, hasta ahora, de dotar a la industria farmacéutica de las mismas herramientas que al resto de los sectores económicos.

CONCLUSIÓN

La tendencia del marco legal español hacia la liberalización y profundización de la competencia en el sector farmacéutico no puede ser ignorada y exige que dicho sector, y en especial los farmacéuticos, se adapten a ella, pero sin renunciar a los principios de interés público y de protección de la salud que deben seguir ordenando la regulación de su actividad e inspirando las normas concretas que se promulguen en el futuro.

Cualquier apertura del mercado que se lleve a efecto ha de evitar la conversión de las especialidades farmacéuticas en una mercancía, con los efectos adversos que esto puede suponer, en cuanto estimula la automedicación, supone una total falta de garantías y es contraria a los principios de uso racional de los medicamentos y de garantía de servicio igual para todos los ciudadanos. □