

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad

Juan Francisco Pérez Gálvez

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. II. ANTECEDENTES DE LA LEY 22/2007, DE 18 DE DICIEMBRE, DE FARMACIA DE ANDALUCÍA. 1. Legales y sociales. 2. Jurisprudenciales. III. UNA ADVERTENCIA PREVIA: LA NUEVA LEY, BÁSICAMENTE, ES UNA LEY DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA. IV. GRUPO NORMATIVO REGULADOR. 1. Derecho estatal. 2. Derecho autonómico andaluz. 3. La redacción de la nueva ley se encontraba notablemente condicionada. V. TRANSMISIBILIDAD. VI. COTITULARIDAD. 1. Planteamiento general. 2. Sociedades profesionales. VII. CADUCIDAD. 1. Caducidad del derecho. 2. Caducidad de las autorizaciones de instalación y funcionamiento. VIII. FINAL.

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía (BOJA de 28 de diciembre, núm. 254) es una ley que sugiere a un administrativista un notable cúmulo de reflexiones, sobre todo si es conocedor o estudioso de la materia como sucede en este caso¹. El análisis de todas exigiría un estudio de una dimensión muy superior al que se puede publicar en una revista jurídica. Además, en estos momentos, distintos compromisos, me impiden elaborar un

¹ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, Ibarra de Arce, Andújar (Jaén), 1999; Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, "El futuro de la ordenación farmacéutica en Andalucía", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2, (2003), Vol. I, pp. 495-533; Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, "Transmisibilidad, caducidad y cotitularidad de las farmacias (Comentario a la STC 109/2003, de 5 de junio)", *Revista Jurídica de Navarra*, 36, (2003), pp. 185-214.

trabajo omnicomprensivo como los que he realizado sobre otras instituciones o categorías del derecho administrativo español y que forman parte de mi bibliografía. Sin embargo, la inquietud científica de quien lleva años estudiando el derecho sanitario en sus diversas vertientes² me impide dejar pasar la ocasión de hacer algunas consideraciones. Es por ello, que me limito a estudiar tres aspectos controvertidos de toda regulación del sector de las oficinas de farmacia, y que sin lugar a dudas constituyen o forman parte del núcleo duro de su grupo normativo regulador, a saber: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad. Quedan para más adelante, el estudio de las demás.

II. ANTECEDENTES DE LA LEY 22/2007, DE 18 DE DICIEMBRE, DE FARMACIA DE ANDALUCÍA

1. Legales y sociales

Ha sido una constante de la legislación estatal y autonómica de los últimos diez años, la modificación y mejora del sistema farmacéutico español. Para ello se ha aludido a diversas cuestiones: organización territorial de las farmacias según las necesidades sanitarias y sociales garantizando la atención farmacéutica a todos los ciudadanos; modificación del procedimiento de autorización, siempre bajo los principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito, capacidad y procedimiento reglado; la obligación de la presencia de un farmacéutico en la dispensación; modificación del régimen horario de prestación del servicio.

Los objetivos perseguidos han sido y son un aumento en el número de farmacias abiertas al público y mejora en la prestación del servicio. Subyace en este intento una opción clara de hacer frente a las propuestas de liberalización que desde diversos sectores (básicamente, farmacéuticos en paro) también han sido planteadas.

Sin duda las propuestas de liberalización tienen un antecedente importante en un informe elaborado por el TDC³ donde se estudia a las oficinas de

² Vide a título de ejemplo, además de los expuestos con anterioridad: JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003; JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, *Comentarios al estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*, Tomo I y II, Bosch, Barcelona, 2004; JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, *Régimen jurídico de las especialidades en enfermería*, Comares, Granada, 2006; etc.

³ Vide TRIBUNAL de DEFENSA de la COMPETENCIA, *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, Madrid, 1995, pp. 229–271.

farmacia. Entre variados argumentos plantea con carácter general que los sectores sin competencia imponen las condiciones a los consumidores; sin competencia ni moderan sus precios, ni mejoran la calidad y no cuidan el trato al cliente.

Frente a los argumentos que ven en la restricción de la competencia una forma de protección al consumidor y de salvaguardia de los intereses de la colectividad, lo achaca a la confusión de dos conceptos distintos: competencia y “laissez-faire”⁴. Por todo ello afirma el informe que no es verdad que liberalizar un mercado suponga desregularlo, pues muchas veces la liberalización de un sector exige la elaboración de una regulación más profusa y minuciosa que la existente en situación de monopolio. Llega a afirmar⁵:

«En el caso de las oficinas de farmacia, la afirmación de que si en España se permitiera su libre apertura las zonas periféricas quedarían desatendidas no cuenta con suficientes argumentos que la respalden. En la actualidad, existen solicitudes para abrir nuevas oficinas de farmacia en núcleos de población en expansión o en el ámbito rural. Si se eliminaran las restricciones arbitrarias que existen para el establecimiento de nuevas oficinas, estos núcleos de población se verían mejor atendidos. De hecho, en la actualidad existe una gran bolsa de farmacéuticos en paro, y el número de recursos contra las decisiones de los Colegios denegatorias de las licencias solicitadas para la apertura de oficinas de farmacia es elevado, hasta tal punto que se ha creado en Extremadura una “asociación de recurrentes”. De la misma forma, si se permitiera que los productos farmacéuticos cuya dispensación no exige receta médica se vendieran en todo tipo de establecimientos, los consumidores podrían acceder a los mismos más fácilmente y, a buen seguro, a mejor precio».

⁴ *Ibidem*, pp. 4 y 5: «El concepto de “laissez-faire”, se enmarca en los orígenes del capitalismo, y encierra la idea de que el Estado, en general, no debe intervenir en la vida económica y, en concreto en la actividad de las empresas que deben competir libremente. La puesta en práctica de un principio tan radical no es deseable por las consecuencias que de él se derivan. El dejar a las empresas que actúen libremente, sin ningún tipo de normas, lleva a que los intereses generales no se respeten [...]. Sin embargo, para proteger una serie de intereses públicos como son la salud y la integridad física de las personas, el acceso a los bienes y servicios básicos o el medio ambiente no es necesario restringir la competencia y constituir monopolios públicos o privados. La actividad económica puede desarrollarse sobre la base de las reglas de la competencia sin que ello impida que el regulador imponga unas normas que aseguren la defensa de los intereses públicos. Es más, estas normas son necesarias para el buen funcionamiento del sistema».

⁵ *Ibidem*, p. 11.

A renglón seguido también plantea que la competencia no lo resuelve todo.

Sobre los colegios profesionales entiende que como Corporaciones de Derecho Público dotadas por el Estado de un poder de ordenación de la profesión al que están disciplinariamente sujetos los colegiados, pueden coadyuvar a la mejor prestación de los servicios profesionales. Pero siempre, claro está, que el poder de autorregulación que el Estado les delega se ejerza por los Colegios para la consecución de los fines públicos que justifican la delegación, como son la definición y la defensa del buen hacer profesional, y se observen los límites marcados por el Derecho de la Competencia. Esto es, que dicho poder no se emplee para sustraer a los miembros de la corporación del régimen de libre competencia al que, como operadores económicos, están sometidos, ni para establecer nuevas restricciones de la competencia en perjuicio de los usuarios.

Antes de plantear sus propuestas, el informe del TDC relata como las funciones del farmacéutico tradicional las asumen hoy día los laboratorios farmacéuticos. Por ello entiende que su evolución ha acentuado su carácter comercial y mercantil.

Los artículos 43, 50 y 51 de la Constitución Española establecen el derecho a la protección de la salud y el deber de promoverla. Por ello, por el deber de defender los intereses públicos, las actividades de producción y distribución de medicamentos están fuertemente reguladas. Pero, al mismo tiempo la regulación establecida contiene elementos claramente restrictivos de la competencia, generadores de ineficiencias, que no son necesarios para la defensa de los intereses públicos. Reconoce que el sistema actual garantiza la universalización de la dispensación de los medicamentos. Sin embargo, dicha garantía no se traduce necesariamente en una correcta asistencia farmacéutica y supone un coste elevado, tanto para los ciudadanos como para las finanzas públicas.

En virtud de todo lo expuesto, el TDC establece una serie de propuestas⁶. Respecto al establecimiento de farmacias plantea:

1^a. *Recomendar a las Comunidades Autónomas que no establezcan nuevas limitaciones legales o reglamentarias a la apertura de oficinas de farmacia ni deleguen nuevas facultades restrictivas de la competencia en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos*⁷.

⁶ Vide Tribunal de Defensa de la Competencia, *La competencia en España...*, o.c., pp. 271-277.

⁷ No es este el esquema que preconiza el grupo normativo regulador. Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía:

4ª. *Supresión de los obstáculos que impiden la apertura de oficinas de farmacia en aquellos lugares en los que el tránsito de ciudadanos es relevante (aeropuertos, estaciones, centros comerciales, por ejemplo).* En principio parece una propuesta innecesaria.

«Artículo 29. *Criterios de planificación en relación con los módulos de población.*

1. El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será de 2.800 habitantes por establecimiento. En todo caso, cualquier unidad territorial farmacéutica, municipio, entidad local autónoma (en adelante ELA), entidad de ámbito inferior al municipio (en adelante EATIM) o núcleo, una vez superadas estas proporciones, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a dos mil habitantes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, a fin de garantizar la distribución uniforme y accesibilidad de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la existencia de, al menos, una oficina de farmacia en cada una de las siguientes zonas:

- a) Unidad territorial farmacéutica.
- b) Municipio.
- c) ELA o EATIM.
- d) Núcleos poblacionales aislados que tengan como mínimo mil habitantes.
- e) En aeropuertos y otros centros de tráfico de viajeros o mercancías donde por necesidades de la propia actividad se obligue a enlaces o pernoctas.
- f) En aquellas unidades territoriales farmacéuticas en las que no esté garantizado el acceso a los medicamentos y productos sanitarios de tenencia mínima obligatoria.

3. Si no se cubriesen las previsiones derivadas de la aplicación de los criterios establecidos tanto del módulo general como de la aplicación de los criterios que se contemplan en el apartado 2 anterior, por la existencia de excepcionales circunstancias que impidieran la accesibilidad o la distribución uniforme de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la instalación y funcionamiento de una nueva oficina de farmacia.

4. Por Orden de la Consejería competente en materia de salud, se podrán definir zonas especiales en las que en función de incrementos estacionales de población, por circunstancias ajenas a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 31 de la presente Ley, sea necesario establecer elementos correctores a lo establecido con anterioridad en este artículo.

Artículo 31. *Cómputo de habitantes.*

El cómputo de habitantes de las unidades territoriales farmacéuticas, de los municipios y de los núcleos se hará de la siguiente forma:

- 1.º La población de derecho, en función del Padrón Municipal vigente.
- 2.º La población de hecho, residente y no censada mediante la oportuna certificación emitida por el Ayuntamiento o por informe de la entidad correspondiente de donde procedan los datos.
- 3.º La población estacional, si se trata de zonas con afluencia turística, se llevará a efecto contabilizando las plazas de alojamientos turísticos en sus distintas modalidades, según los datos oficiales del Instituto de Estadística de Andalucía, multiplicadas por ciento ochenta y cuatro y divididas por trescientos sesenta y cinco días.

La población estacional, si se trata de segunda residencia, se contabilizará multiplicando el número de viviendas por 3,5. La cifra resultante se multiplicará por noventa y dos días y se dividirá por trescientos sesenta y cinco días.

Para el cómputo de población estacional por razones de afluencia turística, se considerarán zonas con afluencia turística aquellas en las que las plazas de alojamientos turísticos superen el 5% de la cifra de población, según el Padrón Municipal vigente.

saria, pues la jurisprudencia ha otorgado autorización de oficina de farmacia cuando así procedía⁸. En todo caso les remito a la nueva ley de farmacia de Andalucía, art. 29.2.e) (expuesto con anterioridad).

5^a. *Supresión inmediata de las referencias a los accidentes naturales o artificiales o a la existencia de zonas no urbanizadas como requisito necesario para obtener la correspondiente autorización de instalación de una nueva oficina de farmacia.*

6^a. *Modificación de la (norma) [...] con el fin de determinar que la planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica sea una ley de mínimos y no de máximos*⁹.

10^a. *Supresión en un plazo máximo de cinco años, de las referencias a las distancias mínimas y de las referencias al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia*¹⁰.

4^o. La población total será la suma de la población de derecho, la población de hecho no censada y la población estacional, ya sea de segunda residencia o población turística, o según las circunstancias previstas en el apartado 4 del artículo 29 de la presente Ley».

⁸ Vide STS de 3 de mayo de 1988, ponente: Martín Martín (relativa a una solicitud de apertura de farmacia en la terminal de viajeros Madrid-Barajas): «[...] y es claro que no podía escudarse en una interpretación estrecha o formalista –atenerse al supuesto del crecimiento de población– para denegar la petición cuando claramente constaban las circunstancias del caso referido a una petición de establecimiento en un ente (aeropuerto) singular y de características propias que en base de una exégesis lógica y finalista del art. 3 del Real Decreto conduciría necesariamente a la subsunción de la petición en el supuesto 1.b como incluso precisó la propia interesada en su escrito de alzada de 11 de abril de 1980 y que no fue considerado por el Consejo General al resolver mediante el acuerdo recurrido y reiterar simplemente los razonamientos de la instancia». Vide Esperanza GONZÁLEZ SALINAS, “El concepto de núcleo de población a efectos de la apertura de farmacia”, *RAP*, 99, (1982), p. 254.

⁹ No es esta la finalidad que persigue la nueva regulación. Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, arts. 29–31 y 32: «*Criterios de ubicación*.

1. Para otorgar la autorización de instalación y funcionamiento o traslado de una oficina de farmacia, se tendrá en cuenta que el emplazamiento propuesto, de acuerdo con el mapa farmacéutico de Andalucía, garantiza o mejora el adecuado servicio farmacéutico a la población, evitando emplazamientos impropios o con finalidad distinta a la estrictamente sanitaria que deben tener estos establecimientos.

2. En función de la aplicación de lo indicado anteriormente, en las convocatorias públicas de oferta de nuevas oficinas de farmacia, si fuera necesario, se señalarán las zonas urbanas, núcleos, entidades o municipios de emplazamiento obligado».

¹⁰ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 30: «*Criterios de planificación en relación con los módulos de distancias*.

11ª. *Eliminación en un plazo máximo de cinco años, del requisito de que los propietarios de oficinas de farmacia sean farmacéuticos titulados, manteniéndose, tan sólo, el requisito de la presencia de un farmacéutico en la oficina de farmacia en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas.* No es esta la opción que determina el grupo normativo regulador. A su exposición les remito.

Es evidente que la adopción de estas propuestas modificaría el régimen jurídico de las farmacias y supondrían un salto cualitativo de extraordinarias consecuencias. Lo cierto es que nada hay en la Constitución que impida eliminar o establecer condicionamientos para la apertura de farmacias. Tal y como establece la STC 83/1984, de 24 de julio:

«No puede entenderse que sea contrario al principio de igualdad ante la Ley subordinar a la posesión de un determinado título académico el ejercicio de la actividad de dispensación al público de las especialidades farmacéuticas, ni afecta a tal principio el hecho de que los titulados que quieran ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla.

Nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables.

Frente a estas propuestas se alega que se mezclan principios económicos y sanitarios, opuestos entre sí, desde la óptica del derecho constitucional de protección a la salud pública. Parece plantear el sector de la farmacia como

1. La distancia mínima entre oficinas de farmacia será de doscientos cincuenta metros.

Para las nuevas oficinas de farmacia que se autoricen en el supuesto previsto en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior, esta distancia mínima será de quinientos metros de la oficina de farmacia más cercana a dichos núcleos. Para las sucesivas oficinas de farmacia que pudieran autorizarse en cada uno de estos, la distancia mínima entre las oficinas de farmacia será de doscientos cincuenta metros.

2. La distancia mínima entre oficinas de farmacia y cualquier centro asistencial del Sistema Sanitario Público será de doscientos metros, con independencia de la unidad territorial farmacéutica, municipio o núcleo al que pertenezcan. En el caso de municipio, ELA, EATIM y núcleo de farmacia única, la distancia mínima a cualquier centro sanitario del sistema sanitario público será de cien metros, salvo que esta distancia suponga en la práctica la imposibilidad de instalación de la oficina de farmacia, en cuyo caso no será exigible este requisito.

3. Reglamentariamente, se determinarán el procedimiento, las condiciones y los criterios que habrán de aplicarse en la medición de las distancias establecidas en este artículo».

un oasis privilegiado y cuestiona el servicio que se presta, pero esta perspectiva carece de rigor. Propone la desregulación del sector y sin embargo silencia el exceso de licenciados que anualmente abandonan las Facultades de farmacia. Lo cierto es que también es necesario destacar que no sólo aquí, sino en toda Europa, las grandes superficies y los grupos económicos que las soportan, mueven a los consumidores respaldados por la ideología liberal, postulando la erradicación de exclusividades y limitaciones, apostando más por el mercado que por el servicio público.

Sin duda se pueden plantear objeciones a las recomendaciones del TDC, pero también es cierto que supone un elemento de juicio muy importante a valorar en la reforma legislativa que ha sido publicada. Libertad de establecimiento en materia de farmacias es el modelo que impera en Reino Unido, Irlanda, Alemania, Holanda, Estados Unidos, Canadá, Australia y Japón entre otros. Cumplidos unos requisitos mínimos es posible la apertura sin limitación de distancias o habitantes. En ellos no se conocen informes que adviertan de los problemas que dicho sistema reporta a la salud pública.

Es más, si la ley sanciona expresamente la ausencia del farmacéutico, es porque se reconoce la realidad de la farmacia. La imagen tradicional del farmacéutico elaborando preparados en la rebotica ya no existe. ¿Cuál es el papel del farmacéutico en el *sistema* sanitario hoy? ¿Por qué funciona la farmacia sin su presencia?

El hecho es que la actividad rutinaria se reduce a la venta del medicamento y a una gestión de las existencias del almacén. El farmacéutico, si su ética profesional es algo relajada, ni aparece por la farmacia. De este modo, el papel del profesional de la farmacia está desapareciendo como consecuencia de la anulación de la competencia y, por tanto, de la exigencia de continua formación y atención al servicio que en cualquier otra profesión son ineludibles. La conclusión parece inminente, la desregulación al introducir competencia, inducirá la atención obligada del farmacéutico y, a largo plazo, contribuirá a redefinir su papel en la cadena sanitaria. Sin embargo, lo que se pretende en la actualidad es reforzar notablemente el papel de este profesional en el ámbito de la salud.

Esa reforma del sistema farmacéutico en Andalucía y en las demás Comunidades Autónomas, no aborda las consideraciones expuestas por el TDC, sino todo lo contrario. Es decir, se comparte o no el criterio, afianza el modelo establecido, con pequeños retoques que a corto y a medio plazo no modifican el elemento fundamental objeto de litigio: «la tan ansiada consecución de

una autorización para poder abrir una farmacia o la posterior venta de la misma». Y lo cierto, es que el modelo existente funciona eficaz y eficientemente.

Eficacia y eficiencia son términos utilizados habitualmente, pero no siempre de forma precisa. La eficacia es la consecución del fin con independencia de los medios empleados para ello. En el caso del modelo farmacéutico español no hay quejas fundadas en este sentido. Era necesario mejorar el servicio en materia de guardias y horarios, pero esto es precisamente lo que se ha hecho en los últimos diez años. Sin embargo, además es eficiente, porque para la consecución del objetivo anterior, utilizamos el menor número posible de unidades de dispensación¹¹. Lo que a su vez genera efectos beneficiosos, dadas las características de los medicamentos, reduciendo a su vez el gasto en este sector.

En este contexto, es necesario hacer referencia al informe elaborado hace ya algunos años por G. Ortega y R. Tamames¹², donde examinan con amplitud el funcionamiento del modelo español de dispensación de medicamentos. En el mismo se ponen de manifiesto datos relevantes.

El modelo actual supone una buena implantación y un alto nivel de calidad a efectos de atención a los pacientes. Con 46,59 farmacias por 100.000 habitantes, equivalente a una farmacia por cada 2.146 personas (datos de 1994), se garantiza una capilaridad y un nivel de servicio aceptable (esta proporción no ha variado sustancialmente).

En el informe se relata que la farmacia española no es un negocio tan lucrativo como se pretende. También es necesario destacar que los traspasos se pagan, casi siempre, por el deseo de asegurar un puesto de trabajo permanente para una actividad profesional claramente delimitada.

¹¹ Vide Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS, *Economía*, 12ª ed, McGraw-Hill, Madrid, 1987, pp. 33 y 34. En todo caso, debemos diferenciar la eficiencia económica, eficiencia social, técnica, industrial, etc.: «Eficiencia económica no es lo mismo que eficiencia técnica o termodinámica. Puede ser sensato desde el punto de vista económico preferir métodos científicamente *menos* eficientes a métodos que supuestamente son más eficientes desde el punto de vista técnico. *Ejemplo*. Los textos de física enseñan que convertir el calor en movimiento a 4.000 °C es intrínsecamente más eficiente que convertirlo a 1.500 °C. Sin embargo, si los metales que pueden resistir la temperatura más elevada son escasos y caros, es *económicamente* mejor para el ingeniero y el empresario utilizar el método menos eficiente desde el punto de vista de la termodinámica».

¹² Vide G. ORTEGA y Ramón TAMAMES, "Un modelo que sí funciona", *El Mundo*, 4 de enero de 1996.

En la estructura del mercado no hay ningún monopolio de las farmacias. El monopolio radica en el Sistema Nacional de Salud. Los profesionales de la farmacia carecen de toda capacidad para influir en los precios o en las cantidades vendidas. Pero tampoco debemos atacar el monopolio de demanda o monopsonio del Sistema Nacional de Salud, que si existe realmente, y que fija los productos que son vendibles con autorización previa en cada caso por razón de seguridad sanitaria. Establece, además, el precio base del producto a la industria según costes, y el PVP para los medicamentos de prescripción a través de la Seguridad Social. Regula, adicionalmente, el modo en que los médicos han de recetar las distintas especialidades. Controla el margen de los farmacéuticos dentro del PVP.

El hecho de reconocer la calidad del servicio actual, no supone, que sea perfecto. Sería conveniente amortiguar las llamadas «rentas de localización», que se derivan de la ubicación de farmacias muy próximas a ambulatorios y clínicas de la Seguridad Social; La modificación con mayores exigencias y espíritu aséptico de los criterios que forman parte del baremo para enjuiciar la calidad de los candidatos a la hora de acceder al puesto de farmacéutico y un adecuado desarrollo de la ley del medicamento.

Esto la ha dicho en más de una ocasión el TDC, sirva como ejemplo el expte r 71/1994, fundamento de derecho:

«*Único*. La compleja regulación de las oficinas de farmacia da lugar a frecuentes discusiones entre los farmacéuticos. Unos, los propietarios activos de las oficinas de farmacia, defendiendo el ejercicio de la profesión según las condiciones derivadas de la regulación. Otros, los que desean una oficina de farmacia, analizando los límites de la regulación con el fin de formar parte del primer grupo. El presente expediente, sin embargo, se plantea de una forma singular: se denuncia un presunto acuerdo, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistente en impugnar la concesión de una oficina de farmacia mediante reclamaciones y recursos administrativos y contenciosos. [...]. Si a ello se une el precio fijo y fijado, la prohibición de descuentos o de venta a domicilio, las ventas exclusivas, entre otras conductas, no cabe duda de que nos encontramos ante un sector caracterizado por sus fuertes limitaciones a la competencia. Por dicha razón, el acceso a la profesión da lugar a rentas de situación».

2. Jurisprudenciales

Tiene especial relevancia la STC 109/2003, de 5 de junio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad (acumulados):

– Recurso 3540/96, interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica (DOE de 2 de julio, núm. 76; BOE de 9 de agosto, núm. 192; rectificación DOE de 13 de julio).

– Recurso 1492/97, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Castilla–La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico (DOCM de 10 de enero de 1997, núm. 2; BOE de 24 de febrero de 1997).

– Recurso 3316/97, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha contra la Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia (BOE de 26 de abril, núm. 100).

En los dos primeros recursos se discute si las leyes autonómicas citadas son respetuosas con la Constitución en lo relativo a la autorización administrativa exigida para la apertura de oficina de farmacia, centrándose la discrepancia en tres aspectos de dicha regulación, tal y como reconoce la propia STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 1: a) El principio de intransmisibilidad de esas autorizaciones, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de las leyes autonómicas; b) La caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos; c) La titularidad del farmacéutico sobre una sola oficina de farmacia, con exclusión de la cotitularidad.

El recurso contra la Ley (estatal) 16/1997, de 25 de abril, cuestiona la regulación relativa a las autorizaciones de apertura de las farmacias constituya normativa básica en materia de “sanidad” (art. 149.1.16), y, por tanto, se erija en parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas. La infracción constitucional la extiende la parte recurrente a la disposición que realiza la calificación de normativa básica¹³.

¹³ Debo advertir que aunque esta Ley 16/1997, de 25 de abril, no se encontraba vigente en el momento del planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad frente a las Leyes de Extremadura 3/1996, y de Castilla–La Mancha 4/1996, la legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de procesos constitucionales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional. Con posterioridad a su entrada en vigor fue impugnada por Castilla–La Mancha, lo que da lugar a la acumulación procesal.

Sin duda la resolución a la que llega el alto Tribunal, es fundamental a la hora de entender el contenido que se otorga a la Ley 22/2007, de 18 de diciembre y las soluciones adoptadas.

III. UNA ADVERTENCIA PREVIA: LA NUEVA LEY, BÁSICAMENTE, ES UNA LEY DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, precisa en su art. 2.o): «A los efectos de la presente Ley se entiende por: o) Ordenación farmacéutica: el conjunto de normas, tanto en el ámbito de la atención sanitaria como de la salud pública, cuyo objetivo es garantizar un acceso adecuado a los medicamentos fomentando su uso racional».

No hace la ley sino reconocer e incorporar algo que ya estaba claro. Para ello debo hacer referencia a un trabajo del doctor José Antonio Razquin Lizarraga¹⁴ que precisa el contenido de la expresión “ordenación farmacéutica”:

«[...] Atendiendo a una óptica material, ya la STC 32/1987, de 28 de abril (FJ 3) ofrece una primera aproximación al señalar que la competencia autonómica de ordenación farmacéutica “debe entenderse referida a la ordenación de los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos”. [...].

Desde una perspectiva funcional, la clave está en el término “ordenación” que, como ha indicado GARRIDO FALLA, puede describirse como el conjunto de reglas que rigen la organización o funcionamiento de determinada actividad, por lo que la ordenación viene a equipararse a la reglamentación. Equivalencia, a la postre, entre ordenación y regulación, como resulta de la jurisprudencia constitucional (SSTC 57/1992, de 9 de abril, y 68/1992, de 30 de abril) y de la propia legislación (Ley de ordenación del transporte terrestre, Ley de ordenación del comercio minorista, etc.). Por ello la ordenación farmacéutica se configura como una competencia normativa, según señala la STC 71/82 (distinguiéndola de la competencia ejecutiva sobre productos farmacéuticos) y la doctrina. Se comparte pues, el criterio de PENACHO MARTÍNEZ de que la competencia de ordenación farmacéutica es esencialmente normativa, comprendiendo también normas de organización y posibles actos de ejecución. [...].

¹⁴ Vide José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, “La competencia de las Comunidades autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica”, *Revista Jurídica de Navarra*, 20, (1995), pp. 80-82. Vide Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la ley del medicamento”, *Revista Jurídica de Navarra*, 11, (1991), p. 68.

En fin, es opinión común que la llamada “ordenación farmacéutica” debe relacionarse con la dispensación del medicamento a los destinatarios finales y con las actuaciones anteriores o posteriores pero directamente conectadas con esta fase del ciclo farmacéutico; siendo de naturaleza normativa y comprendiendo fundamentalmente la planificación y autorización de las oficinas de farmacia privadas, las farmacias hospitalarias, botiquines rurales, etc., esto es, los llamados establecimientos farmacéuticos; diferenciándose claramente de los productos farmacéuticos; y, en último término, destacando su íntima conexión con la sanidad y, por consiguiente, su consideración como un subsistema del sistema sanitario».

Por tanto, la nueva ley es de ordenación farmacéutica, en los términos expuestos. Además, así lo reconoce el Estatuto de Autonomía de Andalucía en su art. 55 (les remito a su exposición en páginas posteriores).

Es verdad que el texto de una ley de más de ochenta artículos aborda cuestiones diversas. Pero el núcleo duro, el elemento esencial de la misma, es definir el modelo farmacéutico andaluz, y todo ello pasa por mantener la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia y del farmacéutico titular–propietario de la misma, con los retoques que se han considerado oportunos, pero sin modificar el actual sistema de ordenación farmacéutica.

IV. GRUPO NORMATIVO REGULADOR

1. Derecho estatal

La Constitución Española de 1978 dispone en el art. 43¹⁵: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos

¹⁵ La Constitución italiana de 1947 será la primera que reconozca la existencia de un derecho a la salud en su art. 32.1: «La República protege la salud, como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad, y garantiza curas gratuitas a los indigentes». Por su parte el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que posteriormente pasa a la de 1958, señala: «La Nación asegura a todos, principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud [...]». La Constitución portuguesa de 1976 reconoce en su art. 64: «[...] todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla».

También los textos internacionales se han ocupado de esta materia. Concretamente, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 22 de julio de 1946, señala: «El goce del grado máximo de salud que pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano [...]». La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 25.1 considera: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]». La Carta Social Europea promulgada por el Consejo de Europa, en Turín, en 1961 en su Par-

organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio». Por tanto, se trata de un mandato claro para hacer efectivo el derecho a la salud.

La protección de la salud es uno de los principios fundamentales en cualquier Estado moderno. En nuestro país la Constitución española reconoce en el art. 43, el derecho a la protección de la salud y las competencias de los poderes públicos en esta materia. Este derecho aparece, además, claramente interconectado con otros preceptos del texto constitucional (arts: 40.2, 49, 50, 51, etc.), lo que hace que podamos afirmar que su significación tiene un sentido amplio¹⁶. Sobre el mismo existen diversos pronunciamientos de la doctrina¹⁷. Así Escribano Collado¹⁸ propugna una concepción del derecho a la salud que comprende el “derecho individual que se ostenta frente al Estado, a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales del sujeto”. En su opinión el derecho a la salud poseía el siguiente contenido: derecho a la acción del Estado; derecho a las prestaciones sanitarias; derecho a la protección jurisdiccional. Loperena Rota¹⁹ interpreta que en el art. 43 CE “se habla de de-

te I párrafo 11, señala: «Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar». El pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966, en su art. 12.1 establece: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

¹⁶ Vide Miriam CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 99–110, donde realiza un exhaustivo e interesante análisis sobre el art. 43 CE y sus implicaciones jurídicas.

¹⁷ Vide E. BORRAJO DACRUZ, “Protección a la salud”, en *Comentario a las Leyes Políticas*, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 147 y ss; J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: El marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984; E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: Estudio sistemático de los Ordenamientos italiano y español*, HAEE-IVAP, Oñati, 1988; A. PEDREIRA ANDRADE, “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección a la salud”, *Actualidad Administrativa*, 10, 11 y 12, (1992); entre otros.

¹⁸ Vide Pedro ESCRIBANO COLLADO, “El derecho a la salud”, *Cuadernos del Instituto García Oviado*, Universidad de Sevilla, 1, (1976), pp. 44–45.

¹⁹ Vide D. LOPERENA ROTA, “La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1464–1465.

recho subjetivo a la protección de la salud y de salud pública como sistema prescricional y resultado de la actividad administrativa. La expresión salud pública atañe tanto a las medidas preventivas como a las asistenciales. En la redacción de la ponencia se hablaba de sanidad e higiene utilizando la terminología tradicional. La nueva expresión engloba, por tanto, las medidas preventivas de higiene, entre las que se encuentran las que se proyectan sobre el medio ambiente". A su juicio las conclusiones más importantes son las siguientes: el derecho a la salud es un derecho individual; su protección tiene naturaleza de servicio público, por lo que la responsabilidad de su efectivo ejercicio está encomendada a los poderes públicos; la obligación más importante del Estado desde la perspectiva preventiva es la de establecer un sistema de policía sanitaria protectora de la salud. Pemán Gavín²⁰ mantiene "que el derecho a la salud se proyecta en tres direcciones distintas que constituyen otras tantas dimensiones o aspectos del derecho a la salud: a) Derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado o, en otros términos, a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos. b) Derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad pública (actividad relativa a aspectos como la sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica, etc.). c) Derecho a la salud como derecho de cada persona a que su propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. El derecho a la salud se comporta aquí como un derecho absoluto o de exclusión, oponible *erga omnes*: un derecho de la persona sobre un aspecto o cualidad propio defendible frente a todos".

Este mandato se completa con las normas del bloque constitucional que distribuyen las competencias en materia de salud entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El Estado, tal y como determina el art. 149 CE, tiene competencia exclusiva sobre: «16ª. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos» y «17ª. Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»²¹.

²⁰ Vide J. PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 79 y 80.

²¹ Vide Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, Disposición final primera: «Título competencial. 1. Esta ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª, 16ª y 17ª de la Constitución, que atribuye al estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y régimen económico de la seguridad social».

Las Comunidades Autónomas pueden asumir: las competencias sobre las materias relacionadas en el artículo 148.20 («Asistencia social») y 21 («Sanidad e higiene»); las competencias sobre materias que el art. 149.1 no reserva a la competencia exclusiva estatal; las competencias no contempladas en el art. 149.1 CE; la competencia legislativa sobre materias de competencia estatal que una Ley Marco les atribuya; las facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por Ley Orgánica se les transfiera o delegue.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estructura las medidas, prestaciones y servicios que conforman el derecho a la protección de la salud, entre los cuales se contempla la ordenación de la atención farmacéutica. En este sentido, el artículo 103 de la Ley General de Sanidad considera establecimientos sanitarios a las oficinas de farmacia abiertas al público, consideración esta que las hace objeto de planificación sanitaria en los términos establecidos por la legislación especial de medicamentos y farmacias:

- «1. La custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponderá: a) A las oficinas de farmacia legalmente autorizadas. [...].
2. *Las oficinas de farmacia abiertas al público se considerarán establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley.*
3. Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias.
4. *Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público».*

La Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia se propone mejorar la atención farmacéutica a la población, mediante las siguientes medidas: regulación de la definición y funciones de las oficinas de farmacia; fijar nuevos módulos de población, sin perjuicio de las regulaciones autonómicas; adecuación del procedimiento de autorización de apertura a la Ley 30/1992, cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas; regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia; exigencia de la presencia constante de un farmacéutico en la actividad de dispensación y flexibilización del régimen de jornada y horario de apertura de estos establecimientos. Es decir, establece un marco jurídico básico, que debe ser completado por las Comunidades Autónomas competentes en la materia, en aras de superar la problemática existente derivada de la regulación preconstitucional en el ámbito farmacéutico.

La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE de 27 de julio, núm. 178), establece los criterios básicos de ordenación del sector farmacéutico, tanto en lo que se re-

fiere a establecimientos farmacéuticos como a uso racional de los medicamentos, encomendando a las diferentes administraciones del Sistema Nacional de Salud con competencias en la materia la ordenación de las oficinas de farmacia, servicios farmacéuticos y prestaciones farmacéuticas. En particular resulta ilustrativo al objeto de este estudio el art. 84:

«Artículo 84. *Oficinas de farmacia.*

1. En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción y cooperación con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente.

2. Las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

b) La presencia y actuación profesional del farmacéutico como condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, teniendo en cuenta el número de farmacéuticos necesarios en función de la actividad de la oficina.

c) Las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios, incluida la accesibilidad para personas con discapacidad, que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

3. Las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

4. Por razones de emergencia y lejanía de la oficina de farmacia u otras circunstancias especiales que concurran, en ciertos establecimientos podrá autorizarse, excepcionalmente, la creación de botiquines en las condiciones que reglamentariamente se determinen con carácter básico, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

5. Las Administraciones públicas velarán por la formación continuada de los farmacéuticos y la adecuada titulación y formación de los auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia.

6. *Las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público».*

2. Derecho autonómico andaluz

El Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Andalucía (ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo) que fue publicado en el BOE de 20 de marzo, núm.

68, manifiesta que «Después de casi tres décadas de ejemplar funcionamiento, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurrida esta fructífera etapa de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el modelo territorial. Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía. Reformas que al mismo tiempo desarrollen y perfeccionen los mecanismos de cohesión territorial, solidaridad y cooperación institucional. Se trata, pues, de un proceso de modernización del Estado de las Autonomías que sólo es posible desde una visión global y plural de España que Andalucía siempre ha tenido. [...]. Se trata, en definitiva, de conseguir un Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución».

En su texto encontramos dos referencias al ámbito de la salud. En primer lugar, la salud como un derecho social, art. 22:

«Salud.

1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a: a) Acceder a todas las prestaciones del sistema; b) La libre elección de médico y de centro sanitario; c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten; d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico; e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; f) El consejo genético y la medicina predictiva; g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos; i) El acceso a cuidados paliativos; j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico; k) Recibir asistencia geriátrica especializada²².

3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.

4. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores».

²² Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

En segundo lugar, la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en sus diversas modalidades, en el ámbito de la salud, sanidad y farmacia que es el objeto del artículo 55. Evidentemente, esta atribución competencial tiene presente las disposiciones legislativas que recién iniciado el siglo XXI han estructurado los elementos fundamentales sobre los que se sustenta el tratamiento de la materia objeto de este estudio: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE de 29 de mayo), Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE de 22 de noviembre), Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE de 17 de diciembre)²³ y Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE de 27 de julio, núm. 178).

El artículo 55 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, determina:

«Salud, sanidad y farmacia.

1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16ª de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.

3. Corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos.

4. La Comunidad Autónoma participa en la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo a lo previsto en el Título IX»²⁴.

²³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Comentarios al Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, 2 Vols., Bosch, Barcelona, 2004.

²⁴ Esta redacción difiere de la inicialmente adoptada por el Parlamento de Andalucía en texto aprobado en sesión plenaria celebrada el día 2 de mayo de 2006 y remitido a las Cortes Generales para su aprobación, que con el número (artículo) 54 decía así: «1. Corresponde a Andalucía la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento, evaluación, inspección y con-

De su contenido se desprende que la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía cambia radicalmente la técnica del enunciado de las materias sobre las que versan las competencias de la Comunidad Autónoma, en comparación con el Estatuto de Autonomía en su versión anterior. La técnica basada en enunciar materias competenciales de forma genérica, ha sido sustituida por otra en la que al enunciado genérico de las materias competenciales se acompaña en muchas ocasiones una lista minuciosamente detallada de las actuaciones que la Comunidad Autónoma queda legitimada para llevar a cabo y de los objetos de la realidad o las actividades sobre los que puede ejercer tales actuaciones. La finalidad de esta nueva forma de enunciar las materias competenciales es hacer explícito el contenido de las competencias de la Comunidad Autónoma, con el fin de evitar interferencias del Estado en el ejercicio de las mismas²⁵.

3. La redacción de la nueva ley se encontraba notablemente condicionada

Este es el grupo normativo regulador en el que se inserta la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, que como determina su Exposición de Motivos, tiene como objetivo principal «la ordenación de los servicios y establecimientos farmacéuticos, así como la regulación de los derechos y obligaciones que se deriven de la atención farmacéutica que se presta a la población, para garantizar, en todo momento, un acceso adecuado y de calidad a los medicamentos, fomentando su uso racional y propiciando la mejora de los niveles de salud para la colectividad».

Sin duda, se trata de una ley notablemente condicionada por la legislación expuesta en los aspectos que paso a estudiar.

trol de centros, servicios y establecimientos sanitarios, y la formación del personal sanitario público, así como la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia.

2. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior, y en particular, y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 60, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria.

3. Corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos».

²⁵ Vide M. CARRASCO DURÁN, "Las competencias en la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: entre la norma y la realidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, 76, (2006), pp. 67-68.

V. TRANSMISIBILIDAD

Tal y como he señalado con anterioridad, la STC 109/2003, de 5 de junio, se pronunció sobre la transmisibilidad de las farmacias.

En relación con la Ley extremeña declaró inconstitucional y nulo, en tanto impide toda clase de transmisibilidad, el art. 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, párrafo primero, al disponer:

«Queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la oficina de farmacia»

También se declaró inconstitucional y nula al entrar en conflicto con la normativa básica estatal, la disposición transitoria tercera, párrafo primero, de la precitada Ley 3/1996 de Extremadura:

«No obstante lo dispuesto en el art. 14 de la Ley se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de titularidad de oficinas de farmacia abiertas en la actualidad por una sola vez; en este supuesto será de aplicación la normativa reglamentaria estatal vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. En ningún caso se permitirá el ejercicio del derecho de tanteo para clausura del establecimiento».

En relación con la Ley de Castilla-La Mancha declaró inconstitucional y nulo el art. 38.1, párrafo tercero, de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha al establecer el carácter intransferible de las farmacias por los motivos expresados con anterioridad:

«1. Las autorizaciones administrativas que otorgue la Administración para la instalación de nuevas oficinas de farmacia en Castilla-La Mancha tendrán las siguientes características:
– Serán personales al farmacéutico autorizado.
– Serán intransferibles»

También se declaró inconstitucional y nula la disposición transitoria segunda, párrafo primero, de esta Ley que establecía:

«La titularidad de las oficinas de farmacia existentes a la entrada en vigor de esta Ley podrá transmitirse por una sola vez conforme a la legislación previa vigente».

Además, la ley 16/1997, de 25 de abril y la ley 29/2006, de 26 de julio han dejado las cosas muy claras en este extremo. En este contexto la Ley 22/2007, de 18 de diciembre de farmacia de Andalucía, regula la transmisión de la oficina de farmacia en el artículo 47, respetando la jurisprudencia constitucional que ha configurado este derecho en el contexto de la legislación vigente. De su contenido debo destacar (art. 47):

– La transmisión de la farmacia está sujeta a autorización administrativa:

«1. La transmisión de la oficina de farmacia por cualquiera de las formas admitidas en Derecho estará sujeta a autorización administrativa que se realizará en las condiciones y con los requisitos de procedimiento que reglamentariamente se determinen. [...].

5. Efectuada la transmisión de la oficina de farmacia, la persona a cuyo favor se haya realizado la misma solicitará la oportuna autorización por cambio de titularidad a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de salud, en el plazo máximo de dos meses».

– Sólo podrá transmitirse a otro farmacéutico, y siempre que haya permanecido abierta al público durante un mínimo de cinco años:

«2. La transmisión de la totalidad o una parte indivisa de la oficina de farmacia sólo podrá llevarse a cabo a favor de otro u otros farmacéuticos siempre que el establecimiento haya permanecido abierto al público durante un mínimo de cinco años, con la misma persona titular o cotitulares.

No obstante, el plazo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en los supuestos de fallecimiento, incapacidad laboral permanente, total o absoluta, incapacidad judicial o declaración judicial de ausencia de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) de esta Ley²⁶».

– Determina las condiciones de las transmisiones onerosas, con dos excepciones que tienen presente los derechos adquiridos por los titulares de farmacias abiertas al público antes de la entrada en vigor de la nueva ley, o la transmisión parcial:

²⁶ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 40.1.b): «1. Las autorizaciones de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia caducarán: [...]. b) Por no haber transmitido la oficina de farmacia en el plazo de veinticuatro meses, contados a partir de la fecha en que se produzcan los hechos causantes: 1º Declaración judicial de ausencia. 2º Incompatibilidad legal. 3º Incapacidad laboral permanente, total o absoluta. 4º Fallecimiento.

En los supuestos de cotitularidad de la oficina de farmacia, podrá seguir al frente de la misma aquel cotitular que no se encuentre afectado por el hecho causante».

«3. En las transmisiones onerosas, el transmitente comunicará a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada tal comunicación, la Administración le dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia y con los criterios de los apartados 1 y 2 del artículo 41²⁷ de la presente Ley, si bien la valoración de la experiencia profesional se tendrá especialmente en cuenta cuando se hubiera desempeñado en municipios ELA (entidad local autónoma) o EATIM (entidad de ámbito territorial inferior al municipio), o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de mil habitantes.

La transmisión que se realizará a favor de aquel farmacéutico que teniendo la mayor puntuación acepte las condiciones y garantías exigidas por el transmitente, deberá efectuarse en el plazo máximo de cuatro meses.

Se exceptúa de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado la primera transmisión onerosa de aquellas oficinas de farmacia que cuenten con autorización administrativa de funcionamiento a la entrada en vigor de la presente Ley.

²⁷ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 41: «1. El procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se realizará de oficio mediante concurso público, en el que podrán participar los farmacéuticos que reúnan los requisitos establecidos en esta Ley y demás normas de desarrollo.

El procedimiento constará de tres fases:

a) En la primera fase sólo podrán participar los farmacéuticos que, a la fecha de publicación de la convocatoria, sean titulares de oficina de farmacia abierta al público en municipios, ELA o EATIM, o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de mil habitantes, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo deberán haber mantenido la titularidad sobre la citada oficina de farmacia, como mínimo, durante los diez años anteriores a la fecha de publicación de la convocatoria.

En esta fase se adjudicará como máximo el 20% de las oficinas de farmacia convocadas.

b) En la segunda fase podrán participar todos los farmacéuticos interesados, así como aquellos que no hayan resultado adjudicatarios en la fase anterior. En esta fase se adjudicarán las oficinas de farmacia convocadas y no adjudicadas en la primera fase.

c) En la tercera fase se adjudicarán, a los farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficina de farmacia, las vacantes que hayan quedado por resultar sus titulares adjudicatarios de otra oficina de farmacia en las dos fases anteriores, así como las que no hubieran sido adjudicadas en dichas fases.

Las fases del concurso se realizarán de acuerdo con el baremo que reglamentariamente se establezca y en el que, necesariamente, se tendrán en cuenta los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional.

El concurso reservará un cupo de oficinas de farmacia para personas con discapacidad.

El procedimiento de adjudicación finalizará por medio de una resolución única, en la que se incluirán todas las oficinas de farmacia adjudicadas en las distintas fases del procedimiento.

2. La obtención de una autorización de instalación y funcionamiento de una oficina de farmacia agotará los méritos de experiencia profesional y de formación posgraduada que se le computen al interesado para el concurso en el que resultó adjudicatario».

4. *Igualmente, queda exceptuada de lo dispuesto en el apartado anterior la transmisión onerosa de una parte indivisa de la oficina de farmacia, si bien el farmacéutico transmitente no podrá transmitir su parte proindivisa de la oficina de farmacia durante los cinco años siguientes».*

Por tanto, el régimen jurídico de la transmisión de la farmacia, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, sigue igual. Y efectúo esta afirmación, porque es el vendedor el que pone las condiciones, y por tanto, el que condiciona el “cuanto” y el “como” de la transacción. Además, el ámbito administrativo y el ámbito civil no siguen caminos paralelos, y a la práctica cotidiana de la venta de farmacias les remito para entender que nada cambia con la nueva regulación (es sumamente fácil sortear la regulación administrativa en la compraventa civil). Además, el número de farmacias que se van a abrir es escaso, y representa un porcentaje muy pequeño sobre las existentes, que se ven exceptuadas de la regulación establecida en el apartado 3. Y para corroborar la afirmación efectuada, cinco años antes de la jubilación el farmacéutico puede optar por la transmisión de una parte indivisa de la farmacia que puede llegar hasta el 80% de la misma sin tener que tener en cuenta las formalidades reseñadas. En resumen, por si no ha quedado claro, todo sigue igual.

Fuera del régimen de las transmisiones onerosas han quedado aquellos supuestos donde el farmacéutico adquiere una nueva adjudicación y autorización de oficina de farmacia, respecto de la titularidad y propiedad que ostentaba con anterioridad. Para ello se han establecido: limitaciones a la participación en el procedimiento y al derecho de adjudicación²⁸; pérdida del derecho a la adjudicación y a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de nueva oficina de farmacia²⁹; obligación de cierre de la oficina de

²⁸ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 34: «Limitaciones a la participación en el procedimiento y al derecho de adjudicación.

1. No podrán participar en el procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia los farmacéuticos que hayan transmitido su titularidad o cotitularidad sobre una oficina de farmacia en un plazo inferior a cinco años respecto a la fecha de publicación de la convocatoria de concurso.

2. El titular que tuviese autorizada una oficina de farmacia no podrá ser adjudicatario de las que se oferten, en los concursos de nuevas oficinas de farmacia, en el municipio donde se ubique la que tiene autorizada».

²⁹ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art.35: «Pérdida del derecho a la adjudicación y a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de nueva oficina de farmacia.

Si el adjudicatario es titular de otra oficina de farmacia y realizara cesión o transmisión de esta, ya fuera total o parcial, a partir de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial de la

farmacia³⁰; farmacéuticos adjudicatarios titulares de otra oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Andalucía³¹. Se trata de hacer frente a una realidad que se ha repetido en numerosas ocasiones y que pretende evitar la doble patrimonialización de la oficina de farmacia, poniendo coto a una práctica que rozaba el fraude de ley.

– El incumplimiento de los plazos supondrá la baja del incumplidor por un plazo de cinco años en el registro de posibles adquirentes:

«6. El incumplimiento de los plazos previstos en los apartados 3 y 5 de este artículo, por causa imputable al adquirente, supondrá la baja de este por un plazo de cinco años en el registro de posibles adquirentes».

– Ningún farmacéutico podrá ser titular de dos oficinas de farmacia:

«7. Cuando el adquirente de una oficina de farmacia fuera titular de otra y no la hubiera transmitido al momento de obtener la autorización de cambio de titularidad de la nueva, esta autorización quedará condicionada a que en el plazo máximo de seis meses realice la transmisión de la oficina de farmacia de la que era titular. Transcurrido este plazo sin haberse efectuado dicha transmisión, la autorización de cambio de titularidad conllevará la caducidad de la autorización de instalación y funcionamiento de la que tuviera abierta».

Junta de Andalucía, perderá el derecho a la adjudicación y a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de la nueva oficina de farmacia de la que hubiere sido adjudicatario en la convocatoria. Esta farmacia se ofertará a los solicitantes admitidos que no resulten adjudicatarios de oficina de farmacia, según el orden de puntuación obtenida en dicha convocatoria».

³⁰ *Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 36: «Obligación de cierre de la oficina de farmacia».*

1. La resolución de autorización de funcionamiento de nueva oficina de farmacia a favor de un farmacéutico titular de otra oficina de farmacia determinará el cierre definitivo de esta última, que se acreditará mediante la oportuna certificación de la Autoridad Sanitaria competente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, para asegurar que la población a la que dicho farmacéutico venía prestando asistencia farmacéutica no queda desatendida, la autorización de funcionamiento de la nueva oficina de farmacia quedará condicionada a la entrada en funcionamiento de otra oficina de farmacia en el municipio o núcleo donde, hasta ese momento, hubiese estado abierta la anterior oficina».

³¹ *Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 37: «Farmacéuticos adjudicatarios titulares de otra oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Andalucía».*

Si un farmacéutico titular de una oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Andalucía obtuviese la autorización de una nueva oficina de farmacia, la autorización anterior podrá quedar incorporada a la misma convocatoria o a convocatorias posteriores».

VI. COTITULARIDAD

1. Planteamiento general

La STC 109/2003, de 5 de junio no aprecia que hay vicio de inconstitucionalidad en las leyes enjuiciadas (extremeña y castellano-manchega) al permitir el art. 4.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril³², la transmisión a *otro* u *otros* farmacéuticos, y por tanto, es evidente que no se puede excluir la cotitularidad de las farmacias. Sobre el particular resulta ilustrativa la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 16:

«[...] no infringe el art. 35 CE, ni en su dimensión individual, en cuanto derecho a un determinado puesto de trabajo, ni en la colectiva, en cuanto obligación de los poderes públicos de promover una política de pleno empleo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Garantizada la dimensión individual de este derecho por la titularidad de una farmacia, el precepto también se encauza a satisfacer la dimensión colectiva, pues la titularidad de una única farmacia permite el acceso al trabajo a otros farmacéuticos. En lo relativo a la conculcación del art. 36 CE, tal y como he constatado, el ejercicio de la profesión titulada no ha de ceñirse a la titularidad de una farmacia, sino que admite otros ámbitos diferentes, y no existe ninguna relación entre la titularidad de una única farmacia y el ejercicio de una profesión titulada. Por tanto, el precepto tampoco infringe el art. 36 CE. Desde la perspectiva del art. 38 CE, nada cabe oponer al principio de una única titularidad de farmacia, puesto que el interés público vinculado a las mismas, determina como principio básico ex art. 149.1.16 CE la presencia física de un farmacéutico en el establecimiento justifica esta limitación, habida cuenta de la responsabilidad del farmacéutico titular en la prestación del servicio, de modo que, partiendo de ello, el criterio de una única titularidad resulta constitucional desde esta perspectiva, no habiéndose justificado la existencia de algún otro elemento obstaculizador complementario que pudiera vulnerar aquel precepto constitucional».

Por tanto, es constitucional la previsión de que cada farmacéutico sólo podrá ser titular de una única oficina de farmacia. La normativa básica contenida en la Ley General de Sanidad y en la Ley 16/1997, sólo indica que las farmacias podrán ser transmitidas, admitiéndose la cotitularidad, si bien nada señala acerca del número de farmacias de las que es posible ser titular. Corresponderá a las Comunidades Autónomas la “planificación farmacéutica” en su territorio y también “las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las

³² Vide Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, art. 4.1: «La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de otro u otros farmacéuticos».

transmisiones” de las farmacias, y por tanto, nada impide que, en ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo de las bases del Estado, regulen tal exigencia complementaria.

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, dedica varios preceptos a esta cuestión. En primer lugar, define que se entiende por farmacéutico cotitular (art. 2.g):

«El farmacéutico copropietario de una oficina de farmacia, con un porcentaje de participación no inferior a un 20% del valor total de la misma, que responde solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que se exigen en la presente Ley».

Respecto a la presencia y actuación profesional del farmacéutico, se determina en el art. 23.1 que «una oficina de farmacia no podrá mantenerse abierta sin la presencia del farmacéutico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.2.b) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, y lo dispuesto en la presente Ley. La presencia del farmacéutico titular, durante el horario mínimo obligatorio de la oficina de farmacia, y su actuación profesional en la misma son requisitos inexcusables para desarrollar las funciones y servicios previstos». Respecto a los cotitulares precisa (art. 23):

«2. En el caso de cotitularidad, el requisito de presencia y actuación profesional del farmacéutico se cumplirá por todos los cotitulares mediante un sistema de turnos durante el horario mínimo obligatorio.

3. En el supuesto de que los cotitulares no puedan cubrir todo el horario de apertura de la oficina de farmacia, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, la presencia del farmacéutico podrá ser suplida por un farmacéutico adjunto³³, que adquirirá en este caso la condición de sustituto³⁴».

En relación con las limitaciones a la participación en el procedimiento y al derecho de adjudicación deja claro la ley (art. 34):

³³ *Vide* Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 2: «j) Farmacéutico adjunto: el farmacéutico, nombrado como tal, que ejerce conjuntamente como colaborador del titular, regente o sustituto».

³⁴ *Vide* Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 2: «i) Farmacéutico sustituto: el farmacéutico nombrado como tal, siempre con carácter temporal, que ejerce sus cometidos asumiendo las mismas funciones, responsabilidades e incompatibilidades profesionales que el farmacéutico titular o regente de la oficina de farmacia».

«1. No podrán participar en el procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia los farmacéuticos que hayan transmitido su titularidad o cotitularidad sobre una oficina de farmacia en un plazo inferior a cinco años respecto a la fecha de publicación de la convocatoria de concurso».

En definitiva, la nueva ley autonómica define y regula lo concerniente a la cotitularidad en relación con los derechos, obligaciones y limitaciones que determinan el régimen jurídico del farmacéutico y la farmacia.

2. Sociedades profesionales

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE de 16 de marzo, núm. 65), abre una nueva posibilidad a la materialización formal de la prestación farmacéutica desde el punto de vista de su configuración legal en el ámbito de la cotitularidad.

No soslaya esta ley la especificidad del sector farmacéutico, tal y como precisa la disposición adicional sexta:

«*Oficinas de farmacia*. Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación».

Pero la titularidad o cotitularidad de la farmacia no impide configurar una organización colectiva colegiada, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a la ley e inscripción en el registro correspondiente. Y todo ello conciliando un adecuado régimen de responsabilidad a favor de los usuarios de los servicios profesionales que se prestan en el marco de una organización colectiva. Para ello, se posibilita algo que ya existía en el ámbito farmacéutico desde el punto de vista fáctico, civil y fiscal, que las nuevas sociedades se acojan a cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

VII. CADUCIDAD

1. Caducidad del derecho

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, aborda la caducidad del derecho a las autorizaciones de instalación y funcionamiento en los siguientes términos (art. 39):

«Se producirá la caducidad del derecho a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de la oficina de farmacia cuando el farmacéutico adjudicatario no proceda, por causas a él imputables y en el plazo reglamentariamente determinado por la Administración, a promover dichas autorizaciones y cuando la oficina de farmacia, por circunstancias sobrevenidas, no sea abierta al público».

La caducidad es una institución que hace referencia a la existencia de derechos temporales, sujetos a un plazo extintivo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares. Por tanto, cuando juega la caducidad en sentido técnico, transcurrido el plazo legal el derecho ha muerto para siempre³⁵. Esto es lo que sucede en este caso.

2. Caducidad de las autorizaciones de instalación y funcionamiento

Respecto a la caducidad de las autorizaciones de instalación y funcionamiento, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía determina las causas (art. 40):

«Las autorizaciones de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia caducarán:

a) Por causas referidas a su titular:

- 1.º Renuncia.
- 2.º Inhabilitación profesional por período superior a dos años.
- 3.º Suspensión definitiva de funciones.
- 4.º Cierre definitivo de la oficina de farmacia.

Si la inhabilitación profesional o la suspensión definitiva de funciones se hubieran producido en el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, las autorizaciones caducarán aunque existan cotitulares. En el caso de renuncia, caducarán las autorizaciones si sólo existe un titular, salvo si, siendo varios, renuncian todos.

b) Por no haber transmitido la oficina de farmacia en el plazo de veinticuatro meses, contados a partir de la fecha en que se produzcan los hechos causantes:

- 1.º Declaración judicial de ausencia.
- 2.º Incompatibilidad legal.
- 3.º Incapacidad laboral permanente, total o absoluta.
- 4.º Fallecimiento.

En los supuestos de cotitularidad de la oficina de farmacia, podrá seguir al frente de la misma aquel cotitular que no se encuentre afectado por el hecho causante.

c) Por resultar el titular de una oficina de farmacia adjudicatario de otra en un concurso público y obtener por resolución firme las autorizaciones de instalación y funcionamiento de esta nueva oficina de farmacia.

³⁵ Vide Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos*, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 860-861.

2. Las autorizaciones de instalación y funcionamiento de nuevas oficinas de farmacia, otorgadas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, caducarán al cumplir sesenta y cinco años de edad el farmacéutico a cuyo nombre se extienda la autorización de la oficina de farmacia. No obstante, el farmacéutico podrá solicitar la continuidad de la autorización hasta cumplir la edad de setenta años.

La caducidad de las autorizaciones previstas en el párrafo anterior conllevará el cierre automático de la oficina de farmacia, salvo resolución expresa en contrario de la Administración sanitaria para garantizar la continuidad de la asistencia farmacéutica, debiendo figurar al frente de la misma un farmacéutico regente hasta tanto se adjudique por concurso una nueva oficina de farmacia en la zona afectada.

3. La Consejería competente en materia de salud, en cualesquiera de los supuestos de caducidad contemplados en este artículo, se reserva la potestad de autorizar una nueva oficina de farmacia en aquellos municipios, entidades poblacionales o unidades territoriales farmacéuticas donde se hubieran producido los mismos».

La tipología de caducidad por causas referidas al titular es consecuente con el respeto a la libre determinación del mismo (renuncia o cierre definitivo) o consecuencia de una resolución judicial o administrativa (inhabilitación profesional por período superior a dos años o suspensión definitiva de funciones) que se adopta ante hechos graves, con todas las garantías jurídicas exigibles en un Estado de Derecho y previamente reconocida en una ley básica estatal³⁶. Por eso, en estos supuestos las autorizaciones caducarán aunque existan cotitulares.

La necesidad de que exista un farmacéutico al frente de la oficina de farmacia aconseja incluir la tipología de supuestos del art. 40.1.b). El Tribunal Constitucional ya determinó que en estos casos es razonable que la autorización administrativa de la que depende el ejercicio de dicha actividad caduque, si el farmacéutico no puede ejercer objetivamente su profesión (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 13), y tal y como determina la Ley 22/2007, no se ha transmitido la oficina de farmacia en el plazo de veinticuatro meses, contados a partir de la fecha en que se produzcan los hechos causantes.

Como señala la propia ley, en el supuesto de cotitularidad y por tanto, mantenimiento de un profesional al frente de la farmacia, no sería de aplicación la adopción de la medida tutelar.

³⁶ Vide Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, art. 4: «3. En los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole, las Comunidades Autónomas podrán prever la *prohibición de la transmisión* de las citadas oficinas de farmacia, así como la intervención de los medicamentos».

Respecto a la caducidad de las autorizaciones de instalación y funcionamiento de nuevas oficinas de farmacia, otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/2007, cuando llegue la edad de jubilación (sesenta y cinco años prorrogables hasta los setenta) nada cabe objetar, pues tal como ha determinado la STC 109/2003, desde la perspectiva del art. 149.1.16 CE, el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de "interés público" por el art. 1 de la Ley 16/1997 se conecta con dicho interés y no puede estimarse arbitraria.

La propia ley posibilita que la Administración sanitaria pueda resolver en sentido contrario para garantizar la continuidad de la asistencia farmacéutica, debiendo figurar al frente un farmacéutico regente.

La nueva Ley tiene presente que caducidad de la autorización y jubilación son dos cuestiones distintas aunque, a efectos prácticos en este sector del ordenamiento jurídico, íntimamente ligadas³⁷. En todo caso resulta evidente que la caducidad se puede evitar vendiendo la farmacia poco tiempo antes de cumplir la edad establecida.

Como cláusula de salvaguarda, la ley otorga atribuciones a la Administración, para autorizar una nueva farmacia en aquellas demarcaciones (municipios, entidades poblaciones o unidades territoriales farmacéuticas³⁸) donde se hubiera producido cualquiera de los supuestos detallados en el citado artículo 40.

³⁷ Vide STC 109/2003, FJ 14: «[...] caducidad de la autorización y jubilación son dos cuestiones distintas, [...] porque el farmacéutico cuya autorización ya ha caducado por cumplimiento de la edad, podrá seguir ejerciendo su profesión libremente, incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia que presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan, de modo que no se produce una cesación forzosa en la actividad profesional. Por tanto, desde la óptica del art. 36 CE, las causas de caducidad de las autorizaciones necesarias para el ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos al público resultan irrelevantes, por lo que no se aprecia vulneración de dicho precepto constitucional por parte de los artículos que estamos considerando».

³⁸ Vide Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, art. 28: «Unidad territorial farmacéutica.

1. El instrumento básico para la planificación territorial de las oficinas de farmacia será la unidad territorial farmacéutica. Su delimitación se realizará teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, y atendiendo a criterios territoriales y a factores geográficos, socioeconómicos y sanitarios, con el objeto de garantizar unas adecuadas condiciones de accesibilidad en la asistencia farmacéutica para la ciudadanía.

VIII. FINAL

Para concluir me gustaría señalar a modo de resumen que esta es una ley que adecua la legislación estatal al marco autonómico, pero sin modificar ni un ápice la situación actual a corto y medio plazo. El margen de maniobra en lo sustancial, era escaso. A lo expuesto en las páginas anteriores me remito.

Pero a pesar de esta conclusión debo señalar algunas otras que considero de interés. Sigue siendo muy difícil el acceso a la primera farmacia. Creo que la nueva ley debería haber sido más ambiciosa respecto a la posibilidad de aumentar sustancialmente el número de oficinas de farmacia abiertas al público. Respecto a las distancias entre oficinas de farmacia, también vamos a peor. Sólo procedo a señalar algunos aspectos, pero hay más. El modelo actual es bueno, pero necesita mejorar.

También me parece criticable el notable espíritu burocratizador de los nuevos listados y procedimientos para la adjudicación de nuevas farmacias (concursos). La determinación de los baremos (algo necesario) será una cuestión controvertida y cuestionada. Como sucede en la actualidad, casi todas las nuevas autorizaciones terminarán en un contencioso-administrativo, con nuevos motivos que adiciona esta nueva alternativa. No debemos obviar que la simplificación administrativa es un derecho de los administrados y una obligación para la Administración y para el legislador.

La nueva ley maquilla su núcleo duro envolviendo y enriqueciendo su articulado con aspectos que refuerzan al papel del farmacéutico o el uso racional del medicamento, pero no nos engañemos, estas cuestiones no generan la atención que suscita la transmisión, caducidad y cotitularidad de la oficina de farmacia.

El colectivo de farmacéuticos establecidos que al comienzo de la reforma mostraba su preocupación por una legislación que podía afectarles notablemente, manifiesta en privado su enorme alegría por el resultado obtenido, que ha llegado más allá de las previsiones de los más optimistas. La Administración autonómica ha resultado ser tan conservadora como el propio colectivo que regula. El colectivo tiene una justificación, la Administración no.

2. Por orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de salud, se establecerán las unidades territoriales farmacéuticas, para cuya configuración se tomarán como referencia las zonas básicas de salud determinadas en el Mapa de Atención Primaria de Andalucía».

A pesar de todo, se plantean algunas inquietudes que posiblemente terminarán en los tribunales: la obligación de cierre de farmacia previa tras obtener una nueva adjudicación, o los problemas que se deriven del capítulo III en lo referente a la prescripción (o como en el futuro pueda denominarse) por parte de profesionales que hasta el momento no disponían de esta atribución, son asuntos por resolver.

El tiempo y los tribunales de justicia tendrán la última palabra.