

PLAFARMA

Informe Jurídico entregado en Bruselas a la Comisión Europea el 23 de marzo de 2007 en contra de las Tesis que el Gobierno del Reino de España envió a la Comisión como respuesta al Dictamen Motivado, infracción 2001/5261, defendiendo la ordenación farmacéutica restrictiva y desproporcionada de 16 de las 17 comunidades autónomas del Estado Español



PLAFARMA, Plataforma de farmacéuticos por la libre apertura de farmacias en el Estado Español, es una asociación sin ánimo de lucro cuyo objetivo es que todos los farmacéuticos de la Unión Europea, y en particular los farmacéuticos españoles, tengan los mismos derechos de establecimiento que tienen todos los profesionales sanitarios. Plafarma es una asociación registrada que trabaja por la IGUALDAD, el PROGRESO de la profesión farmacéutica frente a los PRIVILEGIOS de los farmacéuticos titulares que corresponden solo al 32% de los farmacéuticos colegiados de España.

PLAFARMA, tiene como objetivo la Libre apertura de farmacias o la extensión de un modelo de mínimos inspirado en el Navarro como punto de partida para conseguir dignificar la profesión de TODOS los farmacéuticos. Solo a través de la liberalización, la profesión farmacéutica puede avanzar, ya que actualmente la principal preocupación de las organizaciones colegiales es impedir que todos los farmacéuticos podamos abrir farmacias por iniciativa propia, desatendiendo otras vertientes y problemas profesionales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
FALTA DE COMPETENCIA	5
Rentabilidad de las oficinas de farmacia	9
Calidad del Servicio	10
Satisfacción de los Usuarios	11
Reducción del Gasto Sanitario	12
Nivel óptimo de Cobertura de las Oficinas de Farmacia	13
Funciones de las Oficinas de Farmacia	14
AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS	15
PLANIFICACIÓN TERRITORIAL	16
SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 43 DEL TRATADO	18
SOBRE EL RÉGIMEN DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DE LAS FARMACIAS	21
SOBRE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD	24
CONCLUSIONES	26

INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de agosto de 2006 el gobierno español, a través del Ministerio de Sanidad y Consumo, remitió un informe (en adelante “INFORME”) de respuesta relativo a las presuntas restricciones a la libre competencia de la normativa española reguladora de oficinas de farmacia.

En este informe se respondía al contenido del dictamen motivado, que la Comisión Europea le había enviado con anterioridad, el 28 de Junio de 2006 (en adelante “DM”), y en el que se instaba al Reino de España a realizar las correspondientes adaptaciones en relación a las restricciones a la libertad de establecimiento de la normativa española en su regulación de las oficinas de farmacia.

Las restricciones mencionadas son:

- Restricciones al establecimiento de farmacias vinculadas al número de habitantes y a la distancia mínima entre oficinas.
- Normas relativas a las autorizaciones administrativas de apertura de farmacias.
- Restricciones derivadas de la normas de propiedad.

El gobierno español en dicho informe ha intentado enmascarar las limitaciones que el modelo farmacéutico español provoca y que lo convierten en un sistema de virtual monopolio a favor de una minoría de propietarios de oficinas de farmacia, los cuales se están aprovechando de un sistema de autorizaciones de apertura, de planificación territorial y de régimen de propiedad, que es injusto y que sin duda alguna, podría funcionar de manera más eficiente, solidaria y menos costosa tanto para el consumidor como para el propio Sistema Nacional de salud.

El objetivo que la Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias persigue con la elaboración de este escrito, es mostrar la verdadera realidad del sector

farmacéutico español, que dista mucho de la imagen que el INFORME refleja, sirviendo así de información con la que la Comisión pueda contrastar cual es la situación real del marco farmacéutico actual.

Nuestra plataforma entiende que el gobierno español puede utilizar medidas menos restrictivas y proporcionadas para conseguir los fines que propone las normas nacionales y autonómicas, en búsqueda de un interés sanitario y no económico.

Para ello trataremos de analizar uno por uno los diferentes elementos que han sido utilizados por el gobierno español como justificación y aquellas situaciones de hecho concretas que según éste la Comisión Europea ha obviado y que son necesarias para determinar si las normativas nacional y autonómicas son compatibles con el derecho Comunitario.

Establecimientos sanitarios de interés público sujetos a la planificación sanitaria.

La protección del interés público es el argumento principal que esgrime el gobierno español para justificar la existencia, de las anteriormente citadas restricciones, así queda reflejado en su INFORME *“el apartado 3 del artículo 103 de la ley 14/1986, General de Sanidad y el artículo 1 de la ley 16/97 de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, definen las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público sujetos a la planificación sanitaria”*; *“También la recientemente aprobada ley 29/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, reitera en su artículo 84.6 la consideración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios privados de interés público”*

La realidad es que se ha convertido en un servicio sanitario público con clientela fija y pago asegurado a cargo del Estado, que financia la mayor parte del consumo de medicamentos. Pero también es una empresa, con todos los beneficios que esto reporta, pero sin la competencia que precisa el mercado, y es en la mezcla de ambas situaciones, donde aparece el mayor problema que afecta actualmente al sector de la farmacia.

No negamos la función sanitaria de utilidad pública que las oficinas de farmacia prestan pero estamos rotundamente en contra de que dicho criterio haga que este sector tenga que regularse de una manera absolutamente desproporcionada en relación a otros sectores que igualmente constituyen una actividad sanitaria, como son el ejercicio de la medicina en cualquiera de sus especialidades.

No existen las mismas restricciones en relación a otras actividades sanitarias como los dentistas o ginecólogos, por ejemplo, parecería falta de lógica que no se permitiera abrir una consulta tomando en consideración la cercanía con otra o porque el número de profesionales en relación a la población fuera elevado.

Pero incluso pensando que estas restricciones pudieran estar justificadas por la eficacia en la consecución de los objetivos que persiguen, esto es la protección del interés público, sin embargo estos objetivos no se logran.

El propio artículo 16 de la ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud nos dibuja los objetivos marcados que deberían cumplir las farmacias en la dispensación de medicamentos, estos son *“el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado”*; estas estarían perfectamente cubiertas por licenciados en farmacia, e incluso el nivel de atención sería más alto al existir una mayor competencia y la posibilidad mas amplia, de elección por parte de los consumidores basada en este criterio *“y al menor coste posible para ellos y la comunidad”* en este punto también la eliminación de dichas restricciones provocaría un menor coste tanto para los consumidores como para el propio Sistema Nacional de Sanidad.

Discriminación

No se está permitiendo el acceso a su profesión en igualdad para un gran número de licenciados de farmacia, según los datos del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos existían 59.251 colegiados en 2005 de los que sólo 20.579 eran titulares de farmacia, este número de licenciados sin

titularidad ha seguido aumentando en los últimos años debido a la serie de barreras de entrada insalvables que encuentran para poder desarrollar su profesión.

La autoridades españolas deberían proteger a todos los licenciados en farmacia y al sistema universitario español ya que una vez obtenida una cualificación universitaria, que les debería capacitar para ejercer su profesión, no la pueden desarrollar puesto que existen una serie de normas que se lo impiden por lo que convendría realizar las modificaciones necesarias en aras a acabar con una legislación excesivamente restrictiva.

FALTA DE COMPETENCIA

La regulación española, ya sea a nivel nacional o autonómico está permitiendo que en el sector de dispensación de medicamentos no se pueda aplicar con normalidad el modelo europeo de competencia, lo cual está produciendo situaciones de privilegio para unos y de perjuicio para otros.

La introducción de la competencia en este sector permitiría, como lo ha hecho en el resto de sectores, ampliar las posibilidades de elección de los consumidores, la competencia obligaría de esta forma a las farmacias como a cualquier empresa a innovar, a mejorar la calidad de sus productos y de sus servicios y moderar sus precios. La teoría económica y la evidencia empírica revelan que los mercados competitivos conducen a la eficiencia y contribuyen a maximizar el bienestar de los consumidores.

En este sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia español en su Resolución de fecha 3 de julio de 1995 dejó claro su criterio de que *"la planificación general de las oficinas de farmacia en aras de garantizar la adecuada asistencia farmacéutica sea una ley de mínimos y no de máximos"* este es un requisito primordial que la Comisión Europea le exige al gobierno español.

También señaló el Tribunal que *"la regulación sobre distancias mínimas y número de habitantes mínimos para establecer una farmacia constituye una auténtica barrera de entrada y consagra una restricción de la competencia"* por tanto el gobierno español

debería seguir las recomendaciones de este tribunal y adecuar su planificación general de oficinas de farmacia a las leyes que rigen la competencia.

Queda evidenciado que la regulación española no debería estar basada en el número máximo de oficinas de farmacia o en la separación física entre ellas, sino en criterios de mínimos para poder alcanzar unos niveles de protección sanitaria adecuada, a partir de los cuales, se permitiría la apertura de el mayor número de oficinas de farmacia posible para de esta forma poder mejorar tanto las posibilidades de acceso a los medicamentos como la calidad en el servicio farmacéutico.

Un claro ejemplo de cómo la reducción de los límites de máximos producen una mejora en el sistema lo corresponde la ley foral de Atención Farmacéutica (LFAF) que ha desarrollado la Comunidad Foral de Navarra y ,que a pesar de las críticas iniciales, ha permitido en los últimos seis años la apertura de 247 farmacias.

Los datos del Colegio Oficial de Navarra reflejan que actualmente existen en esta Comunidad Autónoma 554 oficinas de farmacia, para unos 600.000 habitantes, una por cada 1.083 habitantes, sin embargo en toda España existen casi 21.000 oficinas de farmacia, según el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, para 44 millones de habitantes, lo que conlleva que se cuente con una oficina de farmacia para cada 2.000 habitantes.

Este llamado modelo navarro fue valorado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 24 de febrero de 2004, en la que consideró que en relación con la posibilidad de libre apertura de farmacias, una vez cubiertos los mínimos y cuando su número total no supere una farmacia por cada 700 (antes 2.800) habitantes y que la distancia entre farmacias sea como mínimo de 150 metros (antes 250) no existen elementos de inconstitucionalidad y que los nuevos módulos reducidos responden a la exigencia de garantizar la prestación.

Las restricciones cuantitativas referentes a la superficie de venta en una zona geográfica restringen la competencia al rechazar la incorporación de eventuales nuevos entrantes en el mercado creando monopolios locales

inmunes a la competencia, atrincherados en mercados geográficos al amparo de normativas estatales y autonómicas.

Los criterios de distancias han conducido a un verdadero monopolio espacial, en el que cada oficina de farmacia ostenta una zona de atracción de clientes que viene dada por el conjunto de ubicaciones geográficas desde las que los clientes se encontrarían dispuestos a desplazarse a ese establecimiento para efectuar sus adquisiciones, máxime cuando en muchas ocasiones los medicamentos son productos que necesitan ser adquiridos en circunstancias de verdadera necesidad y urgencia, esto conlleva que en localidades con una ratio elevada de densidad de población la cuota de mercado es enorme y por tanto los beneficios sean desproporcionados en relación a otras ubicaciones.

Según el Tribunal de Defensa de la Competencia español monopolio local queda definido como: *“si se considera un espacio plano, homogéneo y euclidiano (exento de agujeros), esa zona de atracción viene dada por un círculo, cuyo radio debe determinarse, según los casos, con centro en el propio establecimiento”*; por ello entendemos que en el caso concreto que estamos analizando existe una zona de atracción exclusiva protegida de la competencia.

Este monopolio local está propiciando enormes desigualdades en el sector de modo que el 20% de las farmacias factura actualmente el 80% de las ventas totales a la Seguridad Social, según el informe, "La realidad económica de la farmacia: tendencias del sector", realizado por la Asesoría de la Pequeña y Mediana Empresa (Aspime) para la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) en 2006.

No debemos olvidar que pese a las connotaciones sanitarias que indudablemente tiene esta área, también nos encontramos ante la realidad de la existencia de una actividad económica, y es esta la que se encuentra sometida a una situación de sobreprotección que nada tiene que ver con otras actividades comerciales que se desarrollan en nuestro marco social.

Las farmacias son catalogadas como empresas y representan hoy día en España cerca de un 1 por ciento de las pequeñas y medianas empresa, no

obstante el número de farmacias no ha crecido en la misma medida que el resto del colectivo, que lo ha hecho en los últimos diez años un 28 por ciento.

Lo que el gobierno ha querido transmitir en su INFORME bajo una postura excesivamente inmovilista es tratar de justificar que el modelo regulador de oficinas de farmacia español, que desde su visión, funciona correctamente no debe ser modificado.

No obstante, este tipo de argumentos ha consolidado en nuestro país una normativa y unas prácticas proteccionistas que, además de entorpecer un mejor servicio a los ciudadanos, están restringiendo el principio de libertad de empresa.

Un claro ejemplo que puede ilustrar los efectos positivos que la liberalización conseguiría producir, fue la autorización para la apertura de las oficinas de farmacia las veinticuatro horas del día, medida que benefició directamente a los usuarios, que vieron aumentadas sus posibilidades de acceso a los medicamentos.

Pero que también beneficiaron a los propios farmacéuticos ya que las guardias nocturnas que desde los colegios profesionales se presentaban, con frecuencia, como un esfuerzo no rentable que los centros farmacéuticos realizaban para favorecer al público, demostraron ser una actividad que producía beneficios y que, con libertad de empresa, algunos farmacéuticos estaban dispuestos a realizar sin necesitar instrucciones.

Esta liberalización de horarios había sido también contestada en los mismos términos por las tesis, que argumentaban que el sistema de guardias funcionaba correctamente. Para que se alcanzase esta reforma, se necesitó la decisión del Tribunal Supremo que consideró que un colegio profesional no podía oponerse a una medida que suponía indudablemente un beneficio para los usuarios.

Otro ejemplo de cómo la adaptación al sistema de libre competencia ha introducido mejoras, pese a la oposición inicial, fue el cese del monopolio

comercial farmacéutico sobre la venta de determinados productos, lo que permitió un notable abaratamiento de precios en productos tales como las leches maternizadas, que hoy pueden adquirirse en los mercados.

En conclusión: la restrictiva regulación del acceso al libre ejercicio profesional de los farmacéuticos está reduciendo su número y por tanto el de oficinas de farmacia, con consecuencias negativas para el consumidor y la calidad del servicio. Por este motivo, la liberalización del establecimiento farmacéutico que cualquier texto legislativo debe proponer no debe ser un fin en sí misma, sino un medio.

Entendemos la liberalización como una medida por la que aumenta la competitividad profesional, y en donde los pacientes pueden elegir y asignar sus rentas a los mejores profesionales.

Tales normas deben redundar por igual en aras de los intereses de los usuarios y de todos los profesionales farmacéuticos incluyendo aquellos que no tienen oficina de farmacia.

Rentabilidad de las oficinas de farmacia

El nivel de rentabilidad de una oficina de farmacia es considerablemente elevado, la facturación alcanza los 500.000 euros de media, existen diferentes estudios que reflejan diferentes realidades económicas sobre el sector, pero el dato que despeja cualquier duda sobre la desproporción de ingresos con relación a otras actividades lo encontramos en el extraordinariamente alto precio de compra o traspaso de una oficina de farmacia que rondan los varios millones de euros.

Esta claro que los agentes de mercado valoran obtener rentabilidad a la hora de realizar inversiones, por lo que no pagarán un precio mayor al que puedan amortizar, por tanto los precios tan altos para la compra o traspaso de una farmacia obedecen a la existencia de un negocio muy lucrativo y protegido de la competencia por las normas estatales y autonómicas.

Además, si tenemos en cuenta, como se mencionó anteriormente, que el 20% de las farmacias españolas factura el 80% de las ventas a la Seguridad Social entonces nos encontramos ante un negocio de proporciones colosales.

Por otra parte, para todos aquellos licenciados que no pueden acceder a la apertura de una farmacia el nivel mínimo de rentabilidad, por el que estarían dispuestos a acceder al mercado sería el sueldo que reciben actualmente, por encima de éste están preparados para ejercer su derecho a desempeñar su labor profesional.

Para poder calcular la rentabilidad de un oficina de farmacia deberíamos tener presente las numerosas denuncias, en relación a presuntas irregularidades en relación con las bonificaciones de medicamentos de prescripción, que provocan que millones de euros que representan estas prácticas no repercutan en ningún ahorro para la Sanidad Pública ni los pacientes.

Con las bonificaciones, el margen económico de las oficinas de farmacia que las aceptan se dispara del 27,9 % y el 33 % hasta el 100 por cien en algunos casos, incumpliendo la ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

Calidad del Servicio

Quizás este es el punto en el que mayor beneficio se podría generar para los consumidores ya que al permitir el acceso a nuevos licenciados en farmacia se mejoraría notablemente la calidad del servicio.

De esta forma se permitiría demostrar su valía y competir en servicio, esto conllevaría a que los usuarios tuvieran la facultad de elegir las oficinas de farmacia con mayor calidad, viéndose recompensadas éstas por su mejor servicio, ya que los usuarios acudirían a ellas en mayor medida, siempre y cuando se eliminase el requisito de distancia mínima entre oficinas de farmacia, estableciendo un sistema de mínimos de forma que dichas oficinas de farmacia estarían a solo unos metros .

El sistema actual provoca que la calidad en el servicio no sea determinante a la hora de elegir una oficina de farmacia por parte del consumidor debido a que el incentivo de una atención más adecuada, eficaz y especializada queda relegado por la distancia que se debe recorrer en algunos casos excesiva máxime cuando son productos catalogados como de primera necesidad y que en numerosas ocasiones se requieren con urgencia.

La entrada de la competencia supondría un estímulo para la mejora de la calidad y aunque la rentabilidad de la oficinas de farmacia se viera reducida por el aumento de oficinas de farmacia esto no supondría como afirma EL INFORME un riesgo para la calidad del servicio farmacéutico español..

A pesar de los recortes de rentabilidad que según el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos se han producido en los últimos años en este sector, el informe de Aspime, referido anteriormente, refleja que: *“las oficinas de farmacia con facturación anual hasta 300.000 euros pese haber sufrido un estancamiento del margen comercial su respuesta ha sido resituarse dentro del mercado ofreciendo un mejor servicio, es decir, invertir. Aquellas que se encuentran en el siguiente tramo (301.000 hasta 600.000) ha pesar de haber experimentado una tendencia bajista de su margen comercial han apostado por “la profesionalización y el empleo”.*

Desde la Plataforma para la Libre Apertura de Oficinas de Farmacia demandamos un modelo que reconozca los derechos y obligaciones de los usuarios y que se preocupe de los intereses y necesidades de los ciudadanos y no de los intereses económicos de los titulares de farmacia, haciendo una sanidad mejor y más equitativa.

Satisfacción de los Usuarios

Un argumento clásico para la defensa del sistema español es que el servicio que proporcionan las farmacias españolas es valorado muy positivamente por los ciudadanos siendo uno de los sectores con un menor número de reclamaciones, es decir seguir confiando en el inmovilismo y no en lo que realmente demandan las necesidades de la sociedad actual. Éste fue uno de los discursos que se utilizaron para no permitir la apertura de las oficinas de

farmacia durante 24 horas, en ese caso la lógica prevaleció y los consumidores fueron los mayores beneficiados .

Sin embargo no es menos cierto que en la Comunidad de Navarra donde ya se aplica un sistema más flexible que se acerca a la liberalización las farmacias, es el sector más valorado por los consumidores navarros Así se desprende de una encuesta encargada por la Asociación de Consumidores de Navarra en 2006.

De todas formas la mejor manera de que los usuarios queden correctamente protegidos es articular un sistema basado en la competencia que les permita tener acceso al mayor número de profesionales posible para poder elegir entre ellos.

Reducción del Gasto Sanitario

Con el sistema actual que se protege por la administración española, el gasto farmacéutico público ha venido creciendo año tras año lo que demuestra que no es eficaz en la contención del gasto sanitario público.

Aún cuando se regulan los márgenes comerciales sobre los medicamentos, artículo 90 de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos a las farmacias, el sistema permite que éstos continúen siendo altos ya que rondan el 30%. Márgenes que sin duda alguna podrían reducirse con la entrada de nuevas oficinas de farmacia en un sistema de libre competencia.

En concreto, la Plataforma para la Libre Apertura de Farmacias ha ofrecido una reducción de dichos márgenes comerciales hasta dejarlos en el 15% (en aquellas farmacias de alta facturación) para aquellos medicamentos que se encuentran incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, que como expone el INFORME del Gobierno español corresponden al 90% de los medicamentos dispensados, margen que permite unos beneficios más que suficientes para el desarrollo de la actividad de una oficina de farmacia y que conllevarían un importante recorte en el gasto sanitario pues estos medicamentos están financiados con fondos públicos.

Sin embargo el gobierno español ha hecho oídos sordos a esta proposición, dejando al descubierto, que la motivación principal de mantener y no modificar este sistema esconde en realidad un intento por conservar una serie de privilegios heredados con el paso del tiempo y no un intento por mantener el equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitaria, como se preconiza en su informe relativo al contenido del dictamen motivado

Por otra parte a pesar de que la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios en su disposición adicional octava permite descuentos en la dispensación de medicamentos publicitarios de hasta el 10%, estos descuentos no se están utilizando debido a que la falta de competencia que provoca el sistema español en este sector les hace innecesarios, no siendo utilizados como reclamo para su venta.

En conclusión podemos confirmar que la liberalización de las farmacias no solo no supondría una amenaza al equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitaria, sino una notable reducción en el gasto tanto público como privado, objetivos que deberían ser los defendidos por las instituciones públicas.

Nivel óptimo de Cobertura de las Oficinas de Farmacia

El INFORME afirma que: “se ha logrado una distribución homogénea de farmacia en todo el territorio del estado, adecuada a las características geográficas y poblacionales de cada territorio: en España existen 2.149 municipios de menos de mil habitantes y todos tienen farmacia; de los 1.114 municipios de menos de 500 habitantes, sólo 36 carecen de farmacia”; “un 99% de la población tiene una oficina de farmacia donde habita”.

En relación a la primera afirmación ya quedó aclarado que la falta de competencia ha provocado una serie de desigualdades que no permiten una distribución homogénea de las farmacias.

Además debemos destacar que el sistema actual esta propiciando para aquellas farmacias rurales en municipios con menos de 500 habitantes unas carencias enormes, ya que si tomamos como referencia el gasto medio anual por habitante en España, éste fue de 236,20 euros en 2006, es imposible que estas farmacias puedan tener una rentabilidad que le permita sobrevivir dignamente. por lo que tienen que desarrollar prácticas a las que los farmacéuticos no deberían estar obligados a acudir.

El gobierno tiene el deber de articular las medidas necesaria para dignificar el desarrollo de la actividad farmacéutica en estas localidades sea a través de botiquines, ayudas económicas o cualquier otro medio, pero no propiciar irregularidades para alcanzar una cobertura global.

Las reformas que se proponen no reducirían el número de farmacias sino que lo ampliarían propiciando que el 100% de la población tenga una oficina de farmacia donde habita, a la menor distancia posible y con la posibilidad de elegir entre un mayor número de profesionales.

Funciones de las Oficinas de Farmacia.

El artículo 1 de la ley 16/97 define las funciones de las oficinas de farmacia, estas son:

1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.
2. La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas.
3. La garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población, en los que no existan oficinas de farmacia.

4. La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos.
5. La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes.
6. La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia.
7. La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria.
8. La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
9. La actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.
10. La colaboración en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.

Aunque desde algunas opiniones la ley atribuye un número de funciones desmedido y que no se ajusta a la realidad, no obstante todas estas funciones pueden ser prestadas por un profesional licenciado en farmacia respetando la propia ley en su artículo 5.

AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

El número de autorizaciones para la apertura de nuevas oficinas de farmacia esta lógicamente relacionado con la planificación territorial, lo que está provocando restricciones de acceso en relación al número de demandas reales de licenciados en farmacia que las solicitan y en este sentido solo aquellos que poseen una puntuación muy alta pueden ser autorizados a la apertura.

Aunque los procedimientos de autorización de nuevas farmacias deben estar basados en criterios objetivos, estos procedimientos fundados en el concurso de méritos han conllevado a que, en la práctica, se otorgue prioridad absoluta a los farmacéuticos ya establecidos con anterioridad, de tal forma que estos, una vez autorizados como titulares de la nueva farmacia, venden la antigua o la ceden a sus familiares dado que las normas actuales permiten que simplemente transcurrido un plazo que varía entre los 6 meses y los 3 años el propietario puede vender su farmacia.

En otras ocasiones se produce un bloqueo en las autorizaciones provocado por la solicitud de un farmacéutico con un gran número de méritos acumulados, con el único fin de, una vez adquirida la autorización de apertura, renunciar inmediatamente a ella y de esta forma comenzar de nuevo el procedimiento de autorización.

De este modo el acceso a la propiedad/titularidad de las oficinas de farmacia es copado por las familias farmacéuticas que utilizan un derecho basado en los privilegios heredados con el paso de los años y actualmente, sólo en el mejor de los casos, por aquellos licenciados con una alta experiencia como debería promover un servicio basado en el servicio público .

En relación al acceso a las oficinas de farmacia ya existentes, como anteriormente quedo concluyentemente expuesto, el traspaso de una farmacia alcanza precios exorbitantes, desmedidos para una actividad denominada sanitaria de servicio público y es que la unión de propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia conlleva a que éstas se puedan obtener mediante una fuerte inversión económica debido a la faceta mercantil que el sistema le capacita al margen de la administrativa basada en los meritos del candidato.

Es decir existen dos formas diferentes de acceso a la titularidad de una oficina de farmacia una basada en los méritos pero que ha sido devaluada por las restricciones territoriales y por las prácticas poco éticas y otra que se fundamenta exclusivamente en la capacidad económica del comprador al margen de los requisitos de la primera

PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

Dos son los criterios que recoge la ley 16/1997, uno establecido en la distancia mínima de 250 metros y otro en el módulo de población aunque las diferentes comunidades autónomas en las que existe regulación propia han adaptado este modelo a sus diferentes necesidades y características.

La aplicación de los dos requisitos conjuntamente es la que está generando una mayor desigualdad ya que en núcleos de población con una gran densidad de población el límite de distancia física entre oficinas de farmacia hace que estas tengan una ventaja comercial significativa puesto que el número de usuarios a los que acceden es mucho más elevado que los 2.800 máximos permitido.

Este es uno de los elementos por los que como reflejan los propios datos de el Colegio Farmacéutico el 80% de los ingresos correspondan al 20% de las farmacias, que se encuentran situadas en las zonas con una ratio de población más elevada .

En otros casos nos encontramos con localidades con una población que ronda los 4.000 habitantes o más, y que disponen de una sola oficina de farmacia, como por ejemplo en la localidad de La Mojonera en Almería donde solo existe una farmacia para 7.900 habitantes, con lo queda comprometido el eficaz acceso de los usuarios a los medicamentos por el que debe velar el poder público.

Suprimiendo estos requisitos se lograría una distribución más homogénea de las farmacias en el territorio español basada en la respuesta rápida que el mercado tiene cuando se genera una demanda de servicios que está quedando insatisfecha.

Las distancias mínimas entre farmacias establecida en 250 metros no guardan ningún criterio ni rigor científico sino que simplemente tiene como objetivo la inexistencia de competencia entre dichas oficinas, una vez que el límite mínimo de oficinas de farmacia se hubiera cumplido todas aquellas nuevas oficinas de Farmacia no harían sino aumentar las posibilidades para los consumidores de acceder a los medicamentos de un modo más fácil.

El aumento en el número de oficinas de Farmacia conllevaría una mejora notable a la accesibilidad a este servicio y no provocaría la acumulación de farmacias en los puntos más céntricos o concurridos como el gobierno español argumenta ya que, como la experiencia en otros sectores nos ha demostrado, sería el propio mercado el que se adaptaría de una manera más rápida y eficaz a las necesidades del usuario.

Además no debemos olvidar que es la proximidad la que determina en gran medida la compra de medicamentos al ser estos un producto de primera necesidad y que se suelen necesitar en circunstancias de urgencia, por lo que todas las zonas geográficas quedarían cubiertas de una manera notablemente más eficaz si existiera una liberalización de este sector, ya que todas las zonas serían atractivas desde un punto de vista comercial.

En conclusión creemos en la ecuación: mas liberalización = más farmacias

más farmacias = más competencia y más competencia = mejor servicio.

SOBRE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 43 DEL TRATADO

La Comisión ha dictaminado que en la normativa estatal y autonómica española relativa a la apertura de farmacias se incumplen los preceptos del artículo 43 del Tratado, que exigen la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, de esta manera la Comisión ha observado en dichas normas una serie de disposiciones que imponen restricciones cuantitativas y territoriales como son las que regulan los procedimientos de autorización y las que imponen limitaciones a la propiedad de las farmacias.

El gobierno español considera el DM como un ataque al modelo de farmacia español y defiende que la Comisión ha realizado una interpretación extensiva de los artículos 152 apartado 5 y 295 del tratado extralimitándose en sus funciones.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que cualquier restricción a la libertad de establecimiento debe cumplir cuatro condiciones *“que se apliquen de manera no discriminatoria, que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, que garanticen la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”*; sentencia de 30 de noviembre de 1995 Gebhard C-55/94, sin embargo estas condiciones no se cumplen, en este caso en concreto, como analizaremos a continuación.

▪ Que se apliquen de manera no discriminatoria

Son clasificadas como restricciones aquellas medidas que hagan menos atractivo el ejercicio de dicha libertad por parte de nacionales y extranjeros, asunto C-439/99, y es que el sistema de autorizaciones para la apertura de farmacias unido a los límites territoriales hace casi inaccesible la posibilidad de ejercer la actividad farmacéutica en España para un licenciado de otro país comunitario.

Las restricciones existentes en relación a la competencia y a la propiedad también fundamentan una clara desincentivación para las empresas extranjeras

que desde modelos con mayor liberalización quisieran introducirse en el mercado Español.

- **Que se justifiquen por razones imperiosas de interés general**

No existen en el marco actual español razones imperiosas que nos lleven a pensar que en aras al interés general se debiese articular un sistema especial de protección. El proceso de liberalización en el ámbito farmacéutico ha conllevado diversas reformas en el pasado que no han hecho comprometer la estabilidad del sistema sanitario español, sino que lo han reforzado, un ejemplo evidente lo observamos en el modelo navarro.

- **Que garanticen la realización del objetivo que persiguen**

Las normas puestas a examen están provocando el efecto contrario al que se supone persiguen provocando un efecto negativo en el servicio farmacéutico, el artículo 16 de la ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud nos marca los objetivos que se pretenden conseguir “*el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo de tiempo adecuado*”; estas estarían perfectamente cubiertas por licenciados en farmacia e incluso el nivel de atención sería más alto al existir una mayor competencia y la posibilidad mas amplia de elección por parte de los consumidores basada en este criterio

- **No vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo**

Cualquier justificación que esté basada en una excepción recogida en el Tratado, según reiterada jurisprudencia debe asegurar que las medidas adoptadas al efecto no van más allá de lo que es objetivamente necesario para conseguir su propósito véanse las sentencias de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01 apartado 43 y de 23 de septiembre de 2003, Comisión/Dinamarca, C-192/01, apartado 45.

En el caso concreto dichos objetivos tanto de mejora de calidad, protección de los consumidores, accesibilidad a los medicamentos, podrían ser conseguidos a través de una liberalización como quedo ampliamente demostrado.

Competencia de la Comisión

Para el gobierno español *“dar por válida la interpretación del artículo 43 del tratado defendida en el DM equivale, en el caso que nos ocupa, a atribuir a la Comisión competencias exorbitantes para actuar en contra de lo establecido en actos previos de las instituciones comunitarias, soslayando totalmente además la relevancia de otros artículos del Tratado”*; la actuación de la Comisión en este caso concreto no constituye una extralimitación de sus competencias sino que en virtud de ellas, vigila el cumplimiento de principios del Tratado y por ello insta a la adaptación de las normas que incumplen el artículo 43.

La interpretación del DM que realiza el gobierno español no se ajusta la realidad pues la Comisión no cuestiona la totalidad ni el espíritu de la reglamentación española, sino que reclama la realización de adaptaciones necesarias para que ésta no incumpla los principios básicos del tratado.

La Directiva 2005/26/CE sirve de argumentación para el gobierno español que considera: *“ello equivaldría en el presente caso a otorgar carta blanca a la Comisión para actuar, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, en contra de actos de las instituciones comunitarias y más concretamente para actuar en contra de lo que se establece en los considerandos 25 y 26 de la precitada Directiva 2005/26/CE”* pero el hecho de que una medida nacional pueda ser conforme con una disposición de Derecho derivado, no hace que dicha medida escape a las disposiciones del Tratado véase sentencia de 28 de abril de 1998, Kroll, C-158/96.

Por otra parte el artículo 26 de la anteriormente citada Directiva establece que: *“la presente Directiva no coordina todas las condiciones de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico y su ejercicio. En concreto, la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos deben seguir siendo competencia de los Estados miembros. Por otra parte, la presente Directiva no altera las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los estados miembros que prohíben a las empresas la práctica de ciertas actividades farmacéuticas o imponen ciertas condiciones a dicha práctica”*.

El contenido de este artículo, sin embargo, no debe interpretarse desde la óptica de que el principio de libertad de establecimiento recogida en el artículo 43 no tenga que ser tenido en consideración. La Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia dispone que a falta de armonización de una actividad profesional, los estados miembros siguen siendo competentes, en principio,

para regular el ejercicio de dicha actividad, quedando obligados sus competencias en este ámbito al respeto las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, véanse las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-108/96, de 2 de Febrero de 2001, Mac Quen y otros, C-108/96 y de 11 de Julio de 2002, Gräbner, C-294/00.

El gobierno español argumenta un riesgo en el equilibrio financiero del sistema sanitario español queriendo hacer un paralelismo con el de seguridad social ya tratado por la sentencia Kohll donde en su apartado 41 se expone que el riesgo de graves perjuicios para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social es la única razón que justifica la restricción al principio de libre circulación de servicios.

Sin embargo este riesgo es inexistente en el caso concreto, como ya quedó demostrado anteriormente, la realización de las adaptaciones solicitadas por la Comisión conducirían a una mejora del sistema y una reducción del gasto público.

SOBRE EL RÉGIMEN DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DE LAS FARMACIAS

El régimen de planificación territorial de apertura de oficinas de farmacia impone una serie de criterios geográficos y poblacionales que constituyen una restricción a la libertad de establecimiento.

La Comisión ha instado a España a que realice una serie de adaptaciones del modelo español ya que éste está basado en un sistema de máximos y no de mínimos como sería aconsejable para alcanzar los objetivos de garantizar un nivel elevado en la protección de la salud.

En este sentido la Sentencia de 16 de mayo 2006, asunto C-372/04, Watts deja claro que “la realización de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado obliga no obstante inevitablemente a los Estados miembros a

introducir adaptaciones en dichos sistemas, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia”.

De igual forma se manifestó el abogado General en sus conclusiones de 15 de Diciembre de 2005, sobre el mismo asunto (punto 123) *“No se pretende reconocer una excepción general a las obligaciones derivadas del Tratado basadas en las responsabilidades de los Estados miembros en el sector de la asistencia sanitaria. Más bien, debe entenderse en el sentido del enfoque reiterado del Tribunal de Justicia, con arreglo al cual se reconoce que los Estados miembros conservan plenas competencias para organizar sus regímenes de seguridad social, si bien al ejercer dichas facultades están obligados a respetar plenamente las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario, en especial las relacionadas con las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE”*.

Adaptaciones

El Estado Español justifica el no poder realizar las medidas adecuadas para cumplir las obligaciones, que le incumben en virtud del artículo 43 y que la Comisión le exige, en *“la amenaza al equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitaria”* y en que estas podrían *“socavar la calidad y continuidad de las prestaciones”*.

En relación con el primer argumento esta posible amenaza es completamente infundada, la adecuación de las normas que actualmente restringen libertades fundamentales amparadas por el Tratado, en ningún caso supondrían un riesgo para el equilibrio financiero del sistema nacional de asistencia sanitario sino todo lo contrario propiciarían una considerable mejora a su estabilidad.

En relación con el segundo argumento, la liberalización en este sector está escrupulosamente unida a la necesidad de que sea un licenciado el que dispense los medicamentos en farmacia, este licenciado en farmacia posee una cualificación idónea para realizar esta labor por lo que la calidad de servicio quedaría absolutamente protegida y en cualquier modo reforzada ya que existiría una competencia entre las farmacias por ofrecer un servicio mejor y más adaptado a las necesidades de los consumidores.

El gobierno interpreta que la Comisión tiene como objetivo realizar una profunda modificación del sistema sanitario, que vacía de contenido el artículo 152 apartado 5 el cual según sus tesis le confiere potestad exclusiva y forzaría al Reino de España a *“reducir el elevado nivel de protección de la salud por el que ha optado ... y ello sin necesidad de ofrecer ningún, argumento sólido que permita intuir cual sería el resultado en la práctica de la modificación sugerida”*.

Sin embargo el gobierno español parece olvidar que ha sido, bajo su propia autoridad, él que ha introducido parte de las modificaciones que le requiere la Comisión, a través de la regulación de la Comunidad autónoma de Navarra y el resultado en la práctica no solo no ha reducido el nivel de protección de la salud sino que lo ha elevado.

Esta circunstancia había sido puesta de relieve por la Comisión en su DM *“la carta del Gobierno de Navarra, en respuesta a la carta de emplazamiento de la Comisión, así como la situación en de esta Comunidad Autónoma ponen de manifiesto que los límites cuantitativos no son necesarios. Por una parte, los parámetros impuestos en Navarra son claramente inferiores a los límites máximos previstos en la ley general nacional: esto vale tanto para las cuotas con relación a la población (una farmacia por cada 700 habitantes en lugar de por cada 2800 ó 4000 habitantes) como para la distancia mínima entre farmacias (150 metros en vez de 250 metros). Por otra parte, en su carta el Gobierno de Navarra reconoce expresamente que «el límite de 700 habitantes por farmacia es tan insignificante que no se ha utilizado hasta ahora»”*.

Por otra parte el gobierno español expone que, asumiendo quod non que las reglas de planificación de apertura de farmacias entrañaran restricciones a la libertad de establecimiento, el INFORME defiende que estas estarían justificadas por razones de interés general y serían proporcionales en relación al objetivo perseguido conforme determina el asunto Gebhard anteriormente desarrollado.

Dicha proporcionalidad y adecuación del sistema estaría fundada en que: el 99% de la población española dispone de una oficina de farmacia en su lugar de residencia, se garantiza un nivel óptimo de calidad en el servicio y en que el índice de reclamaciones es bajo, no volveremos a analizar cada uno de estos argumentos puesto que ya quedaron suficientemente rebatidos con anterioridad en este informe.

Finalmente sobre la posible disminución del nivel de rentabilidad (que ya es muy elevada), la merma de la calidad del servicio y la menor capacidad de financiar stock, que el INFORME sugiere podrían producirse, nos limitaremos a repetir que a pesar de los recortes de rentabilidad que según el Colegio de Farmacéuticos se han producido en los últimos años en este sector, *“las oficinas de farmacia con facturación anual hasta 300.000 euros pese haber sufrido un estancamiento del margen comercial su respuesta ha sido resituarse dentro del mercado ofreciendo un mejor servicio, es decir, invertir. Aquellas que se encuentran en el siguiente tramo (301.000 hasta 600.000) ha pesar de haber experimentado una tendencia bajista de su margen comercial han apostado por “la profesionalización y el empleo” (informe Aspime).*

SOBRE EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD

El gobierno español considera que la Comisión realiza una interpretación extensiva del artículo 43 que vacía de contenido el artículo 295 de tratado y defiende que las presumibles restricciones existentes estarían fundadas en la protección del interés general.

En relación con las justificaciones basadas en razones imperiosas de interés general, estas deben ser adecuadas para la realización del objetivo que se persigue y no deben ir más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo, sentencia de 31 de Marzo de 1993, Kraus, C19/92, sin embargo en el caso concreto las medidas adoptadas por el gobierno español son absolutamente desproporcionadas e inadecuadas al objetivo que se proponen como quedo claramente reflejado anteriormente.

En este sentido coincidimos con la interpretación que la Comisión hace sobre las restricciones a la propiedad en relación con las oficinas de farmacia y entendemos que existe un claro paralelismo entre dichas restricciones y aquellas juzgadas en la sentencia de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia, C-140/03, donde el Tribunal de Justicia apreció que el objetivo de protección de la salud pública podría alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, por ejemplo exigiendo la presencia de diplomados asalariados y por medio de normas en materia de responsabilidad civil por hechos ajenos, así como de normas que impongan un seguro de responsabilidad profesional.

El requisito de la propiedad/titularidad no es indispensable para el ejercicio y el control de la actividad farmacéutica y es desproporcionado, pudiéndose alcanzar los objetivos perseguidos por la legislación española con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento como las anteriormente descritas.

Por otra parte la exigencia física del farmacéutico nunca ha sido negada por la Comisión, quedando recogida en su DM *“la Comisión no impugna la exigencia de que durante las horas de apertura de una farmacia un farmacéutico deba estar presente y que los medicamentos solo puedan ser vendidos al público por un farmacéutico”*; por tanto dicha exigencia de reserva de la propiedad no se justifica de ninguna manera por razones de facilidad de acceso a los medicamentos, ni de seguridad para los consumidores.

La referencia que realiza el INFORME sobre los monopolios comerciales estatales argumentada sobre la base de la sentencia de 31 de mayo de 2005 Hanner C-438/02 no nos parece acertada ya que se refiere a una sociedad por acciones sueca, fundamentalmente sin ánimo de lucro, cuya dirección se compone en su mayor parte de políticos y funcionarios estatales y en la que Según el Estado sueco es titular de una participación mayoritaria de dos tercios en su capital.

La finalidad que ha perseguido el Estado español al establecer límites a la acumulación de farmacias ha sido evitar la posible integración vertical y la concentración horizontal que pudiera no permitir a los usuarios elegir entre diferentes oficinas de farmacia en determinadas localidades.

No obstante, el propio informe desvela que en relación con las primeras que “este problema podría paliarse mediante el establecimiento de un régimen legal de incompatibilidades”; y en relación con las segundas, que la concentración horizontal no tendría sentido “en un entorno de precios regulado y de prestaciones de servicios personales que no presentan economías a escala”.

CONCLUSIONES

- Pedimos a la Comisión Europea que continúe el procedimiento iniciado, y denuncie al reino de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que el gobierno español no ha realizado las modificaciones sobre la legislación de apertura de oficinas de farmacia necesarias para adaptarse al cumplimiento del principio de libertad de establecimiento recogido en el artículo 43 del Tratado.
- Pedimos al gobierno español, que acometa las reformas necesarias para una liberalización en la regulación de las oficinas de farmacia, por la que firmemente apostamos como medio más eficaz para mejorar el sistema sanitario y que supondría un beneficio a los consumidores y acabar así con las desigualdades e injusticias que el sistema actual está ocasionando, y solicitamos que transitoriamente utilice el modelo Navarro, modelo éste que consideramos menos restrictivo y más eficiente, y que de esa manera podamos ejercer el derecho a desempeñar nuestra profesión en libertad e igualdad.

Junto con este informe se anexa un documento en el que se recogen muchas de las denuncias, artículos, informes opiniones y quejas que la Plataforma para la Libre Apertura de Oficinas de Farmacia ha recogido a lo largo de los años y que reflejan cual es la verdadera situación de la farmacia en España.