

# **SOBRE EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY DE FARMACIA DE ANDALUCÍA**

## **UNAS NOTAS PRELIMINARES**

**Sevilla, 3 de marzo de 2008**

### **OBJETO**

Ante las peticiones de información que está recibiendo de organizaciones colegiales de distintos territorios autonómicos, el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CACOF) ha considerado procedente elaborar las presentes notas.

El pasado 27 de febrero, convocada por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, se celebró en Madrid una Mesa Redonda sobre “Política Farmacéutica de los Partidos Políticos” que, moderada por su Presidente, contó con la participación de representantes sanitarios del Partido Popular (Julio Sánchez-Fierro) y del Partido Socialista (José Martínez Olmos). Entre otros temas, en dicha Mesa Redonda se trató sobre la **reciente Ley de Farmacia de Andalucía (LFA) y del Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra ella** por el Partido Popular.

Las informaciones expuestas en la mesa redonda sobre el citado recurso, según lo transmitido al CACOF, han producido sorpresa en numerosas organizaciones colegiales no andaluzas, al diferir de lo percibido a través de los medios de difusión. Sobre todo, la sorpresa se produce ante la eventualidad de que el citado recurso de inconstitucionalidad pudiera conducir, en mayor o menor medida, a revisar la normativa vigente en la totalidad de las Comunidades Autónomas.

Sobre la Ley de Farmacia de Andalucía (LFA), que el CACOF valora positivamente aunque no sea perfecta, las organizaciones colegiales vienen desarrollando actividades de información directa a los farmacéuticos andaluces. Pero, dadas las circunstancias que concurren, el CACOF ha estimado preferible

aplazar el ineludible debate hasta que se hayan celebrado las elecciones del 9 de marzo y despejado ciertas cuestiones sobre el Dictamen Motivado de la Comisión Europea.

No obstante, es obvio que el recurso de inconstitucionalidad incidirá en los restantes territorios autonómicos, con intensidad mayor o menor dependiendo de la definitiva decisión del Tribunal Constitucional. Aún así, incluso en caso de desestimarse, el pronunciamiento del Tribunal se demoraría varios años, lo que inevitablemente producirá inestabilidad en la ordenación farmacéutica de todas las Comunidades.

Con independencia de otras consideraciones, el CACOF cree por ello obligado atender las peticiones de información de otras organizaciones colegiales. A tal fin, se han elaborado las presentes notas que, deliberadamente, se limitan a las cuestiones que afectan a otros territorios y reducen al mínimo las consideraciones jurídicas. En todo caso, el CACOF queda a disposición de otras organizaciones colegiales que puedan requerir más información.

## ANTECEDENTES

La LFA se aprobó el pasado 4 de diciembre, tras una tramitación accidentada y alejada del consenso que al principio pareció posible, sin duda por las peculiares circunstancias de las épocas electorales.

Inicialmente, las confrontaciones se centraron en el **apartado 47.3 del Proyecto de Ley, sobre transmisiones onerosas de las farmacias**, que reproducía criterios básicamente coincidentes con los vigentes en el País Vasco, según el **apartado 17.2 de la Ley 11/1994, de 7 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Vasca**, cuya constitucionalidad nadie ha cuestionado hasta ahora. En tal sentido, y con objeto de aplicar los **principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad** a las transmisiones onerosas, el primitivo texto de dicho apartado 47.3 proponía lo siguiente:

“47.3.- La transmisión onerosa se realizará solamente a favor del farmacéutico que, estando inscrito en el **registro de posibles adquirentes** constituido al efecto, tenga la **mayor puntuación según el baremo de**

**méritos** que se establezca, de acuerdo con los criterios del apartado 1 del artículo 41 de la presente Ley, **y acepte el precio de venta** de la oficina de farmacia” (Nota: las transmisiones no onerosas nunca fueron motivo de controversia).

Este apartado 47.3 fue el **“elemento primigenio”** del recurso de inconstitucionalidad que presentaría el Partido Popular, pues así lo anunció casi un mes antes de aprobarse la LFA. El Partido Popular aducía que su texto era inconstitucional por contrario a los **artículos 33, 35 y 38 de la Constitución Española** (sobre el derecho a la propiedad privada, al trabajo y a la libertad de empresa). Como alternativa, presentó una enmienda que reproducía básicamente el **artículo 29 de la reciente Ley 6/2006, de 9 de noviembre, de Farmacia de Extremadura**.

En el texto aprobado el 4 de diciembre, el tratamiento de las transmisiones onerosas experimentó **notables matizaciones respecto al primitivo apartado 47.3**: sería libre la primera transmisión onerosa de las farmacias ya existentes, así como las que facilitaran cotitularidades, quedando limitado el procedimiento inicial a los casos en que no concurrieran tales supuestos.

## **LAS SORPRESAS DEL RECURSO**

Como estaba anunciado, el 11 de enero el Partido Popular presentó en el Tribunal Constitucional el correspondiente recurso, suscrito por más de cincuenta Diputados del Congreso. Entre los firmantes figuran responsables políticos tan destacados como Eduardo Zaplana, Ignacio Astarloa, Gabriel Elorriaga, Miguel Arias Cañete, etc. Y entre las personalidades sanitarias del Partido Popular, Mario Mingo y José Ignacio Echániz. No aparecen, en cambio, las firmas de Ana Pastor o Julio Sánchez-Fierro.

Con tan reiterados anuncios, el hecho, en sí, de la presentación del recurso no supuso ninguna sorpresa. **Lo que sorprendió fueron los cambios en las argumentaciones y materias impugnadas a partir de su “elemento primigenio”**.

En efecto, entre otros aspectos que se obvian por no afectar a otras Comunidades Autónomas, resultaba novedoso que:

1. Se recurrieran **cuestiones ajenas a las argumentaciones del Partido Popular durante la tramitación de la LFA**, pues además de no haber sido objeto de enmiendas, no se había referido a ellas durante la tramitación. Por ejemplo, el rechazo a cualquier competencia reglamentaria autonómica en materia de **formulación magistral**.
2. Un **“salto conceptual”** de gran trascendencia: **la oposición a cualquier capacidad autonómica para establecer principios de concurrencia competencia, mérito y capacidad, no sólo sobre transmisiones onerosas, sino también sobre adjudicaciones de farmacias de nueva apertura.**

Más allá de otras consideraciones, este **recurso de inconstitucionalidad condiciona que, lo que inicialmente fue una cuestión circunscrita a Andalucía, se haya convertido en tema de interés nacional**. De hecho, se ha comprobado que, de prosperar en el Tribunal Constitucional las materias recurridas, **resultaría preceptiva la modificación de la normativa actualmente vigente en todas las Comunidades Autónomas, sin excepción**, al margen del color político de sus respectivos gobiernos.

Se trata, por tanto, de una cuestión de trascendencia mayor, y cuya significación política se presenta – cuando menos – confusa. Algunos sugieren benévola que los firmantes del recurso no fueron conscientes de lo que firmaban. Pero, al tratarse de figuras tan relevantes en el Partido Popular como sus portavoces parlamentarios – tanto el general en el Congreso de los Diputados como el sectorial en su Comisión de Sanidad y Consumo –, no parece razonable atribuirles una actuación tan ligera. Parece más adecuado que tal “salto conceptual” responda a una nueva posición del Partido Popular.

## **SOBRE FORMULACIÓN MAGISTRAL**

Antes de entrar en lo que, sin duda, es el elemento nuclear del recurso – regulación de nuevas aperturas y transmisión de farmacias – parece procedente

detenerse sobre un tema que, en otras circunstancias, podría considerarse colateral o secundario, como la regulación de la formulación magistral. En atención a que, como vienen anunciando los medios, **la Comunidad de Madrid está a punto de aprobar un Decreto sobre Formulación Magistral**, parecen obligadas algunas consideraciones al respecto. Pues, según las argumentaciones contenidas en el recurso, este previsto Decreto de la Comunidad de Madrid también incurriría en inconstitucionalidad.

En efecto, en el recurso del Partido Popular contra la LFA se reclama la **revocación de su artículo 13 (fórmulas magistrales y preparados oficinales) “por infringir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos”**.

Cabe recordar que el Grupo Popular no presentó enmienda al artículo 13 de la LFA, ni hizo referencia expresa al tema durante su tramitación, a pesar de que la Asociación Española de Farmacéuticos Formulistas fue una de las entidades que comparecieron en la misma. De hecho, los primeros indicios de que el Partido Popular recurriría el artículo 13 se produjeron semanas después de la aprobación de la LFA.

Sin perjuicio de que el texto del artículo 13 sea expresamente respetuoso con la normativa básica, no procede aquí descender a los pormenores del mismo, toda vez que la tesis sostenida en el recurso del Partido Popular es que las Comunidades Autónomas no tienen competencia alguna sobre regulación de la formulación magistral, ni siquiera respecto a sus funciones delegadas de ejecución de la legislación del Estado.

En el recurso, esta aseveración se fundamenta sobre una peculiar interpretación de la **Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 152//2003, de 17 de julio**, relativa a la **Ley 5/1999, de Ordenación Farmacéutica de Galicia**, y concretamente contra sus **artículos 45.b y 46**, relativos a radiofarmacia. Sobre la consideración de tales artículos se extiende la citada STC 152//2003 en su **Fundamento Jurídico Noveno**.

Pues bien, tras una sorprendente argumentación (más sorprendente aún tras la lectura detenida del citado Fundamento Jurídico), en el recurso del Partido Popular se identifican las competencias autonómicas sobre “fórmulas

magistrales y preparados oficinales” con las de “radiofarmacos”, para concluir que las Comunidades Autónomas no tienen capacidad regulatoria alguna sobre formulación magistral, ni siguiera respecto a sus funciones delegadas de carácter ejecutivo o aplicativo de la legislación básica del Estado. (Hay más información disponible, pero no procede aquí entrar en mayores detalles).

## NÚCLEO PRINCIPAL DEL RECURSO

El principal motivo de sorpresa para los asistentes a la Mesa Redonda no se refirió a la formulación magistral u otros aspectos puntuales. Fue el **“salto conceptual”** contenido en el recurso de inconstitucionalidad sobre los **principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad**. Casi todos los presentes venían considerando que tales impugnaciones se limitaban exclusivamente a las transmisiones onerosas (lo que antes se ha denominado **“elemento originario”**). La sorpresa se produjo al conocer que **el recurso contra tales principios en la regulación autonómica abarcaba tanto a las transmisiones como a la adjudicación de nuevas farmacias**, lo que afectaba a todas las Comunidades Autónomas, sin excepción.

Resultado de este “salto conceptual” es que, en el recurso del Partido Popular, **las impugnaciones se extienden, de forma automática e indiscriminada, desde el artículo 47.3 de la LFA, que fue su “elemento primigenio”, a los artículos 33.2 (principios generales de las adjudicaciones de farmacias), 41.1.c (procedimiento de adjudicación de nuevas farmacias) y 47.3 (transmisiones onerosas)**. Todo ello desde una apreciación general en el propio recurso que define expresamente en sus objetivos de inconstitucionalidad (página 2): **“Primero.- Inconstitucionalidad de los artículos 33.2 ; 41.1.c) 2º párrafo; y artículo 47.3 de la Ley de Farmacia de Andalucía, por infringir el régimen uniforme establecido por el legislador estatal en los procedimientos de autorización de apertura de la oficina de farmacia y de autorización de su transmisión, aplicando principios rectores derogados, así como por infringir el artículo 38 de la Constitución Española (libertad de empresa), en relación con los artículos 89 y 103.2 y 4 de la Ley General de Sanidad”**.

Además del ya comentado apartado 47.3 (hay amplia información disponible), los otros apartados impugnados ofrecen el siguiente texto:

**“33.2 (principios generales para la adjudicación de nuevas farmacias).-** La adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se ajustará a los **principios de publicidad, transparencia, concurrencia pública y mérito”**.

**“41.1.c) 2º párrafo (procedimiento de adjudicación de nuevas farmacias).** 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”**.

La **concepción básica** que subyace en este “salto conceptual” queda patente en uno de los fragmentos del recurso (página 6), donde se señala literalmente: “A lo dicho debemos añadir que la aplicación de los **principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad** en los **procedimientos de apertura y transmisión de las oficinas de farmacia** supone un **claro intento de aplicar al acceso de una profesión privada** los criterios legales que, en nuestro ordenamiento jurídico, rigen solamente para el **acceso de la función pública”**. En otras palabras: los citados principios “funcionarizan” una profesión liberal y coartan la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 de la Constitución Española.

Este “salto conceptual” se ha producido **con posterioridad** a la aprobación de la LFA, como se desprende de distintos hechos. Entre otros, que **las posiciones fijadas en el recurso son abiertamente contradictorias con algunas de las enmiendas presentadas por el Partido Popular** en la tramitación de la LFA. Puede citarse, por ejemplo, una **enmienda de adición al artículo 41.1 del Proyecto de Ley** donde, en relación con un propuesto concurso de traslados para farmacéuticos rurales, previo al general para adjudicación de nuevas farmacias, se planteaba: **“b. En dicho concurso se aplicará idéntico baremo de méritos que en el de adjudicación de nuevas oficinas”**. Es decir, el Partido Popular no sólo aceptaba entonces un **baremo de méritos** (concurrencia competitiva, mérito) **para las nuevas adjudicaciones**, sino que **además lo hacía extensivo a los traslados**.

Otro aspecto llamativo en la posición del Partido Popular ha sido su impugnación del **apartado 33.2 de la LFA** (sobre principios generales de apertura de nuevas farmacias). Pese a aceptar que **“las nuevas oficinas de farmacia se adjudicarán en convocatoria por concurso público”**, recurre su apartado 2, cuya literalidad es la siguiente: **“2. La adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se ajustará a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia competitiva y mérito”**. Y aquí la posición del Partido Popular introduce importantes interrogantes: si las nuevas farmacias deben adjudicarse mediante concurso, pero sin ajustarse a los principios de concurrencia pública y mérito, **¿cómo se resolverá tal concurso?, ¿por subasta?, ¿por sorteo?, ¿o deberían alterarse los criterios de planificación para las nuevas farmacias?**

La línea argumental seguida en el recurso en este tema parte de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio**, y concretamente, sobre la demanda interpuesta por la Comunidad de Castilla-La Mancha contra el **apartado 4.1 y la disposición final primera de la Ley 16/1997, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia**, que consolidaron la **transmisibilidad obligatoria de las oficinas de farmacia y las cotitularidades**. Por motivos de tiempo y espacio, no se entrará aquí en los pormenores de la controversia (está disponible información pormenorizada al respecto). Baste señalar que el Tribunal Constitucional determinó que, si bien el Real Decreto-Ley 11/1996 había fijado anteriormente como básico que **“la autorización de oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas”**, tal carácter básico resultó **parcialmente modificado por el apartado 3.2 de la Ley 16/1997**, cuyo texto es el siguiente: **“3.2.- La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas (...)”**. Es decir, para este procedimiento específico a establecer por cada Comunidad Autónoma, si antes mantenían carácter básico (esto es, imperativo) los principios de **concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad**, tras la Ley 16/1997, sólo lo tenían los de **publicidad y transparencia**. Esto es, **habían perdido su carácter imperativo los de concurrencia competitiva, mérito y capacidad**. Pero ello no impedía (en todo caso, resolverá el Tribunal Constitucional) que fuese potestativo para las

Comunidades Autónomas establecerlos para sus correspondientes territorios (como confirma la realidad sanitaria y política de todas las Comunidades, sin excepción).

La apreciación contenida en el recurso del Partido Popular es muy diferente: según su argumentación, **lo que dejó de tener carácter básico se convirtió automáticamente en anticonstitucional**. Y para reforzar tal tesis se busca un **elemento de apoyo sorprendente**, puesto que **su validez se condiciona a una respuesta del Tribunal Constitucional que nunca se producirá**. Se refiere a un Auto de 23 de noviembre de 2004 de la Sección 4ª de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que planteaba de oficio, con motivo de un recurso de casación, una **cuestión de inconstitucionalidad** al Tribunal Constitucional, en relación con el **artículo 11 de la Ley de Extremadura 3/1996, de Atención Farmacéutica** (artículo no recurrido en su momento por el Gobierno del Estado). En el mismo texto del recurso, el Partido Popular reconoce implícitamente la fragilidad de tal argumento (página 6) cuando señala: **“No nos consta que la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo frente al artículo 11 de la Ley de Atención Farmacéutica de Extremadura haya sido resuelta al día de hoy, lo que impide que aquí podamos concluir, de forma tajante, sobre la inconstitucionalidad del citado precepto”**. Pero lo sorprendente es que el Partido Popular, a 11 de enero de 2008, no fuera consciente de que tal respuesta del Tribunal Constitucional no se producirá ya nunca.

Y no puede producirse porque el citado artículo 11 de la Ley 3/1996 de Extremadura, simplemente, ya no existe. En efecto, la citada Ley ha sido expresamente derogada en su integridad por la más reciente **Ley 6/2006, de 9 de noviembre, de Farmacia de Extremadura**. Es difícil comprender que el Partido Popular no sea consciente de ello, y no sólo por contar con importante presencia en la correspondiente Cámara Autónoma. Es que, además, el Partido Popular ha trabajado intensamente la renovada Ley 6/2006 de Extremadura con ocasión de la LFA. De hecho, dos de sus enmiendas, al apartado 47.3 (precisamente sobre transmisiones onerosas) y al 77.1 (sobre cuantías de las sanciones), estaban prácticamente tomadas de aquélla, como reconoció abiertamente el Grupo Popular durante la tramitación. Y recuérdese también que, en la Mesa Redonda celebrada en Madrid el 27 de febrero, Julio Sánchez-Fierro dijo que no

hubo consenso sobre la LFA porque no se aceptó su ofrecimiento del texto de la Ley 6/2006 de Extremadura sobre transmisiones onerosas.

Pues bien, lo llamativo es que los **apartados 25.1 y 26.1 de la Ley 6/1996 de Extremadura** dicen lo siguiente:

- “25.1.- El procedimiento para la concesión de la autorización de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia se ajustará a los **principios de publicidad, transparencia, mérito y capacidad**, a lo dispuesto en el presente artículo, a las normas generales de procedimiento administrativo, y a lo que reglamentariamente se establezca en esta materia”.
- “26.1.- La autorización de instalación y funcionamiento de las oficinas de farmacia se otorgará por **concurso público** (...), en el que se valorarán los siguientes criterios: **experiencia profesional, méritos académicos, formación postgraduada y discapacidad física** (...)”.

En conclusión, **la tan invocada Ley 6/2006 de Extremadura también consagra los principios de concurrencia competitiva, mérito y capacidad**, sin que el Partido Popular – tan buen conocedor de la misma – se haya planteado recurrirla ante el Tribunal Constitucional. ¿Por qué tales diferencias de criterio respecto a la Ley de Andalucía?

Pero estas diferencias no sólo se producen respecto a la legislación extremeña. **El primer firmante del recurso de inconstitucionalidad, D. Eduardo Zaplana, también avaló con su firma, como Presidente de la Generalitat Valenciana, la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, cuyo actual apartado 18.4 ofrece la siguiente redacción:**

- “18.4.- El procedimiento de autorización de nuevas oficinas de farmacia se efectuará sobre la base de los principios de **publicidad y transparencia**, con arreglo a los **criterios de selección** que reglamentariamente se establezcan. Dichos criterios de selección tendrán en cuenta principalmente la **experiencia profesional**, preferentemente en oficinas de farmacia de la Comunidad Valenciana, **especialmente en**

**poblaciones de menos de 800 habitantes, la valoración mediante una prueba escrita de los conocimientos de atención sanitaria y farmacéutica, con un peso porcentual del veinticinco por ciento del total de los puntos a obtener, currículum académico, formación profesional complementaria, docencia e investigación, conocimiento del valenciano y de otras lenguas de la Unión Europea”.**

Por tanto, los procedimientos en la Comunidad Valenciana, además de ajustarse a los principios de **publicidad y transparencia**, también lo hacen respecto a los de **concurrentia competitiva** (con examen de conocimientos, incluido), **méritos** (profesionales y académicos) y **capacidad** (incluida la lingüística).

Otro de los firmantes del recurso de inconstitucionalidad es D. José Joaquín Martínez Sieso que, en su entonces calidad de Presidente de Cantabria, también lo fue de la **Ley 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria**, cuyo artículo 24.1 ofrece el siguiente texto:

- “24.1.- Reglamentariamente se regulará el **procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia, que deberá ajustarse a los principios de transparencia, concurrentia, publicidad, mérito y capacidad”.**

Cabría extenderse mucho más sobre situaciones análogas pues, **en el momento actual, la normativa de la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas establece su adaptación a los principios de concurrentia competitiva, mérito y capacidad, además de los de publicidad y transparencia.** En la gran mayoría de ellas, con rango de ley, y sólo en contados casos, por normas de desarrollo reglamentario. De donde se deduce que **el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Farmacia de Andalucía, y a expensas de lo que decida en su día el Tribunal Constitucional, podría tener intensa repercusión, cuando se dicte sentencia, sobre todas las Comunidades Autónomas – con independencia del color político de sus respectivos gobiernos –, y, hasta que tal sentencia se produzca, puede generar en todas ellas incertidumbres e inestabilidad, que no es precisamente lo mejor para las farmacias en estos momentos.**

## SITUACIÓN PRODUCIDA

Como es obvio, las cuestiones impugnadas en el recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular contra la Ley de Farmacia de Andalucía (LFA) quedan condicionadas a lo que definitivamente resuelva el Tribunal Constitucional, en un proceso que tardará años.

**En mayor o menor medida, las materias recurridas no sólo afectan a Andalucía, sino a todas la Comunidades Autónomas, sin excepción. Y no sólo a las iniciativas autonómicas que puedan adoptarse en lo sucesivo – al menos, hasta que el Tribunal Constitucional despeje las incertidumbres –, sino también sobre normativas autonómicas actualmente vigentes.**

En otras palabras, y al margen de otras consideraciones, resulta indiscutible que el recurso de inconstitucionalidad introduce importantes componentes de inestabilidad en la Farmacia española. Y puesto que no parece concebible que los firmantes del citado recurso no fueran previamente conscientes de ello, los motivos de preocupación no se reducen, sino todo lo contrario, al abrirse serios interrogantes sobre su intencionalidad política.