

Presencia y actuación profesional del farmacéutico en la oficina de farmacia

Se analiza en este artículo la posibilidad de que nuestra vigente legislación, en materia de oficina de farmacia, se encuentre en una situación de contradicción interna, en lo que respecta a la determinación de qué farmacéutico es el obligado a garantizar la calidad del servicio que se presta en estos establecimientos.

EMILIO A. FLORES

Doctor en Farmacia. Licenciado en Derecho.

En la correcta interpretación de las normas jurídicas, es frecuente que pequeños detalles gramaticales, que incluso a veces pasan inadvertidos, tengan, sin embargo, gran importancia, pues puede desprenderse de ellos la intención que el legislador ha querido dar al correspondiente precepto. Tanto es así, que la ausencia de estos detalles en la redacción del texto modificaría completamente su sentido. Por ello, no es extraño que cualquier palabra, o incluso, un simple signo de puntuación, modifique significativamente el sentido de la norma, con lo que el estudio de cualquier texto legislativo deberá de hacerse siempre con el suficiente detenimiento como para reparar en estos detalles.

Tenor literal de los textos legales

Con carácter general, el art. 3 del *Código Civil* recoge el sentido en el que habrán de interpretarse correctamente las normas. Para ello, establece una serie de criterios: el sentido propio de sus palabras, el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social

del tiempo en que aquéllas habrán de ser aplicadas.

A los efectos del presente artículo, nos interesa especialmente el primero de los aspectos, el sentido propio de las palabras que recoja el precepto correspondiente, o sea, su tenor literal. Es decir, si bien es cierto que no cabe distinguir donde la ley no distingue, cuando ésta sí que distingue, parece evidente que a esta distinción habrá que darle la correspondiente relevancia jurídica, no habiendo lugar a la suposición de que el legislador simplemente no ha estado acertado en la redacción del precepto. Y aunque así hubiera sido, ello habrá de tener, necesariamente, consecuencias jurídicas.

Esta tesis adquiere mayor importancia, a mi juicio, cuando sucesivas normas reguladoras de la misma realidad social –en el caso que nos ocupa, la oficina de farmacia (OF)–, recogen detalles gramaticales diferentes ante un mismo hecho. No cabe, por tanto, sino darles la necesaria relevancia, y entender que el legislador los ha introducido de forma plenamente consciente.

Todos estos argumentos, con carácter general, son bastante pacíficos en la doctrina jurídica. Sin embargo, referidos

al caso concreto que nos ocupa, establecen una situación que ya no es tan clara. Así, este artículo pretende poner sobre la mesa la siguiente disyuntiva: darle o no relevancia jurídica al artículo indeterminado *un* frente al determinado *el*, en referencia al farmacéutico cuya presencia y actuación profesional es inexcusable en la OF. Como, además, dos normas del mismo rango jerárquico, ambas plenamente vigentes, utilizan criterios distintos, la cuestión se complica considerablemente, como veremos a continuación.

Evolución legislativa

No fue hasta 1978¹ cuando el legislador consideró conveniente recoger en el derecho positivo lo que debería ser, al menos en teoría, una obviedad de innecesaria obligatoriedad jurídica: «la presencia y actuación profesional del farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos y especialidades farmacéuticas». Algunos autores², sin embargo, ven en esta norma «el reconocimiento, por parte del derecho positivo actual, de lo que ha sido una realidad indiscutida e indiscutible, durante siglos, y es la presencia permanente del farmacéutico en su oficina, mientras esté abierta al público», y añade que «no se trata de un precepto coercitivo negativo en su esencia, sino el reconocimiento expreso de la esencia del acto profesional farmacéutico de la dispensación». Parece evidente que la cuestión entonces se centraba en la obligación del farmacéutico frente a los trabajadores no farmacéuticos del establecimiento sanitario, ayudantes y auxiliares.

No fue hasta 1978 cuando el legislador consideró conveniente recoger en el derecho positivo lo que debería ser, al menos en teoría, una obviedad de innecesaria obligatoriedad jurídica: «la presencia y actuación profesional del farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos y especialidades farmacéuticas»

En cualquier caso, el enorme cambio que ha experimentado la OF en España en los últimos 20 años afecta también a este aspecto, pues en ningún momento se planteaba, ni en la norma de 1978 ni en el artículo al que nos hemos referido, que la presencia y actuación profesional requerida correspondiera a otro farmacéutico que no fuera el titular-propietario, sobre todo porque la existencia de la figura del farmacéutico adjunto, que tanto bien ha hecho a nuestro entender a la OF en los últimos años, era todavía testimonial. Por tanto, la norma obligaba a la presencia del farmacéutico titular-propietario de forma indiscutida (porque no había otro en casi ningún caso).

A partir de entonces, la legislación farmacéutica a estos efectos ha discurrido según la siguiente evolución:

- Decreto 909/1978 de 14 de abril. Art. 1.1. «La presencia y actuación profesional *del* farmacéutico...».
- Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Art. 88.1.b). «La presencia y actuación profesional *del* farmacéutico...».
- Real Decreto-Ley 11/1996 de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población. Art. 3. «La presencia y actuación profesional *del* farmacéutico...».
- Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia. En su Exposición de Motivos: «...la presencia constante de *un* farmacéutico...». Art. 5. «La presencia y actuación profesional de *un* farmacéutico es condición y requisito inexcusable... La colaboración de ayudantes o auxiliares no excusa la actuación



de farmacéutico (sin artículo alguno) en la OF...».

- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Art. 84.2.b). «La presencia y actuación profesional *del* farmacéutico...».

En definitiva, observamos que la Ley de 1997 vino a cambiar por vez primera lo que hasta entonces había sido una constante, y la aparición, por primera vez, del artículo indeterminado *un*,

supuso un cambio considerable, pues había razones para pensar que el farmacéutico al que se refería la norma era un farmacéutico cualquiera, asalariado o no, cuyo título le facultaba para asumir la responsabilidad de desempeñar las funciones que la legislación otorga a las oficinas de farmacia, y así lo entendieron diversos autores³. Pero es que además, el art. 5 de la citada Ley es recogido, en su Disposición Final Primera, como legislación básica del Estado al amparo del art. 149.1.16.^a de la Constitución, lo que la

hace aplicable en todo el territorio del Estado independientemente de las regulaciones autonómicas sobre la materia, lo que en un sistema jurídico-administrativo tan descentralizado como el español es, desde luego, muy importante.

Sin embargo, la llamada nueva ley del medicamento de 2006 vuelve al tradicional artículo determinado *del*, con lo que las dudas quedan de nuevo sobre la mesa. En todo caso, como ya dijimos, ambas normas, del mismo rango jerárquico, están plenamente vigentes. Sólo cabría mencionar una diferencia, pero que muy significativa: una de ellas, la de 1997, es específica de OF, y por ello regula concretamente esta actividad, mientras que la de 2006 es una ley sanitaria, del medicamento, desde luego íntimamente relacionada con la actividad farmacéutica, pero no específica de esa faceta farmacéutica que es la OF.

En cualquier caso, valorar la relevancia jurídica que este hecho pueda tener, al entender la prevalencia de una sobre otra, escapa al objetivo de esta artículo, dando por sentado que en cierta medida se contradicen, pues correspondería determinarla, eventualmente, a los tribunales de Justicia, pues sólo a ellos compete tanto la interpretación legal de las normas jurídicas y la determinación de su alcance como la resolución de eventuales conflictos entre normas.

Por último, también podría entenderse que el término recogido en toda la normativa, (excepción hecha de la mencionada ley de 1997), o sea, *el farmacéutico*, pudiera no identificar necesariamente al titular-propietario, sino que se refiera a él en sentido genérico, amplio, como un profesional titulado, sea o no el propietario, puesto que identificaría a un farmacéutico con respecto a los demás trabajadores no titulados del establecimiento, aunque éste no sea titular ni propietario. Si ello fuera así, y no falta quien defiende esta postura, sería irrelevante el empleo de uno u otro artículo antecediendo al sustantivo *farmacéutico*.

Consecuencias jurídicas

Todo lo que hemos visto hasta ahora no pasaría de ser una cuestión de matiz, simplemente interesante desde el punto de vista de la técnica jurídica, si no

fuera porque analizando la cuestión con cierto detenimiento podemos fácilmente observar que la trascendencia que puede tener algo aparentemente tan insignificante puede ser muy grande. Porque, en

Tiene difícil explicación que las normas autonómicas dictadas con posterioridad a 1997 y antes de 2006 mantengan el artículo determinado *el* en referencia al farmacéutico, en clara oposición a la única norma estatal sobre la materia en aquella época

resumen, de lo que estamos hablando es de si el farmacéutico titular-propietario del establecimiento sanitario que es la OF está obligado por una ley de ámbito estatal (por si fuera poco, legislación básica del Estado) a permanecer en él, actuando profesionalmente, mientras se encuentre abierto al público, o por el contrario la presencia y actuación profesional de un farmacéutico cualquiera es suficiente garantía sanitaria para el servicio farmacéutico, todo lo cual no es, desde luego, cosa menor.

Sustitución

La figura del farmacéutico sustituto se encuentra ampliamente recogida, desde muy antiguo⁴, en todo el cuerpo legislativo regulador de la OF, tanto estatal como autonómico. Su principal característica es el carácter temporal, provisional, que tiene el nombramiento, así como la existencia de una serie de circunstancias concretas, «en los casos previstos reglamentariamente», en las que cabe la posibilidad de determinar, por parte del farmacéutico titular, a su sustituto (realización de cursos de formación, vacaciones anuales, enfermedad, ostentación de cargos representativos corporativos o políticos, etc.).

Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, no es ésa la sustitución a la que queremos referirnos, sino al hecho de que un farmacéutico, por el simple hecho de serlo, sustituya a todos los efectos al farmacéutico titular-propietario, puesto que la exigencia de un farmacéutico cualquiera, según vimos antes, avalaría esta circunstancia. Sería el supuesto de que en ausencia del farmacéutico titular-propietario, el adjunto se convirtiera, no

ya en farmacéutico sustituto, sino simplemente en el farmacéutico cuya presencia y actuación profesional requiere la legislación vigente para garantizar la calidad del servicio farmacéutico que

se presta en el establecimiento. Es más, para que ello se produjera, ni siquiera sería necesaria la ausencia del farmacéutico titular-propietario; su presencia o ausencia resultaría irrelevante.

En algún caso, la legislación autonómica ha pretendido hacer algo parecido, aunque erigiendo al farmacéutico adjunto en sustituto, de forma automática, en ausencia del titular⁵, al afirmar lo siguiente: «En los supuestos en los que se lleve a cabo su actuación sin la presencia del titular, el farmacéutico adjunto actuará, a todos los efectos, como farmacéutico sustituto».

Las consecuencias que este precepto tiene son importantes, sobre todo en lo referente al régimen de responsabilidades que vamos a analizar a continuación.

Régimen de responsabilidades

Probablemente la consecuencia más importante de toda esta problemática sea la incidencia que tiene la determinación del farmacéutico cuya presencia y actuación profesional requiere la legislación, en el régimen de responsabilidades derivado de su actividad.

Muy resumidamente, las responsabilidades que entran en juego en la actividad de la OF son las siguientes:

- En primer lugar, hay una responsabilidad general de carácter sanitario, que nace de la legislación sanitaria correspondiente, en este caso la Ley General de Sanidad de 1986, la de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia y la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios de 2006. Afecta

al farmacéutico por el hecho de serlo, independientemente de su naturaleza de titular, adjunto, sustituto o regente. Es decir, el acto farmacéutico que eventualmente pudiera generar responsabilidad, lo realiza el farmacéutico avalado por su titulación académica, independientemente de a quién corresponda la propiedad civil del establecimiento sanitario en el que lleve a cabo dicho acto.

- En segundo lugar, hay una responsabilidad que nace de la culpa o negligencia (art. 1902 del *Código Civil*), que afectará lógicamente a cualquier persona que realiza una actividad en la OF, sea o no farmacéutico.
- Por último, afectará sólo al titular la responsabilidad civil subsidiaria a que en su caso hubiera lugar, puesto que se exige a la empresa de la que es propietario.

Este conjunto de responsabilidades tiene mucho que ver, como veremos más adelante, con los argumentos que

visar físicamente la actividad de aquellas personas que tiene empleadas. Por tanto, parece evidente que los incentivos que tendría el farmacéutico asalariado para extremar la diligencia en el desarrollo de su actividad no serían los más adecuados, al sentirse en todo momento respaldado por otro. Todos estos extremos, de cierta profundidad jurídica, están perfectamente razonados en la respuesta al Dictamen Motivado que el Gobierno de España envía a Bruselas en 2006⁶.

Legislación autonómica

Como vimos con anterioridad, a partir de 1997 cambia significativamente la designación del farmacéutico cuya presencia y actuación profesional habría de garantizar la calidad del servicio farmacéutico. Las leyes de ordenación farmacéutica anteriores a esa fecha, Cataluña, País Vasco, Extremadura y Castilla-La Mancha, lógicamente no tenían por qué recoger este cambio (Cataluña, sin em-

1997, refiriéndose sólo a la de 2006, con lo que exige la presencia del titular «durante el horario mínimo obligatorio de la oficina de farmacia», si bien es cierto que juega con las figuras del farmacéutico sustituto y del adjunto. A este último lo considera automáticamente sustituto en ausencias justificadas del titular inferiores a tres días, mientras que en los supuestos de ausencias más prolongadas habrá de designarse expresamente un farmacéutico sustituto. En todo caso, el legislador autonómico parece no tener las dudas que en este artículo nos estamos planteando.

De la observación de la tabla I cabe extraer un par de conclusiones interesantes:

- Es evidente que las normas autonómicas que recogen el artículo determinado *el* y que son posteriores a 2006 han optado por la prevalencia de la llamada nueva Ley del Medicamento de 2006, sobre la normativa reguladora de los servicios de las oficinas de farmacia de 1997. Sin embargo, por razón de la especificidad de esta sobre la primera, parecería lógico que no hubiera sido así. Es el caso de Extremadura, La Rioja, Andalucía y Melilla.
- Lo que desde luego tiene más difícil explicación es que las normas autonómicas dictadas con posterioridad a 1997 y antes de 2006 mantengan, sin embargo, el artículo determinado *el*, en clara oposición con la única norma estatal de referencia en la materia en aquella época, siempre claro está, dejando al margen la Ley del Medicamento de 1990, entonces vigente y actualmente derogada.

Presencia y actuación profesional en el Dictamen Motivado

A pesar de lo mucho que se ha escrito sobre el procedimiento de infracción en marcha contra España, no está de más recordar brevemente los puntos concretos en los que la Comisión Europea entiende que nuestra legislación en materia de ordenación farmacéutica se opone al Derecho Comunitario Originario. Resumidos por la propia Comisión en las Conclusiones de su Dictamen Motivado, son los siguientes:

La Comisión Europea entiende que la calidad del servicio la garantiza la cualificación académica de quien lo presta, y no su carácter de titular-propietario o de asalariado, por lo que es irrelevante que quien actúe profesionalmente en el establecimiento sea o no el titular

la Comisión Europea expone en el procedimiento de infracción en marcha desde 2005, puesto que esta institución pretende garantizar la responsabilidad del farmacéutico propietario con la de un farmacéutico asalariado, entendiendo que ello no ocurre en nuestro actual sistema. Y esto lo entiende la Comisión puesto que está convencida de que la presencia y actuación profesional que se requiere en España es la del farmacéutico titular-propietario, lo que, como venimos viendo en este trabajo, no está ni mucho menos claro.

En todo caso, aunque diéramos por bueno que la legislación vigente valida la presencia de un farmacéutico cualquiera, el titular-propietario quedaría igualmente vinculado por una cuarta responsabilidad, de carácter vicario (art. 1903.4.º del *Código Civil*), lo que le obligaría a asegurarse por medios privados, pues no estaría en condiciones de super-

bargo, se anticipó a él), pero las posteriores, o sea, todas las demás, incluida la última, Andalucía, sí debían hacerlo. Como se puede apreciar en la tabla I, no siempre fue así.

Se han recogido igualmente en dicha tabla las normas autonómicas que establecen la obligatoriedad de la presencia y actuación profesional, ya en su exposición de motivos o preámbulo, dando así idea de hasta qué punto es un precepto importante para el legislador autonómico, al igual que los casos en los que queda confusa la determinación del profesional concreto al que se está refiriendo, tanto en los preámbulos como en el correspondiente articulado. De este modo se completa algún artículo publicado hace unos años sobre esta misma materia⁷.

Por poner sólo un ejemplo, tomaremos la ley de ordenación más reciente, la correspondiente a Andalucía⁸, que en su art. 23 ignora completamente la Ley de

Tabla I.
Leyes autonómicas de ordenación farmacéutica: redactado sobre la presencia y actuación profesional del farmacéutico

	Preámbulo-Exp. de motivos			Articulado		
	«Un»	«El»	Indefinida	«Un»	«El»	Indefinida
Andalucía					X	
Aragón		X			X	
Asturias					X	
Cantabria		X		X		
Castilla-La Mancha						X
Castilla y León		X			X	
Cataluña				X		
Ceuta				X		
Madrid			X	X		
Comunidad Valenciana				X		
Extremadura		X			X	
Galicia					X	
Islas Baleares				X		
Islas Canarias					X	
La Rioja					X	
Melilla					X	
Murcia		X			X	
Navarra				X		
País Vasco					X	

Exp. de motivos: exposiciones de motivos de las normas analizadas.

«Un»: El artículo indeterminado *un* antecede al sustantivo farmacéutico.

«El»: El artículo determinado *el* antecede al sustantivo farmacéutico.

«Indefinida»: la determinación del artículo que antecede al sustantivo es indefinida o indeterminada.

- La limitación del número de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia mínima entre ellas, esto es, los criterios demográficos y geográficos de planificación.
- El criterio de la experiencia profesional en la comunidad autónoma en cuestión a efectos de la concesión de una autorización de apertura de una farmacia (sin duda, el punto que más posibilidades tiene de prosperar).
- La reserva de propiedad de una farmacia exclusivamente para los farmacéuticos.
- Por último, la prohibición de que un mismo farmacéutico sea propietario de más de una farmacia al mismo tiempo, o sea, la prohibición de acumulación.

La Comisión Europea, en su Dictamen Motivado de 2006, del que aún hoy, tres años después, desconocemos

su destino definitivo, parte, a los efectos del presente trabajo, de la idea firme de que en España la presencia y actuación profesional del farmacéutico titular-propietario es inexcusable, al menos durante el horario normal de apertura del establecimiento. Esto sin embargo,

según estamos viendo, no está ni mucho menos claro.

Esta obligatoriedad es contraria al criterio de la Comisión con un argumento sencillo: la calidad del servicio la garantiza la cualificación académica de quien lo presta, y no su carácter de titular-propietario o de asalariado, por lo que será irrelevante que quien actúe profesionalmente en el establecimiento sea o no el titular.

De ello, a su vez, se deriva la prohibición de que un farmacéutico pueda ser titular o cotitular de más de una OF (pues no se puede actuar profesionalmente en más de un sitio a la vez), a lo que igualmente se opone la Comisión. En realidad esta institución va mucho más allá, al mostrarse contraria no sólo a la prohibición de acumulación por parte de farmacéuticos sino de cualquier persona, física o jurídica, lo que escapa al objeto de este artículo. Ello se debe a que la Comisión entiende que estas circunstancias se oponen al derecho de establecimiento consagrado en el art. 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

En definitiva, si damos por bueno, atendiendo a los argumentos aportados hasta ahora, el artículo indeterminado *un*, uno de las pilares de la argumentación de la Comisión se vendría abajo, porque estaría solicitando un cambio legislativo que no es necesario, dado que nuestra legislación en la materia ya recogería lo que la Comisión solicita. Y a su vez, la prohibición de acumulación que deriva de la necesaria presencia y actuación profesional del farmacéutico titular podría, eventualmente, también verse modificada. □

Conclusiones

Según todo lo expuesto hasta ahora, y salvo mejor criterio, el principio, comúnmente aceptado en España de que la presencia y actuación profesional del farmacéutico en la OF corresponde al titular-propietario de forma inexcusable, es cuando menos discutible. En todo caso, el Derecho, como cualquier ciencia social, no es experimental y objetivo, sino que está expuesto a opiniones e interpretaciones más o menos fundadas.

La verdad jurídica sólo quedará de manifiesto, en este caso como en tantos otros, cuando sobre la materia se dicte sentencia que adquiera firmeza, lo que hasta donde sabemos no se ha producido a este respecto. E incluso después, aun acatando la eventual sentencia, seguirá siendo opinable su contenido.