

Oficina de farmacia: ¿autorización o concesión?

Mucho se ha escrito sobre la condición administrativa de la oficina de farmacia –¿autorización o concesión?–, pero generalmente a través de dictámenes jurídicos con un marcado carácter técnico. En este artículo se revisan brevemente ambos conceptos, se analizan en nuestro contexto y se aplican al presente y el futuro de la farmacia española.

EMILIO A. FLORES

Doctor en Farmacia. Licenciado en Derecho.

En el entorno farmacéutico los conceptos jurídicos de concesión y autorización, en apariencia tan claramente diferenciados, se encuentran, sin embargo, muy mezclados, contribuyendo a enmarañar cada vez más la auténtica naturaleza jurídica de la oficina de farmacia en España, su presente y, sobre todo, su futuro. En este artículo se pretende aclarar ambos conceptos, de forma general primero y en relación con la oficina de farmacia después, así como establecer algunas de las inevitables consecuencias que una y otra consideración tienen para este establecimiento.

Pocos son los que se oponen a que la Administración regule el sector de la oficina de farmacia. Lo ha hecho siempre en mayor o menor medida y así debe ser, en aras de la necesaria protección de la salud que establece nuestro texto constitucional (art. 43). Pero no debemos perder de vista que la oficina de farmacia en España es un «establecimiento sanitario privado de interés público»¹, es decir, que el innegable interés público de su actividad justifica la intervención de los poderes públicos, pero no hasta el extremo de desvirtuar su naturaleza de establecimiento privado, lo que lo converti-

ría en una concesión administrativa, que es algo hacia lo que poco a poco parece que vamos desgraciadamente tendiendo, como se quiere poner de manifiesto en el presente artículo,

Sin pretender dogmatizar sobre la materia, lo que en Derecho siempre es peligroso, las dos posibilidades sobre la naturaleza del título administrativo que legitima el ejercicio profesional del farmacéutico en la oficina de farmacia son las que se revisan a continuación.

La autorización administrativa

Son básicamente dos las teorías sobre la naturaleza de la autorización administrativa, ambas establecidas a finales del siglo XIX.

Teoría de Oreste Raneletti

La primera, formulada por Oreste Raneletti, propugna que en una autorización administrativa, la titularidad de los derechos corresponde a sujetos privados cuyo ejercicio se haya supeditado a un

consentimiento previo por parte de la Administración, mediante el cual ésta declara que dicho ejercicio es compatible con el interés público. Por tanto, la autorización sería simplemente un acto administrativo de liberación que elimina el obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente del particular, el cual, aun no obteniendo el consentimiento administrativo correspondiente, por razones de interés público, y no por otro motivo, seguiría siendo el titular de dicho derecho aunque circunstancialmente no pudiera ejercerlo.

Teoría de Otto Mayer

La segunda teoría, formulada por el jurista alemán Otto Mayer, establece que toda actividad privada potencialmente lesiva para el interés general habrá de estar inicialmente prohibida, si bien la Administración puede levantar esta prohibición tras comprobar que la forma en la que se pretende ejercer dicha actividad no entraña riesgo alguno para los intereses comunes de la población.

Contraste

Ambas teorías recogen dos puntos de vista de una misma realidad: mediante autorización administrativa, el particular, titular de determinado derecho, limitado en el ejercicio de éste por razones de interés público, obtiene de la Administración el título habilitante para ejercerlo, si bien, y esto es lo más importante, dicho título no recoge derecho alguno que el particular no tuviera de antemano. Es decir, la autorización ad-

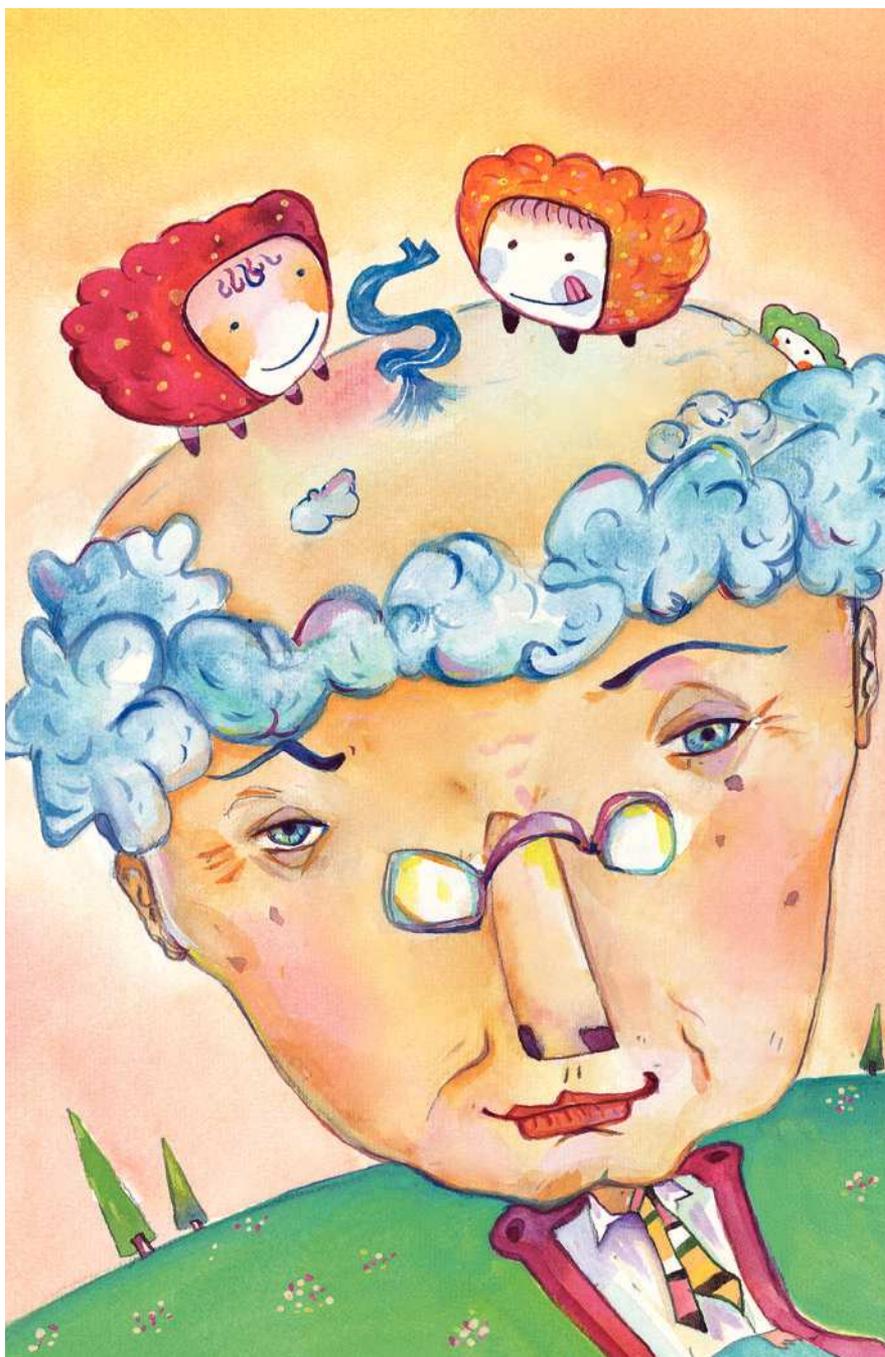
ministrativa constituirá un título declarativo de determinadas condiciones de ejercicio de un derecho, y no constitutivo de este, puesto que era preexistente a la propia habilitación administrativa.

La concesión administrativa

La concesión representa, por el contrario, la forma típica de explotación de los servicios económicos o industriales en el Estado liberal. Se trata de una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en la que la Administración, permaneciendo como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular, que corre con los riesgos económicos de su explotación. Para ello, lógicamente será necesario un acuerdo previo entre la Administración y el particular concesionario, acuerdo que se sustancia mediante un mecanismo contractual.

Regulada actualmente en España por la Ley de Contratos del Sector Público², establece una situación muy peculiar para el particular concesionario, que es muy interesante a los efectos del presente artículo y que podemos resumir en los siguientes puntos:

- La Administración dispone de un poder originario para controlar el servicio concedido y hacer así que se preste en las condiciones reglamentarias, lo que se justifica porque el servicio continúa siendo público pese a la concesión.
- El personal adscrito al funcionamiento del servicio concedido no tiene carácter de funcionario público, manteniendo con el concesionario relaciones de tipo privado y naturaleza laboral.
- El concesionario dispone de poderes de policía delegados para hacer cumplir a los usuarios los reglamentos que regulan el servicio, y los usuarios, a su vez, podrán denunciar a la Administración por las infracciones realizadas por el concesionario. A su vez, la Administración podrá someter a concesionario y usuarios a su régimen reglamentario correspondiente.
- La Administración conserva la facultad de controlar las tarifas de utilización del servicio.
- Por último, la situación del concesionario es temporal, hasta el punto de



que una cláusula expresa de perpetuidad no podría tenerse por válida.

Naturaleza jurídica de la oficina de farmacia

Parece evidente que la naturaleza de la oficina de farmacia en España es, desde siempre, la autorización administrativa, lo que es completamente pacífico en la doctrina, y ello porque la competencia para el ejercicio del farmacéutico en esta

faceta profesional no radica en el título administrativo habilitante, la autorización, sino en el propio título académico del profesional. Es decir, el farmacéutico, por el hecho de serlo, tiene derecho a ejercer su actividad profesional como titular-propietario de oficina de farmacia, si bien es cierto que, como consecuencia del enorme impacto que estos establecimientos tienen sobre la salud pública, el ejercicio de este derecho se encuentra, en mayor o menor medida, intervenido por la Administración.

Es decir, en nada se incrementa la capacidad jurídica del titular de una autorización administrativa para el establecimiento de oficina de farmacia. La misma es idéntica a la del momento anterior a la propia autorización, la cual ha de limitarse a constatar el cumplimiento de los requisitos administrativos establecidos por las leyes, fundamentalmente autonómicas. Es decir, estaremos ante un efecto puramente declarativo, no constitutivo.

Todos estos argumentos son mantenidos por prestigiosos administrativistas desde muy antiguo³, así como por abundante jurisprudencia⁴, aunque como suele pasar en el mundo del Derecho, no es difícil encontrar autores no menos brillantes que mantienen una posición exactamente opuesta⁵, al afirmar que «... conviene aclarar que aunque estemos ante una autorización reglada, ese carácter reglado no significa el reconocimiento de un derecho preexistente a la apertura de la farmacia, pues la autorización no produce efectos declarativos, sino constitutivos de un nuevo derecho que se atribuye a un titulado universitario».

Desde este artículo, sin embargo, mantenemos que los poderes públicos habrían de limitarse a constatar que se cumplen los requisitos administrativos que garantizan un servicio farmacéutico de calidad, como la capacitación académica del farmacéutico, las características del local, el nivel de existencias del establecimiento, los criterios demográficos y geográficos vigentes, etc. Pero nada más; si estos requisitos se cumplen, la Administración deberá necesariamente autorizar sin más el funcionamiento de la oficina de farmacia, porque al hacerlo simplemente estaría permitiendo el ejercicio de un derecho preexistente, y no creando *ex novo* un derecho con la propia autorización.

Tal sería el caso de la concesión, institución que incrementa la capacidad jurídica del titular de la oficina de farmacia,

otorgándole derechos que hasta entonces no ostentaba. Sería el supuesto de una administración de lotería o de una gasolinera. Se trata de derechos de explotación que recaen en el Estado y que éste cede, en virtud de méritos de diversa índole, a particulares que los ejercen de forma temporal.

En definitiva, parece contradictorio defender que la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia pasa por el hecho de que el título administrativo habilitante que determina su funcionamiento es la autorización administrativa, como aquí mantenemos y nadie discute, y al mismo tiempo entender que dicho título crea un derecho nuevo del que el solicitante carecía antes de ser titular de la autorización, dado que como hemos visto, en la naturaleza misma de esta institución se encuentra su carácter declarativo de la posibilidad de ejercicio de un derecho, y en ningún caso, su creación *ex novo*.

Para terminar este apartado, cabe hacer referencia a una terminología muy extendida tanto en artículos de opinión como en la bibliografía, e incluso en el propio Derecho positivo. Se trata de la expresión «concesión de la autorización»⁶, una forma poco acertada de expresar el título administrativo que legitima el funcionamiento de la oficina de farmacia. La autorización no puede «concederse», porque ello implicaría discrecionalidad administrativa y ausencia de un derecho preexistente.

Es decir, la concesión al farmacéutico de la autorización para el establecimiento de una oficina de farmacia atribuiría la cualidad o condición de la autorización, de la que previamente el farmacéutico (concesionario en este caso) carecía. O sea, se otorga al farmacéutico un derecho que antes no tenía (como es propio, según vimos, de la naturaleza jurídica de la concesión como tal), derecho que está constituido por la propia autorización.

En cualquier caso, parece claro que esta terminología no viene sino a esta-

blecer elementos de confusión, por lo que debería ser evitada. Así, el farmacéutico obtiene de la Administración la autorización para el establecimiento de una oficina de farmacia una vez contrastado por dicha Administración que el interés público sale beneficiado con el nuevo establecimiento, pero dicha autorización no es concedida arbitrariamente al solicitante.

Consecuencias

Como ocurre con numerosos aspectos relacionados con el Derecho farmacéutico, el profesional de la oficina de farmacia, poco familiarizado con estas cuestiones, no suele encontrar relación directa entre estos matices técnicos y la realidad del día a día en su trabajo, por lo que su desinterés sobre la materia suele ser habitual. A continuación, nos proponemos poner de manifiesto que esta relación existe, y es mucho más estrecha de lo que podría parecer

Autorización frente a concesión y dictamen motivado

Estando aún en marcha el procedimiento de infracción que contra España y su sistema de establecimiento de oficinas de farmacia inició la Comisión Europea en 2005, y sin saber todavía en qué va a desembocar, la reforma que pretende la Comisión es tan profunda que cualquier texto que pretenda recoger algún aspecto relacionado con la oficina de farmacia española, y que pretenda dar una visión de conjunto sobre la materia, deberá reparar, siquiera mínimamente, en la repercusión que pudiera tener dicha visión a la vista del contenido del Dictamen Motivado al que dio lugar el procedimiento de infracción al que nos hemos referido.

Es sabido que para la Comisión, nuestro actual modelo de autorización administrativa es contrario al derecho de establecimiento consagrado en el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, puesto que está condicionado por los criterios geográficos y demográficos que establece nuestra legislación en la materia, que son considerados por la Comisión como

Es perfectamente compatible la limitación y planificación de las oficinas de farmacia con el respeto a su estatuto jurídico, siendo por tanto rechazable el establecimiento de un sistema concesional, al que parece que nos vamos encaminando, aunque sin reconocerlo expresamente, sobre todo de la mano de las sucesivas legislaciones autonómicas

Los poderes públicos habrían de limitarse a constatar que se cumplen los requisitos administrativos que garantizan un servicio farmacéutico de calidad, como la capacitación académica del farmacéutico, las características del local, el nivel de existencias del establecimiento, los criterios demográficos y geográficos vigentes, etc.

inadecuados para obtener el fin que persiguen, e incluso desproporcionados.

Hay que suponer que la opinión de la Comisión sería la misma, o incluso si cabe, más frontalmente contraria, frente a un sistema de corte concesional, dado que en éste la posibilidad de establecimiento de un farmacéutico cualquiera, ciudadano de la Unión, estaría más limitada, al ser la Administración la titular del servicio farmacéutico que luego cedería, en su gestión, al farmacéutico concesionario.

La Comisión pretende, como es sabido, que la libertad de establecimiento pueda ser ejercida por cualquier persona, farmacéutica o no, física o jurídica, sin más limitación que la que desde el punto de vista económico establezca el mercado. De este modo, pretende que la libre competencia mejore la calidad del servicio y distribuya homogéneamente los establecimientos por todo el territorio. Por tanto, la naturaleza jurídica del título administrativo habilitante para el ejercicio profesional del farmacéutico le es indiferente. Es más, se deduce del propio Dictamen Motivado la no necesidad de título habilitante alguno.

Autorización frente a concesión y Ley de Sociedades Profesionales

Mucho se ha escrito sobre la posibilidad de aplicación de la reciente Ley de Sociedades Profesionales⁷ a la oficina de farmacia española. Se han encargado informes jurídicos⁸, e incluso se han publicado monografías específicas derivadas de alguno de ellos⁹. Casi todos los autores coinciden en señalar la imposibilidad de aplicación de esta norma a la oficina de farmacia, con el argumento casi unánime de que propiedad y titularidad son, no ya inescindibles (art. 103.4 de la Ley General de Sanidad¹⁰), sino una misma realidad jurídica, pues la titularidad hace referencia a la autorización administrati-

va para el ejercicio en oficina de farmacia, y la propiedad expresa la misma realidad pero referida a la transmisibilidad limitada de la primera¹¹.

De hecho, varias comunidades autónomas (Galicia, Cataluña, País Vasco, Murcia...) ya han manifestado que dicha disposición adicional hace a sus legislaciones plenamente aplicables, y en sus respectivos ámbitos geográficos prevén considerar la Ley de Sociedades Profesionales como inaplicable a la oficina de farmacia, por entender que si aquel precepto separa titularidad y propiedad, es incompatible con el mencionado art. 103 de la Ley General de Sanidad y por tanto inaplicable. Si no actuaran así, la Ley es igualmente inaplicable porque precisamente la mencionada disposición adicional deja al margen del ámbito de aplicación de la norma a la oficina de farmacia, en el bien entendido de que al referirse a titularidad se refiere a la oficina de farmacia en su conjunto, titularidad y propiedad.

Todo esto es bastante discutible. En cualquier caso, el desarrollo reglamentario de la Ley dará su auténtica medida, y desde luego su aplicabilidad o no a la oficina de farmacia.

Sea como fuere, a los efectos de estudiar la aplicabilidad o no de la Ley de Sociedades Profesionales a la oficina de farmacia, cabe señalar que los autores que defienden su inaplicabilidad, que son mayoría, aun manteniendo la naturaleza de autorización del título habilitante para el ejercicio en oficina de farmacia, sin embargo le otorgan un carácter constitutivo de derechos a favor del farmacéutico solicitante, lo que deriva hacia un modelo de corte concesional que, de ser cierto, haría desde luego totalmente inaplicable, no ya la norma de la que venimos hablando en el presente epígrafe, sino casi cualquier iniciativa o medida que partiera de la autonomía de la voluntad del farmacéutico, por la sencilla razón de que el titular del servicio

seguiría siendo, como vimos, la propia Administración, que ostentaría unos poderes exorbitantes sobre su gestión y prestación.

Autorización frente a concesión y transmisión de la oficina de farmacia

Es bien cierto que desde siempre la Administración ha intervenido en mayor o menor medida en la transmisión, por cualquier título, de la oficina de farmacia, puesto que debía comprobar el cumplimiento de determinados requisitos, propio de un establecimiento de interés público como éste.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, las comunidades autónomas vienen introduciendo normas limitadoras de la transmisión que intervienen en ella hasta un punto que más parecería que estuviéramos ante un establecimiento de propiedad pública con un farmacéutico-funcionario al frente.

Incluso hace unos años, dos comunidades autónomas, Extremadura y Castilla-La Mancha, pretendieron prohibir directamente cualquier posibilidad de transmisión de la oficina de farmacia. El Tribunal Constitucional, no obstante¹², declaró inconstitucionales los correspondientes preceptos, y desde entonces ninguna comunidad autónoma ha vuelto a plantear una prohibición de este tipo.

Pero sí que han ido surgiendo leyes autonómicas de ordenación farmacéutica con una fortísima intervención pública en los procesos de transmisión, que no se corresponden con la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia.

Muchas de ellas limitan extraordinariamente la autonomía y la voluntad del titular-propietario, puesto que condicionan la transmisión a una autorización previa. Es decir, un establecimiento privado (aunque eso sí, de interés público) no puede transmitirse libremente, sino que su movimiento en el tráfico jurídico está sometido a una autorización administrativa. Así, algunos autores a los que ya nos hemos referido establecen que¹³ « como empresa privada que es, la farmacia se integra en la esfera jurídico privada patrimonial del farmacéutico... y una condición inherente al patrimonio privado es sus transmisibilidad, tanto *inter*

vivos como *mortis causa*». Es decir, que siendo la farmacia una parte integrante del patrimonio personal del farmacéutico, no cabría más intervención que la derivada de la comprobación del cumplimiento de los requisitos objetivos que establece la ley, sobre todo en relación con la cualificación del adquirente.

Sin embargo no siempre es así. La última norma autonómica en ser promulgada, la que corresponde a Andalucía¹⁴, establece innumerables limitaciones a la transmisión de la oficina de farmacia. Así, la somete a autorización previa (art. 47.1), directamente la prohíbe cuando hayan transcurrido menos de cinco años desde la última transmisión (art. 47.2.), e incluso establece un curioso mecanismo para las transmisiones onerosas (art. 47.3.), en el que la propia Administración autonómica es un actor más que ha de designar a quién debe el titular-propietario transmitir su farmacia¹⁵.

En definitiva, nos encontramos con un panorama que no respeta la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia española, pues a pesar de que toda la legislación, central y autonómica, reconoce que se trata de una autorización administrativa, el tratamiento que se da, concretamente a la transmisión, es de un tipo que se aleja de esta institución jurídica.

Autorización frente a concesión y legislaciones autonómicas

Extremos como el ya señalado de las limitaciones a la transmisión, el establecimiento por la correspondiente Consejería del número de empleados que debe tener el establecimiento y la cualificación profesional de cada uno, la fijación de plazos para la caducidad de la autorización administrativa, e incluso los sistemas de adjudicación de nuevos establecimientos mediante baremaciones (con criterios además muy discutibles por lo que pudieran tener de discriminatorios), establecen un sistema que se encamina, poco a poco pero con paso firme, hacia un sistema de claro contenido concesional, que no puede calificarse, en principio, ni de mejor ni de peor, pero lo que sí es cierto es que no se corresponde con la naturaleza jurídica de la oficina de

farmacia, naturaleza que desde luego puede cambiarse, pero no por parte del legislador autonómico.

Algún autor da en el blanco¹⁶ al afirmar que «aunque partiendo del principio de considerar privada y propia de un profesional libre la actividad 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». Parece que a la vista de las legislaciones autonómicas que van apareciendo, el sujeto titular del derecho a la dispensación del medicamento es el Estado, quien busca al profesional que acapara más méritos profesionales y académicos para cederle, temporalmente y siempre sujeto a la exhaustiva reglamentación autonómica, el ejercicio de ese derecho mediante la gestión del correspondiente establecimiento, a cambio de los beneficios empresariales a que eventualmente hubiera lugar. Es decir, se cumplen todos las características que ya vimos que son consustanciales a la institución jurídica de la concesión.

Conclusiones

Salvo mejor criterio, la naturaleza jurídica del título habilitante para el ejercicio profesional del farmacéutico en la oficina de farmacia es la autorización administrativa. Sin embargo, aún reconociéndolo así, tanto la doctrina en su totalidad como el Derecho positivo, de forma progresiva nos vamos alejando de esta institución, al no derivarse de ella las correspondientes consecuencias jurídicas. Es decir, *de facto*, nos vamos encaminando hacia un modelo de corte concesional, sobre todo por parte de la legislación autonómica, cuya intervención en todo lo relacionado con la oficina de farmacia y su funcionamiento llega a tal extremo que alcanza a desvirtuar su propia naturaleza jurídica.

La intervención pública en la oficina de farmacia es necesaria y está fuera de toda duda, dada la importancia que el acceso al medicamento tiene para la población, pero no hasta el extremo de modificar por la vía de los hechos su propia personalidad, lo que además no redundaría en una mejora de la calidad del servicio prestado. Recordemos, una vez más, que estamos ante un estable-

cimiento privado de interés público. Se trata, por tanto, de compatibilizar ambos extremos sin que ninguno de ellos se vea desvirtuado.

Es perfectamente compatible la limitación y planificación de las oficinas de farmacia con el respeto a su estatuto jurídico, siendo por tanto rechazable el establecimiento de un sistema concesional, al que parece que nos vamos encaminando, aunque sin reconocerlo expresamente, sobre todo de la mano de las sucesivas legislaciones autonómicas. □

Bibliografía y notas

1. Ley 29/2006, de 26 de Julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, BOE núm. 178 de 27 de Julio de 2006. Art. 84.6.
2. Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, BOE núm. 261, de 31 de Octubre de 2007.
3. Entre otros, García de Enterría, Eduardo. Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Farmacia y Empresa. Julio 1996.
4. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1983, 4 de Marzo de 1985, 24 de febrero de 1986, etc.
5. Blanquer, David. Las oficinas de farmacia y las sociedades profesionales. Tirant Monografías. Valencia 2007. Página 87.
6. Por ejemplo, en Esteve de Segrera, Juan y Martín Barea, Pilar. Función social de las oficinas de farmacia. Editorial Elsevier. Madrid 2007. Pág. 24.
7. Ley 2/2007, de 15 de Marzo, de Sociedades Profesionales, BOE núm. 65 del 16 de Marzo.
8. Entre otros, Eserverri Ernesto, Informe sobre la reciente ley de sociedades profesionales y su relación con el régimen jurídico de oficinas de farmacia vigente. Granada, 15 de Mayo de 2007.
9. Ob. cit. núm. 5.
10. Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, BOE núm. 102, de 29 de Abril.
11. Ob. cit. núm. 5. Pág. 99.
12. Sentencia 109/2003, de 5 de Junio. Recursos de inconstitucionalidad 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados). Promovidos por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico.
13. Ob. cit. núm. 3. Pág. 7.
14. Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. BOJA núm. 254 de 28 de diciembre de 2007.
15. El sistema es parecido al que estableció la Ley 11/1994, de 17 de Junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV núm 135, de 15 de julio de 1994, en su art. 17. Sin embargo, la legislación andaluza establece algunas diferencias interesantes, y además, la ley vasca a la que nos hemos referido va a ser sustituida por otra, que se encuentra en fase de proyecto, y de la que desaparece este sistema de designación del adquirente a título oneroso de la oficina de farmacia.
16. González Pérez, Jesús. El futuro de la oficina de farmacia. Revista DS. Vol. 5. 1997.