

RESTRICCIONES AL LIBRE ESTABLECIMIENTO DE FARMACIAS: LECCIONES DE LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJCE Y DE LA EXPERIMENTACIÓN AUTONÓMICA

CARLOS PADRÓS

Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Europeo
Universitat Autònoma de Barcelona

JOAN RAMON BORRELL

Profesor Titular de Economía y Política Económica
Universitat de Barcelona

LAURA FERNÁNDEZ-VILLADANGOS

Profesora Asociada de Economía y Política Económica
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN¹

Las acciones de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) han definido instrumentos jurídicos que permiten evaluar si las regulaciones nacionales que restringen la libertad de establecimiento y prestación de servicios así como de movimiento de capitales en la Unión Europea son proporcionadas al objetivo de interés público al que propenden. El llamado *test de proporcionalidad* es un instrumento clave que ha

¹ Tenemos una deuda de gratitud por los comentarios de las siguientes personas con las que hemos departido sobre el presente trabajo o sobre nuestra investigación: Juan Manuel Cabasés Hita, Lluís Castañeda Peyrón, Julio Costas Comesaña y Juan Esteva de Sagrera. Los errores u omisiones que contenga el manuscrito final son de nuestra exclusiva responsabilidad.

sido aplicado con éxito por las autoridades europeas en el ámbito de los llamados servicios de interés general.

Ahora bien, la Comisión Europea se ha encontrado con mayores dificultades de lo esperado al aplicar este test de proporcionalidad a algunos de estos servicios. El subsector de las oficinas de farmacia muestra como ningún otro las recientes dificultades que se encuentra la Comisión Europea en la aplicación del test de proporcionalidad.

Este trabajo tiene como objetivo extraer lecciones sobre la potencialidad y los límites de las acciones de la Comisión Europea en la evaluación de la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de establecimiento de farmacias, así como discutir los beneficios de la experimentación regional.

Por un lado, las recientes sentencias del TJCE a favor del principio de subsidiariedad en relación a la unión de titularidad y propiedad de las farmacias han establecido nuevos límites a la aplicación del test de proporcionalidad, y al método de la intercomparación de regulaciones nacionales. Por el otro, la creciente diversidad en la planificación farmacéutica autonómica en España ha devenido una suerte de experimentación a favor de las reformas en un segundo aspecto discutido: la restricción al número de farmacias abiertas al público.

El caso del recurso de incumplimiento instruido por la Comisión contra España por el carácter excesivamente restrictivo de la ordenación de las oficinas de farmacia muestra cómo la comparación entre Comunidades Autónomas puede ser determinante para evaluar si una regulación menos restrictiva amplía la cobertura geográfica de la atención farmacéutica. Está pendiente de conocer en qué medida el TJCE dará mayor o menor peso a la comparabilidad de experiencias regulatorias regionales dentro de una misma jurisdicción nacional.

A continuación, en la sección 2 analizaremos el marco legal europeo, las acciones de la Comisión Europea y la jurisprudencia del TJCE en el subsector de las farmacias. En la sección 3 describiremos el marco legal de la planificación territorial farmacéutica de España en el contexto europeo, así como sus raíces históricas. En la sección 4 detallaremos las lecciones que se pueden extraer de la experiencia de tres Comunidades Autónomas en relación a los efectos de la restricción del número de farmacias sobre la prestación del servicio farmacéutico. Concluiremos en la sección 5.

2. LA FRONTERA ENTRE DERECHO EUROPEO Y DERECHO NACIONAL

2.1. MARCO LEGAL EUROPEO

No existe en la Unión Europea un marco legal común sobre las restricciones al libre establecimiento de farmacias. De acuerdo a la normativa y jurisprudencia comunitarias, la regulación del ejercicio de la profesión de farmacéutico depende

fundamentalmente de los Estados miembros ya que está acogida a la excepcionalidad relativa a la organización nacional de los servicios sanitarios.² El derecho europeo sólo establece el principio de no discriminación por razón de origen de los profesionales, y el principio de proporcionalidad de las restricciones al libre establecimiento.

En el amplio espectro que va desde el servicio público puro hasta el libre mercado, los grados de intervención administrativa en las actividades pueden variar: prestación direct, servicio público concedido a un operador en concurrencia, actividad de interés público o interés general excluida de las reglas de mercado, actividad de interés público o interés general regulada, y actividad libre. En este complejo sector entre monopolio público y libre mercado hay que situar la intervención administrativa de las oficinas de farmacia.

La definición de la esfera de las actividades económicas publicadas corresponde a cada legislador nacional. El estatus legal de las oficinas de farmacia es variable en cada uno de los Estados miembros de la UE, y no ha quedado sometida a la directiva de servicios siempre que se confie la atención farmacéutica a una profesión regulada.³

La información ofrecida por ÖBIG (2006) y COFV y FEFE (2007) muestra que 20 de los 27 Estados miembros aplican restricciones a la libertad de establecimiento de oficinas de farmacia. Estas restricciones contrastan con la situación, por ejemplo, de Canadá y Estados Unidos donde no hay restricciones al establecimiento de farmacias más allá de algunas regulaciones estatales para asegurar que las nuevas farmacias cuentan con los medios necesarios (Abood 2007).

Normalmente las autoridades utilizan criterios geográficos y demográficos para restringir el establecimiento de nuevas farmacias. Seis de los 20 Estados miembros con restricciones de establecimiento (Austria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría y Portugal) tienen además regulaciones explícitas de distancia mínima (de entre 150 y 400 metros) entre las farmacias establecidas y las nuevas farmacias que solicitan autorización según ÖBIG (2006) y COFV y FEFE (2007). Sólo en tres

² Este enfoque fue refrendado con la sustitución de la Directiva 1985/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las provisiones del derecho, la regulación y la acción administrativa respecto a ciertas actividades en el área de la farmacia por la más moderna Directiva 2005/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, donde explícitamente se señala 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."

³ La nueva directiva de servicios no es aplicable (artículo 2.f.) "a los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado". Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Ver CNC (2009, p. 10) donde se advierte acertadamente que el considerando 22 de la directiva de servicios establece que "la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio"

(Irlanda, Holanda y el Reino Unido) de estos veinte Estados miembros, las organizaciones que gestionan la asistencia sanitaria pública son las que limitan el número y localización de las farmacias que dispensan los medicamentos recetados por los médicos del sistema nacional de salud.⁴

COFV y FEFE (2007) indican que en 10 de los 27 Estados miembros de la UE existen oficinas de farmacia públicas junto a farmacias privadas.⁵ En las farmacias públicas, los farmacéuticos son profesionales empleados por el sector público.⁶ En las farmacias privadas, los farmacéuticos son trabajadores dependientes de los propietarios legales de las farmacias, o bien son profesionales libres propietarios de la oficina de farmacias. COFV y FEFE (2007) indican que en 16 de los 27 Estados miembros de la UE la titularidad está unida a la propiedad de las farmacias. Paradójicamente, la unión de propiedad y titularidad de las farmacias por farmacéuticos está prohibida en algunos Estados federados de los Estados Unidos de América (Abood 2007).⁷

2.2. ACCIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

La Comisión Europea limitó inicialmente su acción a lograr el reconocimiento mutuo de los títulos de farmacia en la Unión Europea mediante la Directiva de 1985, revisada en 2005.⁸

Ahora bien, el reconocimiento mutuo de los títulos académicos no garantiza *per se* la libertad de establecimiento en países en los que la apertura de farmacias está restringida. De acuerdo con el derecho de la UE, las restricciones a la libertad

⁴ En estos países se pueden establecer libremente farmacias para la comercialización directa a los pacientes de medicamentos que no requiere receta médica.

⁵ En Suecia, Apótek, la cadena pública de farmacias ostenta el monopolio de la atención farmacéutica, mientras que existen farmacias públicas que compiten con las privadas en Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Malta, Polonia y República Checa.

⁶ Numerosos farmacéuticos han sido en España a la vez profesionales liberales y profesionales oficiales de la función pública, miembros del *Cuerpo de farmacéuticos titulares o inspectores farmacéuticos municipales* como veremos más adelante. En España, los municipios pudieron crear farmacias públicas entre 1924 y 1930 atendidas por farmacéuticos contratados por el sector público local (artículo 95 del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento, Interventores de fondos y empleados municipales durante la dictadura de Primo de Rivera publicado en la Gaceta de Madrid Núm. 26 de Agosto de 1924). Al frente de estos establecimientos debía haber un licenciado o doctor en farmacia. A su vez el Real Decreto 1974/1930, de 16 de agosto de 1930 (Gaceta de Madrid Nº 232 de 20 de agosto de 1930), derogó este artículo que facultaba a los Ayuntamientos a crear farmacias municipales.

⁷ En todos los países de la UE-25, los márgenes comerciales o contraprestaciones de los farmacéuticos establecidos están regulados: ÖBIG (2006) informó que 18 de los 25 Estados miembros regulan los márgenes fijos (máximos y mínimos), y los otros 7 fijan márgenes comerciales o contraprestaciones máximas por debajo de las cuales los descuentos son libres.

⁸ Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas (DO L 253 de 24 de septiembre de 1985, pp. 34-36). Derogada y sustituida por Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de calificaciones profesionales (Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 255 de 30 de septiembre de 2005, pp. 22-142).

de establecimiento sólo son admisibles si superan el test de proporcionalidad:⁹ (1) cuando las restricciones se aplican de forma no discriminatoria (no discriminación); (2) cuando están justificadas en razones de interés general (necesidad); (3) cuando permiten alcanzar el objetivo que persiguen (idoneidad); (4) cuando son proporcionales a dicho objetivo (proporcionalidad).

En definitiva, se trata de evaluar en qué medida las regulaciones restrictivas de la libertad de establecimiento sirven efectivamente al interés público. Este test es un instrumento de política poderoso. Sin embargo, es un instrumento que demanda mucho trabajo de análisis detallado a nivel local para dilucidar el efecto de las distintas reglas en contextos sociales e institucionales muy diversos.

En aplicación de esta doctrina europea, la Comisión Europea inició en 2005 un conjunto de acciones en el marco de las políticas que tiene como objetivo completar el mercado único de servicios, y en particular, la política de mejorar el mercado interior de los servicios de farmacia.¹⁰ En paralelo, la Dirección General de Mercado Interior inició procedimientos de infracción contra diversos Estados miembros por entender que las regulaciones nacionales de las oficinas de farmacia imponían restricciones a la libertad de establecimiento y de movimiento de capitales contrarias al Tratado de la Unión Europea (artículos 43 y 56 respectivamente): contra Italia-1 (dictamen motivado en diciembre de 2005 y recurso al TJCE en junio de 2006), contra Austria y España (dictamen motivado en junio de 2006), contra Alemania y Portugal (dictamen motivado en septiembre de 2008), y Italia-2 (otro dictamen motivado en noviembre de 2008).¹¹

La Comisión entiende como contrarias al Tratado de la UE las siguientes tres restricciones legales al establecimiento y funcionamiento de las oficinas de farmacia:

La reserva en exclusiva a farmacéuticos titulados de la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia privadas (casos de Italia-1, España, Alemania y Portugal), y la restricción del número de farmacias que puede operar un mismo propietario-titular (casos de Austria, Alemania, Portugal e Italia-2). La Comisión entiende que éstas son restricciones desproporcionadas para alcanzar el objetivo de supervisar la conducta de los farmacéuticos y evitar los conflictos de interés entre el ánimo de lucro y la protección de la salud en la dispensación de medicamentos al público.

En la prohibición a que empresas del sector de la distribución farmacéutica tomen participaciones en la privatización de las farmacias públicas municipales

⁹ ECJ Gebhard Caso C-55/94. Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 30 noviembre 1995; STJCE de 5 de junio de 2007. Caso Rosengren y otros. Asunto C-170/04; STJCE de 17 de julio de 2008. Caso Corporación Dermoestética. Asunto C-500/06. cfr. Moral Soriano (2002).

¹⁰ Entre las acciones de prospectiva y análisis destaca el estudio encargado por la Dirección General de Mercado Interior a ECORYS Nederland BV que se desarrolló durante 18 meses entre diciembre de 2005 y junio de 2007, así como los estudios que se presentaron en el taller sobre el acceso a servicios de farmacia de calidad el pasado 15 de octubre de 2008 en la sede de la Comisión Europea.

¹¹ La Comisión Europea también ha enviado cartas de emplazamiento a Francia y Bulgaria.

(caso Italia-1) y en el de discriminación por razón de nacionalidad en los procedimientos de autorización de nuevas farmacias (casos de España y Austria), la Comisión considera que existe discriminación contra nacionales de otros Estados miembros.

En las restricciones a la apertura de nuevas farmacias según criterios demográficos y geográficos (casos de España y Austria), la Comisión las considera desproporcionadas o incluso contraproducentes para alcanzar un mayor acceso a los servicios de atención farmacéutica.

Las acciones de la Comisión Europea en relación a la primera de estas restricciones (la reserva a farmacéuticos titulados de la propiedad y titularidad de las oficinas de farmacia, y la limitación del número de farmacias de un mismo propietario-titular) estaban animadas por la jurisprudencia comunitaria. El TJCE había juzgado ya cuestiones similares. Las acciones relativas a la discriminación según nacionalidad también tienen un amplio refrendo jurisprudencial tanto en la toma de participación como en el ámbito del otorgamiento de autorizaciones. Por el contrario, la cuestión del excesivo carácter restrictivo de la planificación territorial de las autorizaciones no goza de tan nítido soporte jurisprudencial.

2.3. RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Respecto a la unión entre propiedad y titularidad de las farmacias, el TJCE acaba de resolver contra la jurisprudencia previa una cuestión prejudicial formulada por *Verwaltungsgericht des Saarlandes* (Alemania) sobre el alcance de la vinculación entre propiedad y titularidad de las farmacias. De la misma manera, el TJCE ha resuelto la acción judicial de la Comisión contra Italia.¹²

En una sentencia anterior del TJCE de 21 de abril de 2005 (Asunto C-140/03), el Tribunal analizó la compatibilidad de la legislación griega sobre ópticas con el Tratado de la UE. De acuerdo a la ley griega 971/1979, las ópticas debían ser regentadas personalmente por los profesionales que habían obtenido la autorización de apertura, y los ópticos sólo podían ser titulares de una única óptica. Y la ley griega 2646/1998 supeditaba la posibilidad de que una persona jurídica abra una óptica en Grecia al requisito de que el óptico titular de la autorización participe en la sociedad en un 50%, quien a su vez sólo podía participar como máximo en otra óptica más.

La República Helénica alegó durante el proceso que la participación del titular en la propiedad (o incluso su unión) estaba justificada en razones de interés

¹² El TJCE tiene además dos cuestiones prejudiciales pendientes relativas a la cuestión de la restricción de la apertura de farmacias en España: asunto C-570/07 sobre el alcance del Decreto 72/2001 de la regulación farmacéutica asturiana formulado por el Tribunal Superior de Asturias; y asunto C-563/08 sobre los límites territoriales y demográficos de la regulación de Andalucía formulado por un Juzgado contencioso-administrativo de Granada el 18 de diciembre de 2008.

general relacionadas con la protección de la salud. El legislador griego quería salvaguardar la relación de confianza personal dentro de la óptica, así como, en caso de negligencia, la absoluta e ilimitada responsabilidad del óptico que regenta y es propietario de su establecimiento: sólo un óptico, un especialista cualificado, que participa directamente en la gestión de su óptica sin gastar energías físicas y mentales en gestionar otras ópticas puede garantizar este objetivo.

La Comisión consideraba que las restricciones a la libertad de establecimiento en este caso eran inadecuadas para alcanzar el objetivo de proteger la salud pública, o eran desproporcionadas en relación a tal objetivo. La salud pública podría ser protegida tan sólo garantizando que ciertas acciones las llevaban a cabo ópticos asalariados cualificados o por técnicos bajo su supervisión.

La sentencia del Tribunal sostuvo completamente la posición de la Comisión Europea, y en consecuencia declaró que, al aprobar y mantener vigente la Ley 971/1979 y la Ley 2646/1998, la República Helénica no había cumplido con sus obligaciones bajo el artículo 43 del Tratado de la UE.

Los dos recientes fallos del TJCE han modificado esta jurisprudencia previa al aplicar el principio de proporcionalidad de forma distinta al caso de las oficinas de farmacia en Alemania e Italia.¹³ Pese a tratarse de acciones judiciales distintas (cuestión prejudicial frente a recurso de incumplimiento), ambos procedimientos comparten la opinión emitida por el Abogado General Yves Bot que fija la doctrina que seguirá el Tribunal.

Según la Comisión, la prohibición de explotar una farmacia para personas que no estén en posesión de un título de farmacéutico, o bien para sociedades cuyos socios no sean todos ellos farmacéuticos, no es apropiada para garantizar el derecho a la protección de la salud. A este respecto la Comisión argumenta que hay que diferenciar entre los aspectos relativos a la explotación, la gestión o la administración de las farmacias de los relativos a las relaciones con terceros. La necesidad de poseer una calificación profesional de farmacéutico se justifica en los últimos aspectos pero no en los primeros, ya que la exigencia de protección de la salud sólo afecta al aspecto de la actividad farmacéutica que implica relación con terceros. Además, la Comisión considera que la separación entre la función puramente empresarial del propietario de la farmacia y la función profesional de la farmacia, lejos de perjudicar el objetivo de protección de la salud, puede contribuir de manera positiva a éste, al permitir que el farmacéutico atienda ante todo a las funciones y las actividades más directamente ligadas a la actividad farmacéutica de servicio directo a los ciudadanos.

Por el contrario, el Gobierno alemán defendió que la razón de la unión entre propiedad y título profesional se funda en la necesidad de garantizar una mayor

¹³ STJCE (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009. Asuntos acumulados C-171/07 Apothekerkammer des Saarlandes y C-172/07 Neumann-Seiwert. Según la legislación alemana, la autorización obligará al farmacéutico a gestionar personalmente la farmacia bajo su responsabilidad (artículo 7 de la Apothekengesetz de 1980). STJCE (Gran Sala), de 19 de mayo de 2009. Comisión c. República Italiana. Asunto C-531/06.

independencia del farmacéutico: “garantizar la independencia de los farmacéuticos, haciendo la estructura económica de las farmacias impenetrable a las influencias externas, procedentes, por ejemplo de los fabricantes de medicamentos o de los mayoristas. Además, el legislador alemán ha estimado necesaria la intervención de un profesional que actúe como filtro entre el fabricante de medicamentos y el público, para controlar de forma independiente la buena administración de los medicamentos.”¹⁴

Las sentencias respaldan la opinión del Abogado General Yves Bot en el sentido de admitir la proporcionalidad e idoneidad de la regulación nacional.¹⁵ Según el Tribunal, la normativa nacional, a pesar de constituir una restricción a la libertad de establecimiento está fundamentada por razones de interés general: tanto la protección de la salud, como la protección de los recursos financieros del Estado.¹⁶

El tribunal había reconocido en el caso de las ópticas griegas que las mismas garantías de prestación del servicio se podrían obtener con normas deontológicas adecuadas. Ahora, sin embargo, se trata de la dispensación de medicamentos que por su relevancia merece una mayor discrecionalidad de parte de los Estados: “Al apreciar el respeto del principio de proporcionalidad en el ámbito de la salud pública hay que tener presente que el Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse este nivel. Dado que este nivel puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación y en consecuencia, el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no puede significar que estas últimas sean desproporcionadas. Al establecer la regla de que un solo farmacéutico puede poseer y explotar una farmacia el legislador alemán ha hecho uso de ese margen de apreciación al optar por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población”.¹⁷

La jurisprudencia impone de esta manera un severo límite tanto al test de proporcionalidad como a la utilización de la intercomparación como método para enjuiciar la adecuación de las medidas nacionales: es necesario en todo caso respetar en la aplicación del test que cada Estado miembro pueda imponer un mayor

¹⁴ Conclusiones AG Yves Bot, presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07 (apartado 54).

¹⁵ Aunque en realidad el mismo AG reconoce que el conflicto de intereses se puede producir siendo un farmacéutico el propietario de la farmacia: “En realidad, las sociedades de capital, en términos generales, no son por su estructura más propensas a realizar beneficios ilícitos. Un farmacéutico personalmente responsable y sumamente endeudado por el coste de instalación de su farmacia cuando comienza su actividad puede estar sometido a una presión mucho más importante relativa a su supervivencia económica que un farmacéutico por cuenta ajena”. (Conclusiones AG Yves Bot. Asuntos C-171/07 y C-172/07 (apartado 46)).

¹⁶ STJCE de 19 de mayo de 2009. Asuntos C-171/07 y C-172/07 (apartado 34). El tribunal efectúa un salto lógico que va desde las modalidades de comercialización a la propiedad.

¹⁷ Conclusiones AG Yves Bot presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07 (apartados 63 y 64).

o menor grado de restricción de las libertades en función del nivel de protección del interés público que desee.

Para el caso C-531/06 contra la República Italiana, el TJCE describe como en Italia existe una doble red de farmacias privadas y públicas (comunales, es decir, municipales). La legislación reserva el derecho exclusivo de explotar una farmacia privada a personas físicas que estén en posesión del título de farmacéutico. Para las farmacias comunales, existen igualmente disposiciones normativas que impiden que las empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran una participación en las sociedades de explotación de farmacias municipales. Según el Gobierno italiano, esta restricción encaja en el espacio normativo que deja el derecho europeo puesto que las disposiciones comunitarias *ad hoc*, no armonizan los requisitos de acceso al sector. Al no existir pues esta *preemption* comunitaria, corresponde a los Estados la competencia sobre el respecto.

Este argumento no reconoce explícitamente que las normas nacionales deben respetar en cualquier caso el acervo comunitario y sus principios. Según la Comisión, “la prohibición establecida por la legislación italiana se funda en una presunción indemostrada, la de que el farmacéutico que lleva a cabo la explotación ejerce su profesión con mayor aptitud que el farmacéutico que trabaja por cuenta ajena, y está menos inclinado a privilegiar su interés personal a costa del interés general”.¹⁸ Por el contrario, la defensa legal del Gobierno italiano, pone énfasis en este aspecto, el conflicto de intereses comerciales y de salud.¹⁹

Los razonamientos y las apreciaciones jurídicas son totalmente coincidentes tanto en el caso de Italia como en el de Alemania. La STJCE discurre sin embargo, de manera novedosa sobre el asunto de las farmacias municipales. Se trata de enjuiciar dos elementos: de un lado, las farmacias municipales rompen la regla de un farmacéutico-una autorización y disocian la titularidad del establecimiento (pública) de su gestión (privada). Según el TJCE:

77. Según dichas indicaciones, el municipio en cuestión continúa siendo el titular de tales farmacias, define las concretas modalidades de gestión del servicio farmacéutico en éstas y selecciona a los socios de las sociedades encargadas de la gestión de las farmacias mediante licitación, teniendo en cuenta que las disposiciones que tienen por objeto garantizar el respeto de las citadas modalidades se anuncian en la

¹⁸ Conclusiones AG Yves Bot presentadas el 16 de diciembre de 2008. Asunto C-531/06. Comisión c. República Italiana (apartado 35).

¹⁹ “En la farmacia existe un conflicto objetivo entre el interés privado –que es asegurar su rentabilidad económica– y los objetivos de interés general. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de los medicamentos a la población sobre consideraciones económicas es preciso que las farmacias pertenezcan realmente a personas que tengan la capacidad profesional y especialización necesarias. Sólo si los poseedores de farmacias que ejercen una influencia en la gestión de éstas, disponen de conocimientos y de experiencia especializados completos la gestión antepondrá sistemáticamente la protección de la salud a los objetivos económicos. Si quienes no son farmacéuticos explotaran farmacias, existiría el riesgo de que se dejaran guiar por criterios no pertinentes desde el punto de vista farmacéutico.” Conclusiones AG Yves Bot en el Asunto C-531/06, presentadas el 16 de diciembre de 2008 (apartado 43).

licitación y se recogen en los instrumentos contractuales que regulan las relaciones jurídicas entre el municipio y la concreta sociedad.

78. Asimismo, de las indicaciones no impugnadas de la República Italiana se desprende que el municipio mantiene la competencia de designar a uno o varios administradores y censores de cuentas para la sociedad encargada de la gestión de la farmacia municipal, y que participa de este modo en la elaboración de las decisiones y en el control interno de las actividades de ésta. Las personas designadas tienen la facultad de velar por que dicha farmacia municipal se guíe sistemáticamente por el interés general y de evitar que se comprometa la independencia profesional de los farmacéuticos contratados.

79. Finalmente, según las citadas indicaciones, el municipio no pierde la posibilidad de cambiar, modificar o disolver la relación jurídica con la sociedad encargada de la gestión de la farmacia municipal, al objeto de aplicar una política comercial que optimice el objetivo del interés público.

80. Por consiguiente, a falta de elementos de prueba suficientes por parte de la Comisión, la normativa nacional relativa a las farmacias municipales no puede considerarse incoherente.

81. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que la normativa objeto del incumplimiento imputado es adecuada para garantizar la realización del objetivo de asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad y, por lo tanto, la protección de la salud pública.

En segundo lugar, la legislación italiana prevé la interdicción de la participación de empresas de distribución farmacéutica en las sociedades de gestión de farmacias comunales. La prohibición, aunque parcialmente derogada por el Decreto Bersani²⁰, obtiene el respaldo legal del TJCE:

101. En cuanto a la eventual justificación de dichas restricciones, procede señalar de entrada que la normativa nacional se aplica sin discriminación por razón de nacionalidad y que su objetivo consiste en asegurar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad.

102. Además, dicha normativa es adecuada para garantizar la realización de dicho objetivo. En primer lugar, tal y como se desprende de los apartados 62 a 64 de la presente sentencia, un Estado miembro puede considerar que las empresas de distribución podrían ejercer cierta presión sobre los farmacéuticos contratados al objeto de primar el interés consistente en la realización de beneficios.

103. En segundo lugar, a la luz de las consideraciones expuestas en los mismos apartados de la presente sentencia, el Estado miembro en cuestión puede opinar, en el marco de su margen de apreciación, que las facultades de control de los municipi-

²⁰ Decreto Ley nº 223, de 4 de julio de 2006.

pios sobre las sociedades encargadas de la gestión de las farmacias municipales no son adecuadas para evitar la influencia de las empresas de distribución sobre los farmacéuticos contratados.

Estas dos recientes sentencias del TJCE ponen de manifiesto las dificultades del derecho comunitario europeo en la difícil tarea de conjugar las libertades básicas reconocidas en el Tratado con otros intereses públicos que merecen atención, como son en este caso la protección de la salud. El Tribunal parece razonar que la inexistencia de una normativa uniforme que armonice las condiciones de establecimiento de las oficinas de farmacia otorga a los Estados un mayor margen de discrecionalidad en la definición de sus normativas.

El test de proporcionalidad comunitario admitía las restricciones a la libertad de circulación y a la libertad de establecimiento cuando éstas fueran necesarias, adecuadas y proporcionales al objetivo público que se perseguía. De este modo cuando la protección de un interés público podría lograrse mediante varios instrumentos, los Estados debían elegir aquél que fuera más respetuoso con el libre mercado. En nuestro caso concreto, si de lo que se trataba es de garantizar que no existieran conflictos de interés entre rentabilidad comercial de la oficina de farmacia y servicio público sanitario, parecía suficiente una ordenación legal de la actividad. Como apuntó en el caso de las ópticas griegas, la vinculación entre propiedad y titulación parecía un mecanismo excesivo.

De manera un tanto abrupta, el Tribunal ha puesto límites para el caso de la ordenación farmacéutica al test de proporcionalidad al respaldar las normativas nacionales alemana e italiana que vinculan propiedad y condición de licenciado en farmacia, al igual que dispone el Derecho español.

La Comisión, a juicio del Tribunal, no ha aportado pruebas suficientes de que el mismo objetivo pudiera garantizarse con medidas menos agresivas a la libertad de establecimiento. De hecho, en este caso la Comisión no ha sido capaz de mostrar cuál es el modelo que permitiría alinear de forma socialmente más deseable los intereses comerciales de los operadores (ya sean empresas privadas, profesionales o incluso empresas con participación pública) y los intereses de los pacientes.

Por ello, el Tribunal produce una especie de inversión de la carga de la prueba. Si hasta ahora los Estados miembros debían probar que sus normas eran compatibles, ahora es la Comisión (acusación), quien debe probar que un modelo de intervención más liberal permite una mayor aproximación al interés público que se persigue.

Se limita también de manera significativa la utilidad de la intercomparación como método para aplicar el test de proporcionalidad. Las diferencias reguladoras entre Estados permitían comprobar que una normativa menos restrictiva servía para la protección de idéntico interés. En este caso, por el contrario se pone en duda que un modelo alternativo más liberal pueda funcionar en entornos institucionales de los que no ha surgido.

Cabe advertir que ni la teoría económica ni la evidencia empírica son concluyentes sobre cuál es el mecanismo más adecuado que permite alinear los intereses comerciales de los prestadores de servicios profesionales, como los que prestan los farmacéuticos, con los intereses públicos.²¹

La consecuencia inmediata para el resto de procedimientos que quedan pendientes es un debilitamiento de la posición de la Comisión en la reforma de normativas farmacéuticas nacionales restrictivas de la libertad de establecimiento. En concreto para el caso de España, el Dictamen motivado de la Comisión queda reducido a dos cuestiones no menores: la discriminación en el proceso de concesión de autorizaciones a no nacionales de otros Estados miembros; y el carácter excesivamente restrictivo de los criterios de autorización al establecimiento de nuevas farmacias.

Vamos, por ello, a continuación a centrar nuestro análisis sobre este último aspecto: la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de establecimiento a través del uso de criterios demográficos y geográficos limitadores de la apertura de nuevas farmacias. A diferencia de la anterior cuestión sobre la reserva de la propiedad y titularidad a los farmacéuticos titulados, defenderemos que tanto la teoría económica como la evidencia empírica sí demuestran que una aproximación menos restrictiva de la libertad de establecimiento beneficia al interés público de lograr una mayor protección de la salud.

3. RESTRICCIONES AL NÚMERO DE FARMACIAS EN ESPAÑA

La prestación de servicios en las oficinas de farmacia no constituye en España un servicio público, no es una actividad reservada al poder público.²² En España las farmacias tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público inseridas, por lo que respecta a la prestación farmacéutica pública y a otras funciones públicas de protección de la salud, en el complejo Sistema Nacio-

²¹ La literatura económica ha identificado a un conjunto de profesionales (farmacéuticos, notarios, contables, auditores, tasadores, etc.) como prestadores a la vez de servicios privados y servicios públicos que en ocasiones entran en contradicción. Por ello se les denomina *gatekeepers* ya que deben decir que no a sus clientes y renunciar a un lucro privado inmediato en atención a un interés público superior: no deben dispensar sin receta médica para evitar un uso inadecuado de los antibióticos que hace que las bacterias patógenas devengan resistentes, o un uso inadecuado de los narcóticos que crean adicciones, etc. Alinear los intereses privados y públicos de estas profesiones pasa por establecer un conjunto de regulaciones muy específicas cuya efectividad depende enormemente del contexto institucional en el que se insertan. Ver Kraakman (1986) y Arruñada (2006).

²² En sentido técnico-jurídico, un servicio público es una actividad cuyo desarrollo está reservado al poder público. El Estado puede prestar ese servicio de forma directa o indirecta, mediante un contrato de concesión administrativa, pero lo importante es que el servicio está reservado al Estado. Así, la construcción de carreteras en España es un servicio público (corresponde siempre por definición al poder público) que puede acometerse tanto por la Administración como por personas privadas (por ejemplo, por concesionarios de autopistas de acuerdo con la Ley 9/1972).

nal de Salud.²³ Se trata de garantizar que el negocio privado de los farmacéuticos se ordene de manera que se logren determinados objetivos públicos.

Por este carácter dual de establecimiento privado que realiza una función sanitaria de interés público, la regulación del establecimiento de nuevas farmacias debe modularse de manera que atienda a intereses contrapuestos. A mayor número de farmacias, mayor es la accesibilidad a los servicios farmacéuticos a la población. Pero, a mayor número de farmacias, menor es el rendimiento obtenido de los activos humanos y físicos invertidos en la prestación del servicio.

Por otro lado, la relación entre el número de farmacias y el grado de cobertura geográfica del servicio o la calidad de la prestación farmacéutica no es unívoca: un mayor número de farmacias podría no llevar hacia una mayor cobertura geográfica si las nuevas farmacias tienden a concentrarse geográficamente y a dejar localidades sin servicio; podría no llevar a un mayor número de horas de apertura al público si no es rentable atender a la población durante la noche; podría no mejorar la calidad de la atención farmacéutica si la competencia se centra sólo en el precio, en vez de incorporar un mejor consejo farmacéutico, una mayor dimensión y surtido de la farmacia, o una mayor rapidez de respuesta de demandas fuera de stock, etc.

A continuación analizaremos cómo la tensión entre libertad de establecimiento, cobertura geográfica del servicio y garantía de calidad y rentabilidad de la atención farmacéutica se ha resuelto de forma variada en España a lo largo de la historia, y cómo las Comunidades Autónomas nos ofrecen una diversidad de modelos para afrontar este dilema en la actualidad.

3.1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En España, las regulaciones que directamente afectan al número de farmacias abiertas al público y que van más allá de la reserva legal de la actividad a los farmacéuticos licenciados tienen unos 155 años de vida. Sin embargo, las regulaciones durante los primeros 87 años que van de 1854 y 1941 no fueron restrictivas.

La regulación fue una regulación de mínimos que pretendía extender el servicio farmacéutico a los pueblos mediante la obligación de contratación de un *farmacéutico titular*²⁴ por las localidades que agrupadas alcanzasen los 1.500 habitan-

²³ Artículo 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El artículo 45 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad de 1986 establece que "El Sistema Nacional de Salud integra todas las *funciones y prestaciones* que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud." La cursivas no aparecen en el texto original.

²⁴ Real Decreto de 5 de abril de 1854 (Gaceta de Madrid nº. 467 de 12 de abril de 1854) para proveer lo más conveniente para la asistencia médica de los pueblos y los menesterosos. Los farmacéuticos titulares se convierten en agentes inmediatos de la administración pública para desarrollar las funciones de policía sanitaria, salud pública y beneficencia. Ver Parrilla (2009) y Muñoz Machado (1975). Mediante este decreto se reconoce la actividad de contratación de servicios de asistencia médica y farmacéutica que ya desarrollaban algunos

tes (entre 1854 y 1868), 4.000 habitantes (entre 1868 y 1905), 2.000 habitantes (desde 1905 y 1930), y 2.500 habitantes (desde 1930 hasta 1941).²⁵

El contrato de los municipios con estos *farmacéuticos titulares* debía permitir a los pueblos disponer de una farmacia rural para atender tanto a los enfermos pobres, como al conjunto del vecindario. Se concebían las farmacias de los *farmacéuticos titulares* como una red complementaria a las farmacias libres. El contrato con el municipio era clave para conseguir que las farmacias rurales alcanzaran la rentabilidad que les permitía abrir. Tanto al inicio como al final de este periodo (1854-1868, y 1930-1941) se proyectó, no sólo una red complementaria de farmacias rurales, sino una red completa de farmacias de *farmacéuticos titulares* en todos los municipios (rurales y urbanos) para prestar servicios de policía sanitaria, salud pública y atención a los enfermos pobres de la beneficencia municipal.²⁶ El fracaso de la Hacienda liberal y, especialmente, el paupérrimo estado endémico de las finanzas municipales, limitaron el alcance geográfico de la atención farmacéutica y expusieron a los *farmacéuticos titulares* a una continua presión financiera.²⁷

Por otro lado, es preciso recordar que durante la segunda mitad del XIX y el primer tercio del siglo XX, los farmacéuticos compitieron con los drogueros en la comercialización de los llamados “objetos naturales, drogas y productos químicos” que correspondía al “comercio general titulado de droguería, y es libre.”²⁸ Tal y como advierten y documentan Rodríguez Nozal y González Bueno (2005) y Esteva de Sagrera (2005), los farmacéuticos en las boticas tradicionales se dedicaban mayoritariamente a elaborar y dispensar preparaciones oficinales. El descubrimiento de las nuevas sustancias químicas y los avances en galénica a mediados del siglo XIX (nuevas formas farmacéuticas) permitieron que se desarrollara una nueva industria, primero en forma de droguerías abiertas por farmacéuticos (las conocidas como “farmacias centrales”) que se dedicaban a la producción de los llamados

.....
municipios, especialmente tras la progresiva retirada de la beneficencia eclesiástica a favor de la prestación de servicios públicos que conllevó el proceso de desamortización de los bienes de la iglesia durante el siglo XIX.

²⁵ Ver Real Decreto de 11 de marzo de 1868 que aprueba el Reglamento sobre organización de los partidos médicos de la Península (Gaceta de Madrid de 14 de marzo de 1868); Decreto de 24 de octubre de 1873 que aprueba el Reglamento para la asistencia facultativa de los enfermos pobres (Gaceta de Madrid nº 298 de 25 de octubre de 1873); Real Decreto de 14 de junio de 1891 que aprueba el Reglamento para el servicio benéfico a los pueblos (Gaceta nº 167 de 16 de junio de 1891); Real Decreto de 12 de enero de 1904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad Pública de 1904 (Gaceta de Madrid nº 22 del 23 de enero de 1904) crea además el *Cuerpo de Farmacéuticos Titulares*, análogo al de *Médicos Titulares* y al de *Veterinarios Titulares*; Real Decreto de 14 de febrero de 1905 (Gaceta de Madrid nº 47 de 16 de febrero de 1905) aprueba el Reglamento del *Cuerpo de Farmacéuticos Titulares*; Real Decreto 1974/1930 de 16 de agosto de 1930 (Gaceta de Madrid nº 232 de 20 de agosto de 1930).

²⁶ En 1854 se obligó a los ayuntamientos a contratar un farmacéutico titular por cada 3.000 habitantes para dispensar medicamentos sólo a los enfermos pobres. En 1930 se obligó a los ayuntamientos a contratar un *inspector farmacéutico municipal* por cada 5.000 o fracción superior a 2.500. Las farmacias de los *inspectores farmacéuticos municipales* tenían que ostentar el emblema de la Sanidad Nacional para distinguirlas del resto de farmacias abiertas al público, aunque podían dispensar tanto a enfermos pobres como pudientes.

²⁷ Ver la historia de la Hacienda Pública anterior a la guerra civil en Comín (1996), y ver Costas (1988) que documenta la resistencia social a aceptar la reforma tributaria que debía hacer posible el ideario liberal.

²⁸ Ley General de Sanidad (Gaceta de Madrid nº 1068 de 7 de diciembre de 1855); Real Decreto que aprueba las Ordenanzas para el Ejercicio de la Profesión de Farmacia, Comercio de Drogas y Venta de Plantas Medicinales (Gaceta de Madrid nº 118 de 24 de abril de 1860).

específicos que no serán regulados hasta 1919 como especialidades farmacéuticas,²⁹ y actualmente conocemos como medicamentos en la Ley 29/2006.³⁰ Los farmacéuticos ganaron la exclusividad en la dispensación de los estos nuevos medicamentos en detrimento de los drogueros en 1931 gracias al apoyo de los nuevos laboratorios químico-farmacéuticos productores de estos medicamentos.³¹

No fue hasta 1941 que el frenesí intervencionista y autárquico de los Gobiernos de la posguerra estableció un número máximo de farmacias que podían abrir al público.³² El decreto de 1941 adopta la planta del cuerpo de *inspectores farmacéuticos municipales* para restringir el número de farmacias. El decreto de 1941 no permite abrir más que una farmacia por cada 5.000 habitantes en cada municipio.³³ Además estableció una regulación de distancias mínimas especialmente restrictiva en las grandes ciudades, y ligeramente menos restrictiva en las ciudades intermedias.³⁴ Era, por otra parte, completamente restrictiva al establecimiento de nuevas farmacias en las localidades menos pobladas. Estas localidades se tenían que agrupar en partidos farmacéuticos para dotarse de una farmacia siempre que la agrupación alcanzase los 2.500 habitantes. Estas restricciones al establecimiento se complementaron con regulaciones de los márgenes comerciales. Fue en 1945 cuando el Gobierno reguló los márgenes comerciales en la venta de medicamentos, catorce años después de establecer el precio fijo de los medicamentos.³⁵

Las restricciones de establecimiento de nuevas farmacias y su naturaleza de establecimientos privados que prestan un servicio de interés público no ha cambiado en su forma sustancialmente en España desde entonces, excepto en unas pocas Comunidades Autónomas.³⁶ El proceso de descentralización política en

²⁹ Real Decreto de 6 de marzo de 1919 que aprueba el Reglamento para la elaboración y venta de las especialidades farmacéuticas.

³⁰ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

³¹ La competencia de los drogueros tiene refrendo legal explícito entre 1894 y 1931. El Real Decreto de reforma de las Ordenanzas de Farmacia de 12 de junio de 1894 (Gaceta de Madrid nº 164 de 13 de junio de 1894) prevé la comercialización de específicos en "depósitos legalmente autorizados" así como las aguas medicinales. El Real Decreto de 6 de enero de 1931 (Gaceta de Madrid de 7 de enero de 1931) y la Real Orden de 21 de enero de 1931 (Gaceta de Madrid de 24 de enero de 1931) que lo desarrollaba, establecieron la prohibición de venta al por menor de especialidades farmacéuticas a todos aquellos comerciantes que no fuesen farmacéuticos en ejercicio.

³² Decreto de 24 de enero de 1941 (BOE nº 37 de 22 de diciembre de 1941) cuyo preámbulo no tiene desperdicio. La Ley de bases de la Sanidad Nacional de 1944 eleva a rango de ley la regulación del establecimiento de nuevas farmacias.

³³ Sólo una farmacia cada 10.000 habitantes en los municipios de más de 50.000 habitantes. Con la restricción del número de farmacias abiertas al público, se otorgaban unas rentas no presupuestarias a los antiguos *inspectores farmacéuticos municipales* que permitía congelar la remuneración pública. Este proceso es un ejemplo de la sustitución de gasto presupuestario por regulación que identifica Costas (1992) cuando la Hacienda Pública se enfrenta a dificultades de financiación.

³⁴ Las nuevas farmacias sólo podían abrir a una distancia de 250 de las ya existentes en los grandes ciudades (municipios de más de 100.000 habitantes), de 200 metros en ciudades medianas (municipios de entre 50.000 y 100.000 habitantes), y de 150 metros en ciudades pequeñas (municipios de entre 5.000 y 50.000 habitantes).

³⁵ Real Decreto de 9 de febrero de 1924 (Gaceta de Madrid nº 44 de 13 de febrero de 1924) y Orden de 11 de enero de 1945 (BOE nº 15 de 15 de enero de 1945).

³⁶ El Decreto de 31 de mayo de 1957 (BOE nº 158 de 18 de junio de 1957) estableció el módulo máximo de una farmacia cada 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000, unas distancias mínimas de 150, 175 y 225

España ha generado un proceso de experimentación normativa que podemos calificar tanto de creativa como controvertida. Mediante la Ley 16/1997, el Estado ha establecido los principios básicos sobre los que las Comunidades Autónomas deben legislar y ejecutar la ordenación farmacéutica.³⁷ Con esta Ley se puso fin a un periodo transitorio durante el cual la regulación del sector estaba contenido en el Decreto 909/1978 que todavía está parcialmente en vigor.³⁸ Los tribunales establecieron que sólo se puede restringir la libertad de establecimiento a través de una normativa con rango de ley.

Desde 1957 todas las farmacias abiertas al público tienen el derecho y la obligación de dispensar las recetas de la Seguridad Social,³⁹ y en la actualidad lo hacen en el marco de las prestaciones farmacéuticas del Sistema Nacional de Salud creado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Y la universalización de la prestación farmacéutica ha conllevado un proceso de separación entre las funciones de dispensación, y las relativas a policía sanitaria y salud pública. Las primeras la ejercen los profesionales liberales que son propietarios y titulares de oficina de farmacia, mientras que las segundas las prestan mayoritariamente farmacéuticos como funcionarios al servicio de las administraciones autonómicas.⁴⁰

En conclusión, la farmacia de la segunda mitad del siglo XIX y primer tercio del siglo XX estaba segmentada en dos redes, una de farmacias regida por profesionales con completa libertad de establecimiento que sólo recibían la contraprestación a su actividad de los vecinos, y otra de farmacias de la sanidad nacional regidas por funcionarios que recibían tanto remuneraciones a cargo del presupuesto municipal como pago de los servicios públicos que prestaban, como contraprestaciones recibidas de los vecinos pudientes por la atención farmacéutica privada. Las endémicas restricciones de las finanzas públicas frustraron el desarrollo de una verdadera red capilar de farmacias de la sanidad nacional.

El modelo actual nace después de la guerra civil en la que las dos redes se integran en una sola de farmacias regidas por profesionales liberales a los que se les concede el monopolio de la atención farmacéutica privada y de la administración de las prestaciones farmacéuticas públicas. Aunque el establecimiento de farmacias está sujeto a una restrictiva planificación territorial, la extensión geográfica del servicio farmacéutico se consigue gracias al aumento de recursos públicos de la

.....
metros para grandes, medianas y pequeñas ciudades respectivamente (también prevé la excepcionalidad de la apertura de una farmacia en agrupaciones urbanas de más de 2.000 habitantes a una distancia mínima de 500 metros en municipios de menos de 50.000 habitantes). El Real Decreto 909/1978 de 14 de abril (BOE nº 106 de 4 de mayo de 1978) confirmó el módulo de una farmacia cada 4.000 habitantes y una distancia mínima de 250 metros para todo tipo de municipios (y también la apertura de una farmacia para atender núcleos de población de al menos 2.000 habitantes).

³⁷ Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia (BOE nº 100 de 26 de abril de 1997).

³⁸ Decreto 909/1978, de 14 de abril, sobre establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia. (BOE nº 106 de 4 de mayo de 1978).

³⁹ El Decreto de 31 de mayo de 1957 (BOE nº 158 de 18 de junio de 1957).

⁴⁰ Ver el caso de la Comunidad Valenciana en Zubeldia et al. (1993).

prestación farmacéutica que deviene la fuente de financiación mayoritaria de las farmacias, desde 1957 en el marco de la Seguridad Social, y a partir de 1986 en el marco del Sistema Nacional de Salud.

El cuadro 1 resume las técnicas de intervención reguladora en el sector de oficinas de farmacia español. La diversidad autonómica existente en la planificación-zonificación que restringe el establecimiento de farmacias nos permite evaluar la idoneidad y proporcionalidad de las restricciones.

Cuadro 1. Técnicas de intervención reguladora en el sector farmacéutico español⁴¹

<i>Instrumento</i>	<i>Observaciones</i>
Limitación de acceso	Depende fundamentalmente de la planificación-zonificación autonómicas que deben, sin embargo, respetar unos parámetros mínimos estatales.
Título habilitante	Autorización administrativa otorgada mediante concurso público. Los criterios varían según Comunidades Autónomas, siendo los más discutibles aquéllos que priman el carácter local del aspirante. En cualquier caso, los criterios deben ser públicos y transparentes.
Localización farmacia	Distancias mínimas para la localización de las farmacias dentro de un área básica de salud (250 metros en Ley 16/1997).
Condiciones de ejercicio	Dispensación por profesional titulado. Regulación del farmacéutico suplente o adjunto.
Calidad del servicio	Normas relativas a los horarios de atención, la ordenación de los turnos de guardia o las vacaciones. En parte liberalizado mediante RDL 5/2000, de 23 de junio.
Normas relativas a la propiedad	Vinculación entre titularidad de la oficina y la condición de farmacéutico. Restricción o prohibición de las sociedades profesionales como titulares de autorizaciones de oficinas de farmacia. Co-titularidad compartida de la autorización.

⁴¹ Este no es el lugar apropiado para desarrollar en profundidad todos los elementos de la compleja intervención administrativa en el sector farmacéutico (subsector oficinas de farmacia). Para ello además contamos ya con un notable corpus doctrinal en la literatura jurídica. Sin ánimo de exhaustividad cabe citar: Ariño Ortiz y Sala Arquer (1997), Cueto Pérez (1998), Gómez-Reino (1997), González Pérez y González Salinas (1996), Martín Mateo (1995), Padrós Reig (1997), Rivero Isern (1992) y Vidal Casero (1996).

<i>Instrumento</i>	<i>Observaciones</i>
Transmisibilidad	Restricciones a la transmisibilidad de las oficinas una vez abiertas al público.
Caducidad de las autorizaciones	Régimen de extinción de las autorizaciones otorgadas.

3.2. MODELOS AUTONÓMICOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

Durante los últimos 15 años, las Comunidades Autónomas han experimentado modelos de planificación divergentes: unas han liberalizado en mayor o menor grado el establecimiento de nuevas farmacias. Navarra liberalizó casi completamente,⁴² y muchas como Andalucía o Valencia han otorgado libertad al establecimiento de una primera farmacia en todos los municipios, o incluso en entidades locales menores (las denominadas por el INE como entidades singulares y los núcleos de población).⁴³ Por el contrario, otras como el País Vasco han legislado incluso de forma más restrictiva que la norma estatal supletoria.⁴⁴

La separación de las competencias legislativas básicas, supletorias y autonómicas no ha estado exenta de conflictos. Dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional son los que han delimitado el terreno propio del poder legislativo estatal y autonómico, y lo han hecho aplicando los principios del derecho europeo relativos a la potestad de los Estados miembros de imponer restricciones a la libertad de establecimiento sólo cuando las restricciones sean necesarias, adecuadas y proporcionales al fin último que persiguen.⁴⁵

Estos dos pronunciamientos han dado soporte jurídico al proceso de experimentación normativa autonómica. Y precisamente, esta diversidad está en la base de la opinión razonada contra el Reino de España que ha emitido la Comisión Europea por una potencial infracción del artículo 43 del Tratado de la UE que protege la libertad de establecimiento.⁴⁶

⁴² Ley Foral de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.

⁴³ Decreto de la Junta de Andalucía 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia (anulado por los tribunales por regular materias reservadas a una ley). Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (BOE nº 45 de 21 de febrero de 2008). Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Generalitat Valenciana (DOGV nº 3273 de 26 de junio de 1998).

⁴⁴ Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV nº 1994135 de 15 de julio de 1994).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio. Y Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004. Cfr. Cueto Pérez (2003).

⁴⁶ Aunque la equivalencia no es totalmente precisa, podemos decir que el principio correspondiente a la libertad de establecimiento en la Constitución Española es el de libertad de empresa.

La Ley 16/1997 contiene unos criterios de ordenación y planificación de la apertura de nuevas farmacias que tienen carácter subsidiario: sólo se aplican en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan legislado sobre la materia. Estos criterios subsidiarios indican que las autoridades sólo pueden autorizar la apertura de nuevas farmacias cuando el área básica de salud alcance entre 2.800 y 4.000 habitantes por farmacia.⁴⁷ Alcanzada esa ratio, las autoridades pueden autorizar una farmacia extra siempre y cuando existan como mínimo 2.000 habitantes adicionales. Utilizaremos a continuación los casos de Navarra, Andalucía y Euskadi para mostrar las diferencias entre modelos menos restrictivos y más restrictivos de planificación territorial.

La Ley 11/1994 de la Comunidad Autónoma de Euskadi⁴⁸ es más restrictiva que la ley subsidiaria estatal: sólo permite la apertura de nuevas farmacias en áreas básicas de salud que tengan entre 2.500 y 3.200 habitantes, y superado este umbral permite una farmacia extra por cada 2.500 habitantes. Y lo que es más sorprendente, no permite la apertura de farmacias en aquellos municipios que tengan menos de 800 habitantes.

Por el contrario, la Ley 12/2000 de Navarra⁴⁹ estableció un modelo de regulación completamente distinto a la ley subsidiaria del Estado. Este nuevo modelo fue declarado constitucional por el Auto del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2004. En vez de establecer un número *máximo* de farmacias según el número de habitantes, fija el número *mínimo* de farmacias que deben abrir para servir a la población de un área básica de salud. No se permite la apertura de ninguna farmacia adicional en Navarra mientras no se alcance en cada zona básica de salud un mínimo de una farmacia por cada 2.800 habitantes. Una vez este número mínimo de farmacias ha abierto, cualquier farmacéutico puede abrir su oficina de farmacia mientras no se alcance una ratio menor a 700 habitantes por farmacia en el conjunto de Navarra. Además, la distancia entre las nuevas farmacias y las ya instaladas sólo debe ser de un mínimo de 150 metros, en vez de los 250 metros que establece la ley estatal subsidiaria.

Este modelo ha sido reformado a través de una reciente ley de diciembre de 2008 que, de hecho, ha re-regulado el sector con un número de nuevo *máximo* de farmacias: la apertura de la primera farmacia en cada municipio es libre, pero la autorización de la segunda farmacia y las siguientes sólo se autoriza si se satisface la ratio de 700 habitantes por farmacia en el municipio.⁵⁰

⁴⁷ Un área básica de salud es parte de un municipio o un grupo de municipios en los que debe haber como mínimo un centro de salud de asistencia primaria del Sistema Nacional de Salud. Las áreas básicas de salud varían en dimensión. Por ejemplo, el tamaño mediano de las áreas básicas de salud de Navarra en el año 2000 fue de 6.100 habitantes. En cambio, en Andalucía en 2008 el tamaño mediano era de 24.000 habitantes.

⁴⁸ Ley del Parlamento del País Vasco 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica. BO País Vasco nº 135, de 15 de julio de 1994.

⁴⁹ Ley del Parlamento de Navarra 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica. BO Navarra nº 143 de 27 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Ley de la Comunidad Autónoma de Navarra 20/2008, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica.

El modelo de Andalucía⁵¹ es también más flexible sin haber transitado por una etapa de liberalización como la de Navarra entre 2001 y 2008. En Andalucía se puede establecer una primera farmacia en cualquier municipio, entidad local singular o núcleo. La segunda farmacia, en cambio, sólo se puede instalar si se satisfacen los umbrales mínimos de la ley subsidiaria estatal. Con todo, la ley andaluza es aparentemente menos restrictiva en las localidades turísticas ya que el cómputo de población tiene en cuenta no sólo los habitantes empadronados, sino también los alojamientos turísticos y las segundas residencias. La ley andaluza tiene semejanzas con otras como la de la Comunidad Valenciana donde también existe libertad para la primera farmacia y también se computa la población turística.

4. COMPARACIÓN DE EXPERIENCIAS AUTONÓMICAS

La teoría económica indica de forma robusta que la libertad de entrada sólo lleva hacia un mercado en el que el número de competidores es óptimo en circunstancias muy restrictivas: en aquellas situaciones en las que cada nuevo entrante aporta más el bienestar de los consumidores que los beneficios que quita a los competidores.⁵² En el resto de casos, la libertad conduce a un exceso de entrantes, o alternativamente a una falta de oferta. La cuestión es más empírica que teórica ya que el resultado dependerá de las características idiosincráticas de cada profesión o industria.

Berry y Wandonfogel (1999) y Davis (2006a y 2006b) fueron los primeros en utilizar un modelo empírico de entrada para evaluar la eficiencia de la libertad de entrada: el primero mostró que existe exceso de entrantes en la industria de la radiodifusión en EE.UU., y el segundo en el sector de la exhibición de cinematográfica en EE.UU. Por el contrario, Gowrisankan y Krainer (2006) muestran que existe una falta de oferta en el caso de los cajeros automáticos también en EE.UU. Waterson (1993), para el caso de Melbourne, y Janson (1999), para el caso de España, mostraron empíricamente que la libertad de entrada y precios conduciría a un exceso de precios y de farmacias.

Ahora bien, entre economistas es generalizado el consenso sobre la dificultad de que la regulación del número de profesionales mejore la asignación de recursos, especialmente cuando la demanda es heterogénea. Como ya mostró Waterson (1993), una regulación de precios generosa puede conducir a que abran incluso más farmacias de las que habría en un mercado con libertad de precios y de entrada. Y la regulación de entrada puede resultar excesivamente restrictiva, y llevar a una insuficiente apertura de farmacias.

⁵¹ Pérez Gálvez (2008).

⁵² Chamberlain (1933) formuló la teoría del exceso de entrada, y Suzuma y Kiyono (1986) y Mankiw y Whinston (1986) delimitaron las estrictas condiciones bajo las cuales la libertad de entrada de competidores conduce al óptimo social en mercados oligopolísticos.

Por su parte, no existe consenso entre los economistas sobre cuál es el resultado de la libertad de entrada sobre la pautas de localización geográfica de los competidores. Tal y como señalan Netz y Taylor (2002), casi cualquier configuración geográfica puede obtenerse de la teoría económica en función de la elección de los supuestos de partida de los modelos, desde el principio de mínima diferenciación y concentración, sugerido ya por el trabajo seminal de Hotelling (1929), hasta el principio de máxima diferenciación o dispersión demostrado por Aspremont, Gabszewicz y Thisse (1979). Con todo, existe cierta percepción de que la teoría más plausible es la que indica cierta tendencia a la dispersión, y no tanto a la concentración.

Por el contrario, la evidencia empírica parece indicar hasta la fecha que existe más tendencia a la concentración que a la dispersión de locales de venta y prestación de servicios. Ahora bien, los trabajos más recientes comienzan a encontrar apoyo empírico hacia la tesis de la dispersión, como en el caso de las estaciones de servicio en los EE.UU. (Netz y Taylor, 2002).

La cuestión, por tanto, de si la regulación está precisamente acertando en fijar el número de farmacias y la localización en el nivel óptimo debe ser analizada caso por caso. Y, al realizar el análisis es vital acertar en el contrafactual, en medir de forma acertada cuál sería el resultado de aplicar una regulación distinta a la existente.

Tal y como señala Pakes (2007), el reto es realizar aproximaciones precisas y robustas sobre qué pasaría en un entorno regulatorio e institucional que no hemos observado en la realidad. Por ello, es muy importante contar con información detallada sobre experiencias de cambio en la regulación en entornos lo más parecidos posible al que estamos estudiando: la experimentación autonómica nos ofrece precisamente un laboratorio valioso sobre los resultados de políticas distintas en entornos muy parecidos.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) utilizan la información sobre la apertura de farmacias en Navarra después del cambio de la regulación de diciembre de 2000 para evaluar cuál es el impacto de regulaciones restrictivas de establecimiento como la de Andalucía y Euskadi sobre el número de farmacias abiertas al público. Borrell y Fernández-Villadangos (2009b) analizan el impacto de la desregulación sobre la localización de farmacias en Navarra. A continuación ofrecemos algunos de los resultados de estos trabajos, junto a un análisis sobre la dinámica de apertura de nuevas farmacias en Navarra tras la desregulación.

En resumen, la comparación de las experiencias del conjunto de Comunidades Autónomas muestra lo siguiente:

1. La regulación de la distancia de 150 o 250 metros entre farmacias es innecesaria. La mayor parte de las farmacias se instalan de forma dispersa cubriendo la geografía del municipio tanto en el caso de que existan restricciones a la instalación de nuevas farmacias (modelo liberalizado como el de Navarra), como cuando no las hay (modelo regulado subsidiario estatal y de la mayoría de Comunidades Autónomas).

2. La restricción a la instalación de una primera farmacia en todo municipio es inadecuada. Paradójicamente, son los municipios más pequeños los que pueden resultar más perjudicados por la regulación: pueden quedarse sin la farmacia que desearía abrir. La restricción en estos municipios no permite obtener la esperada mayor cobertura geográfica de la atención farmacéutica, sino por el contrario, genera el efecto perverso de limitarla. Por ello, además de Navarra (con la desregulación de 2000 que ha respetado la re-regulación de 2008), muchas Comunidades Autónomas como por ejemplo Andalucía y Valencia han liberalizado la instalación de una primera farmacia en cada municipio o en entidades poblacionales menores para asegurar que existen farmacias abiertas al público en los núcleos de población menos densos y alejados.
3. La restricción a la instalación de la segunda y siguientes farmacias en un municipio es desproporcionada. La regulación de entrada definida de forma subsidiaria en la Ley 16/1997 y seguida por la mayoría de Comunidades Autónomas limita el número de farmacias abiertas al público entre un tercio y dos tercios. La restricción parece a todas luces desproporcionada dado que limita la proximidad de las farmacias a los domicilios, sin que exista evidencia de mejoras sustanciales en la calidad del servicio que pueda compensar los mayores costes en desplazamientos.

El análisis de la comparación de experiencias autonómicas se presenta a continuación en dos apartados: primero, definimos los mercados relevantes; en segundo lugar, evaluamos el impacto de la reforma de la regulación de apertura de nuevas farmacias.

4.1. DEFINICIÓN DE MERCADO

La naturaleza del servicio de atención farmacéutica al público en oficinas de farmacias es local. Alguna evidencia estadística como la ofrecida por Frontier Economics (2002, en OFT 2003) muestra que no existe sustituibilidad por parte de la demanda a alterar los patrones de localización de sus compras. En el caso del Reino Unido, Frontier Economics (2002) distingue entre las farmacias en lugares de paso y centros comerciales, y las farmacias de proximidad cercanas a los centros de salud y al domicilio de los pacientes. Sólo las primeras ofrecen descuentos de precios sobre medicamentos comercializados directamente al público (medicamentos publicitarios, OTC) respecto a los precios mayoritarios en las farmacias de proximidad.

Siguiendo la propuesta de Bresnahan y Reiss (1991) de estudiar la dinámica de entrada de competidores en mercados locales separados geográficamente unos de otros, Schaumans y Verboven (2008) optan por definir los mercados farmacéuticos a nivel municipal para aquellos municipios que tengan menos de 15.000 habitantes y una densidad de población menor a 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

De esta manera, podemos observar la estructura y la conducta de las farmacias en un conjunto suficientemente elevado de mercados locales aislados unos de otros.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) han podido comprobar que esta definición de los mercados locales es plausible ya que no existen efectos negativos sobre el número de farmacias de equilibrio en los municipios de Euskadi por la apertura de nuevas farmacias en los municipios de Navarra situados en la frontera entre ambas Comunidades Autónomas tras la desregulación. Y a la vez, han podido comprobar que sí existe un fuerte impacto negativo de la presencia de un competidor adicional sobre los beneficios de cada farmacia dentro de un mismo municipio.

4.2. IMPACTO DE LA REFORMA REGULATORIA

El número de farmacias en el conjunto de Navarra pasó de 308 en diciembre de 2000 a 583 en octubre de 2008: aumentó el número en 275, por tanto, casi duplicó en número tras la liberalización (incremento del 89%). Además, 16 farmacias existentes cambiaron de localización.

Cuadro 2. Estructura de los mercados antes y después de la reforma reglamentaria en Navarra

Número de farmacias por municipio	Número de municipios antes (2000)	Número de municipios después (2008)	% Municipios antes (2000)	% Municipios después (2008)
0	130	120	49,1%	45,3%
1	128	83	48,3%	31,3%
2	5	26	1,9%	9,8%
3	1	20	0,4%	7,5%
4	0	7		2,6%
5	1	5	0,4%	1,9%
6		1		0,4%
7		2		0,8%
12		1		0,4%
Total	265	265	100,0%	100,0%

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

El cuadro 2 muestra la estructura de los mercados locales antes y después de la reforma regulatoria de 2000 por la que se concede en la práctica libertad de instalación a nuevas farmacias sujeto a respetar una distancia mínima de 150 metros entre las antiguas farmacias y las nuevas. Los datos recogen la estructura de todos los municipios de Navarra excepto los de mayor población y densidad: Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarrza, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia. De esta manera estudiamos la dinámica de apertura de nuevas farmacias en los municipios en los que se localizaba el 51% de las farmacias de Navarra antes de la desregulación.⁵³

El cuadro 2 muestra claramente que los municipios de menor densidad de Navarra se debatían entre tener o no tener farmacia antes de la reforma. Casi la mitad de los municipios no tenían farmacia. La otra mitad tenía tan sólo una. Y sólo siete municipios tenían más de una farmacia. La reforma de la regulación de diciembre de 2000 inicia un rápido proceso de apertura generalizada de farmacia que casi dobla su número. Aunque se ofrecen datos de 2008, ya en 2006 el número de farmacias se había casi doblado.

El cuadro 2 muestra claramente que la liberalización no ha tenido un impacto negativo sobre la cobertura geográfica de la atención farmacéutica. La desregulación parece haber permitido incluso ampliar ligeramente el servicio farmacéutico a municipios hasta entonces desatendidos: diez municipios que carecían de farmacia cuentan con una o más farmacias tras la eliminación de las restricciones de establecimiento. El porcentaje de municipios sin farmacia pasa del 49,1% al 45,3%.⁵⁴

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) estiman para el caso de Euskadi que la eliminación de las restricciones al establecimiento de nuevas farmacias por la adopción del modelo legal navarro llevaría a una reducción de 76 a 56 el número de municipios sin farmacia de un total de 207 municipios estudiados de acuerdo a la misma definición de mercado descrita anteriormente.⁵⁵ El número de municipios sin farmacia se reduce del 37% al 27%. Esta evidencia pone claramente de manifiesto que la restricción al establecimiento de nuevas farmacias es inadecuada para atender el objetivo de asegurar el servicio farmacéutico en los municipios menos poblados, menos densos y remotos.

.....

⁵³ A nivel desagregado por municipio no disponemos de la información sobre la localización previa a la desregulación de las 16 farmacias que se han trasladado, por tanto, en el análisis las tratamos como si fueran nuevas, como si no existieran con anterioridad a la desregulación.

⁵⁴ Hemos comprobado que la falta de datos sobre la localización de las 16 farmacias que existían antes de la liberalización y que se trasladaron tras la desregulación no altera el análisis de los cambios relativos: en nuestra muestra el aumento de farmacias es del 92%, sólo tres puntos porcentuales superior al 89% que se dio en realidad. Y si suponemos que la parte proporcional a las que observamos estaba situada en municipios que en nuestra estadística aparecen como municipios sin farmacia (7 de 16), el número de municipios sin farmacia también se reduce de 123 a 120, del 46,4% al 45,3%. Sólo en el supuesto de que 11 o más de estas farmacias estuviesen localizadas en los municipios que constan sin farmacia en nuestros datos, la liberalización hubiese aumentado el número de municipios sin farmacia. En el extremo, si las 16 se hubiesen trasladado desde municipios que ahora no tienen farmacia a otros municipios que ya disponían de farmacia, el porcentaje de municipios sin farmacia hubiese aumentado sólo ligeramente del 43,0% al 45,3%.

⁵⁵ Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

En cambio, el mismo ejercicio de predicción indica que el número de municipios sin farmacia no cambiaría con la liberalización en Andalucía ya que sólo 2 municipios de los 654 estudiados siguiendo el mismo criterio de definición de mercado no disponen de farmacia. A lo sumo la liberalización permitiría la apertura de una farmacia en uno de estos dos municipios sin farmacia. La actual regulación de Andalucía permite la apertura de la primera farmacia en todo núcleo de población definido por la estadística del padrón y censo del INE. Por ello, la regulación no impide que se atienda el servicio farmacéutico a lo largo y ancho del territorio.

Esta evidencia comparativa muestra que las restricciones de establecimiento son inadecuadas para satisfacer el objetivo de interés público de ampliar la cobertura geográfica del servicio de atención farmacéutico. E incluso, que las restricciones pueden ser contraproducentes.

El cuadro 3 muestra la localización de las nuevas farmacias en Navarra según el número de farmacias abiertas al público en 2000, antes de la desregulación. El cuadro muestra que 18 farmacias se han abierto en los municipios que no tenían servicio farmacéutico. Además, se han abierto 87 farmacias nuevas en municipios que disponían de una sola farmacia. En estos municipios, el aumento en el número de farmacias es de más de dos tercios de farmacias adicionales a las ya existentes (68%). Y en los municipios que ya tenían dos o más oficinas de farmacia, el aumento es espectacular: el número de farmacias casi se triplica, se multiplica por 2,68 (168%).

Cuadro 3. Distribución de las nuevas farmacias después de la reforma regulatoria en Navarra

Número de farmacias por municipio antes (2000)	Número de municipios antes (2000)	Número de farmacias antes (2000)	Número de nuevas farmacias abiertas después (2001-2008)	% aumento de farmacias después (2001-2008)
0	130	0	18	
1	128	128	87	68%
2	5	10	20	161%
3	1	3	2	
5	1	5	7	
Total	265	146	134	92%

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) estiman que el número de farmacias que se establecería en los municipios estudiados de Euskadi si se procediese a una reforma regulatoria como la de Navarra aumentaría de 210 a 327, se incrementaría en un 55,7%, es decir, se multiplicaría por 1,55. Y para Andalucía el aumento sería de 969 a 3.305, se incrementaría en un 241%, es decir, se multiplicaría por 3,41.⁵⁶

Contra lo que esperábamos, la regulación de entrada resulta ser en la práctica más restrictiva en Andalucía que en Navarra, y lo era más en Navarra que en Euskadi. Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) muestran que cada farmacia necesita de un soporte de población sustancialmente mayor en Euskadi que en Andalucía en un entorno liberalizado, situándose Navarra en un punto intermedio: un municipio de 3.600 habitantes permite sostener sólo dos farmacias en Euskadi, mientras que permite sostener a cuatro farmacias en Andalucía. Este resultado indica que o bien los costes de prestar el servicio son objetivamente mayores en Euskadi, o bien la geografía física y humana y la naturaleza de la competencia llevaría en un entorno desregulado a una estructura de mercado más concentrada en la que existirían menos farmacias pero de mayor dimensión en cada municipio de Euskadi.

Con todo, la regulación está limitando intensamente el número de farmacias que abren al público en las tres Comunidades Autónomas: reduce su número en más de un tercio en el caso de Euskadi, en casi la mitad en el caso de Navarra, y en más de dos tercios en el caso de Andalucía.

Si fuera necesaria y adecuada la restricción para limitar un posible exceso de entrada, la regulación parece a todas luces desproporcionada ya que limita severamente el libre ejercicio profesional sin haber acreditado el beneficio social de tal restricción: la restricción aumenta los costes de desplazamiento de los pacientes al separar la localización de las farmacias de sus domicilios, mientras que asegura unas casi-rentas o rentas puras a los farmacéuticos instalados.⁵⁷

Se trataría de casi-rentas si los ingresos extraordinarios debidos a la restricción de la competencia se dedican a aumentar la calidad del servicio (más horas de apertura, mayor atención a los pacientes, mejores instalaciones, mayores *stocks*, menores tiempos de servicio, etc.). No tenemos indicios que apunten que el aumento de la calidad del servicio compensa el sustancial incremento en los costes de desplazamiento por el aumento de la distancia entre los domicilios de los pacientes y la localización de las farmacias. Los ingresos extraordinarios serían rentas puras si tan sólo alimentan la rentabilidad del negocio o el valor del traspaso de la autorización de apertura.

Aunque no tenemos información sobre la calidad del servicio en las distintas farmacias, sí tenemos evidencia sobre la dinámica de la localización de las far-

⁵⁶ De nuevo los municipios estudiados son los que tienen población inferior a 15.000 habitantes, y una densidad de menos de 800 habitantes por kilómetro cuadrado.

⁵⁷ La magnitud de las casi-rentas o rentas puras son mucho mayores en Andalucía que en Euskadi según las estimaciones de Borrell y Fernández-Villadangos (2009a).

macias en el territorio para el caso de Navarra. Borrell y Fernández-Villadangos (2009b) muestran que la localización de las farmacias es completamente distinta en aquellos municipios en los que existe un centro de salud a la localización en los que no disponen de un centro de salud.

El cuadro 4 muestra la relación entre la distancia media a la farmacia más cercana y el número de farmacias abiertas en un mismo municipio de Navarra. Se trata de distancias euclidianas entre los dos puntos de localización, no la distancia del recorrido a pie entre ellas que sería mayor. De nuevo nos fijamos en los municipios menos poblados y densos que constituyen un mercado local aislado del resto de municipios. Sólo podemos observar la relación entre distancias y número de farmacias en los municipios sin centro de salud después de la desregulación, ya que anteriormente los municipios sin centro de salud carecían de farmacia o tenían una farmacia como máximo.

A falta de centro de salud, las farmacias tras la desregulación abren en los extremos de la zona urbana o en distintos núcleos de población a una distancia media de casi 2,2 kilómetros. En los municipios más poblados sin centro de salud, las farmacias tienden a localizarse en los espacios libres entre las ya instaladas en los extremos del municipio, a una distancia media cada vez más reducida. Con cuatro o cinco farmacias la regulación de distancia mínima de 150 metros a pie podría llegar a restringir la localización de las farmacias.

Cuadro 4. Distancia media a la farmacia más cercana del municipio (metros) en Navarra

Número de farmacias	Municipios sin centro de salud (después de la desregulación 2008)	Municipios con centro de salud	
		Antes desregulación (2000)	Después desregulación (2008)
2	2.195	133	133
3	287	1.367	285
4	146	2.974	367
5	74	6.473	474
6			612
7			789

Municipios de menos de 15.000 habitantes y de menos de 800 kilómetros cuadrados. Todos excepto Ansoain, Barañain, Berriozar, Burlada/Burlata, Estella/Lizarra, Huarte/Uharte, Pamplona/Iruña, Villava/Atarrabia, Zizur Mayor/Zizur Nagusia.

En los municipios en los que sí existe centro de salud, las primeras farmacias tienden acercarse al centro de salud. La distancia euclídeana media es de 133 metros, y por ello puede que la regulación de distancia mínima de 150 metros de desplazamiento a pie esté restringiendo las posibilidades de localización. Ahora bien, en los municipios que existen más farmacias, éstas tienden a dispersarse de forma creciente por el territorio municipal. Para tres o más farmacias la regulación de distancias mínimas no parece ser restrictiva ya que la distancia euclídeana media supera los 285 metros.

Tanto en los municipios con o sin centro de salud, la regulación de distancias mínimas es irrelevante en la mayor parte de los casos, no afecta a las decisiones de localización ya que las farmacias distan unas de otras mucho más del mínimo regulado. Dada la tendencia natural de las farmacias a localizarse de forma dispersa en el territorio municipal, la regulación de distancias mínimas no es necesaria.

De hecho, sólo puede estar restringiendo la localización cerca del centro de salud. Ya la OFT (2003) recogió la percepción generalizada de que, dada la elevada concentración de la prescripción en los centros de salud, las farmacias pueden tener interés en localizarse lo más cerca posible de los centros de salud. Supuestamente este proceso podría llevar a la concentración de farmacias en torno al centro de salud y la desatención del resto del territorio municipal.

Según este argumento, la liberalización de las distancias mínimas podría llevar aparejado un proceso de saltos consecutivos de rana (*leap frogging*) por el cual las farmacias se relocalizarían para acercarse el máximo posible al centro de salud. Ahora bien, la experiencia de Navarra muestra que, contra lo que se deduce de la discusión en OFT (2003), este proceso de competencia por la localización cerca del centro de salud parece estar restringido sólo a una o dos farmacias. Más allá de estas dos farmacias, el resto compete por diferenciarse espacialmente acercándose al domicilio de los pacientes. No se produce un proceso de concentración generalizado, sino una especialización entre la farmacia del centro de salud (o las dos farmacias del centro de salud), y el resto de farmacias de proximidad a los domicilios.

En este caso, la regulación de distancias mínimas estaría tan sólo beneficiando a un número muy reducido de farmacias que están cerca del centro de salud. Para estas farmacias, la regulación impide que se acerquen competidores que les puedan arrebatarse parte del mercado que deviene cautivo en el entorno del centro de salud. La protección es aún mayor para las farmacias en la mayoría de Comunidades Autónomas que fijan la distancia mínima en 250 metros, tal y como lo hacía el decreto de 1978 para el conjunto de España.

Y el área protegida de las farmacias ya instaladas en la inmediata proximidad del centro de salud es aún mayor si se fija una distancia mínima de localización respecto a los centros de salud. La Ley de Andalucía establece una distancia mínima de 200 metros respecto a cualquier centro de salud. La Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia establece una distancia mínima de 250 metros respecto a cualquier centro de salud. La Ley del País Vasco protege a la primera farmacia de los municipios con centros de salud: no hay distancia mínima en los municipios

de farmacia única, pero la instalación de la segunda o posterior farmacia en el municipio requiere respetar una distancia mínima de 150 metros respecto al centro de salud.

Cuadro 5. Soportes de población municipal mínimos según farmacias

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	566	566
2	6.513	3.257
3	8.020	2.673
4	8.989	2.247

Euskadi 2006 – Entrada restringida – Distancia mínima entre farmacias 250 m – Distancia mínima al centro de salud para la segunda y posterior farmacia de 150 m

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	167	167
2	4.732	2.366
3	5.885	1.962
4	6.588	1.647

Andalucía 2008 – Entrada restringida para la segunda y posterior farmacias – Distancia mínima entre farmacias 250 m – Distancia mínima al centro de salud de 200 m

Nº	Umbral mínimo de población del municipio	Promedio de población mínima por farmacia
1	403	403
2	1.830	915
3	3.524	1.175
4	6.517	1.629

Navarra 2008 – Entrada libre – Distancia mínima entre farmacias 150 m

Fuente: Elaboración propia a partir del modelo propuesto en Borrell y Fernández-Villadangos (2009a).

De hecho, utilizando el modelo propuesto por Borrell y Fernández-Villadangos (2009a) se puede estimar el soporte de población que requiere la apertura de una farmacia adicional en el caso de que el establecimiento de nuevas farmacias esté restringida por la regulación de distancias. Tal y como muestra el cuadro 6, el soporte de población necesario para abrir la segunda farmacia en un entorno regulado es sustancialmente mayor en Euskadi o Andalucía que tienen distancias mínimas respecto al centro de salud que en Navarra tras la liberalización que no tiene distancia mínima respecto al centro de salud. Es de 6.513 habitantes en Euskadi, 4.732 habitantes en Andalucía y sólo de 1.830 habitantes en Navarra.

Así pues, a excepción de la primera farmacia que tiene una tendencia natural a instalarse lo más cerca posible del centro de salud, el resto de farmacias se dispersa geográficamente. Por ello, la regulación de distancias mínimas entre farmacias no es necesaria. Y tampoco es necesaria la regulación de distancia mínima respecto al centro de salud ya que sólo protege las casi-rentas o rentas puras de las farmacias que quedan por motivos históricos o por el diseño de la propia regulación dentro del perímetro de protección.

5. LECCIONES DE LA EXPERIMENTACIÓN AUTONÓMICA

En conclusión, la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Luxemburgo han conseguido establecer los principios bajo los cuales se debe evaluar si las regulaciones que restringen el libre ejercicio profesional sirven al interés público y pueden estar objetivamente justificadas. Sin embargo, la política europea de impulsar reformas de las regulaciones de oficinas de farmacia en los Estados miembros se ha encontrado con mayores dificultades de lo esperado.

El caso de las acciones emprendidas por la Comisión Europea contra las regulaciones de las oficinas de farmacia en España muestra claramente como la diversidad en la ordenación autonómica puede convertirse en un factor determinante a favor de mejoras en la regulación siguiendo principios europeos, deviniendo una suerte de experimentación reformista.

El estudio comparado de los efectos de las diversas políticas autonómicas de regulación del establecimiento de farmacias muestra que el interés público no se satisface de forma necesaria, adecuada ni proporcional con restricciones severas del número de farmacias que pueden abrir al público. En particular, la comparación de la experiencia liberalizadora de Navarra, frente a las más restrictivas de Andalucía o Euskadi, pone en evidencia que hay un amplio margen para la mejora de la regulación bajo principios menos intervencionistas. La experiencia histórica española anterior a la guerra civil también muestra cómo es posible promover la apertura de farmacias en territorios poco densos y remotos a través de políticas de financiación pública menos restrictivas.

Contra los que claman que la experimentación regulatoria autonómica pone en cuestión la unidad de mercado, en este trabajo mostramos que bien al contrario, la diversidad autonómica es la que permite poner de manifiesto los excesos de la intervención administrativa de cualquier nivel territorial.

REFERENCIAS

- Abood, R. (2007), *Pharmacy Practice and the Law*, 5th Edition, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury (MA).
- Ariño Ortiz, G. y Sala Arquer, M. (1997), "Dictamen sobre la naturaleza y el régimen jurídico del farmacéutico y las farmacias" *Farmacéuticos* nº 298.
- Arruñada, B. (2006), 'Managing Competition in Professional Services and the Burden of Inertia', in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu, eds., *European Competition Law Annual 2004: The Relationship between Competition Law and the (Liberal) Professions*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006, pp. 51-71.
- Berry, S. T. (1992), 'Estimation of a Model of Entry in the Airline Industry', *Econometrica*, 60(4), pp. 889-917.
- Berry, S. T. y Waldfogel, J. (1999), 'Free Entry and Social Inefficiency in Radio Broadcasting', *RAND Journal of Economics*, 30, pp. 397-420.
- Borenstein, S. y Netz, J. S. (1999), 'Why do all the flights leave at 8 am? Competition and departure-time differentiation in airline markets', *International Journal of Industrial Organization*, 17(5), pp. 611-640.
- Borrell, J. R. y Fernández-Villadangos, L. (2009a), 'Assessing the excess profits from different entry regulations', *XREAP Working Paper*.
- Borrell, J. R. y Fernández-Villadangos, L. (2009b), 'Clustering or differentiation of outlets: the underlying reason for distance regulation', mimeo.
- Bresnahan, T. F. y Reiss, P. C. (1991), 'Entry and Competition in Concentrated Markets', *Journal of Political Economy*, 99 (51), pp. 977-1009.
- Chamberlain, E. (1933), *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- CNC (2009), *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, Comisión Nacional de la Competencia, Madrid.
- COFV y FEFE (2007), *Marco Legal Comparado de la Farmacia en Europa*, Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles.
- Comín, F. (1996), *Historia de la Hacienda Pública*, II, Editorial Crítica, Barcelona.
- Costas, A. (1988), *Apogeo del liberalismo en "La Gloriosa". La reforma económica en el Sexenio liberal (1868-1874)*, Siglo XXI de España Editores, Madrid.

- Costas, A. (1992), 'Gasto Público y Regulación Económica en España', en J. L. García Delgado (coord.) *Homenaje a Juan Velarde Fuertes*, Eudema, Madrid.
- Cueto Pérez, M. (1998), *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, Madrid.
- Cueto Pérez, M. (2003), "Sentencia del Tribunal constitucional de 5 de junio de 2003, sobre las leyes de ordenación del servicio farmacéutico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 120.
- d'Aspremont, C., Gabszewiczs, J. J. y Thisse, J.R. (1979), 'On Hotelling's Stability in Competition', *Econometrica*, 47, pp. 1145-1150.
- Davis, P. (2006a), 'Measuring the Business Stealing, Cannibalization and Market Expansion Effects of Entry in the Motion Picture Exhibition Market', *Journal of Industrial Economics*, 54(3), pp. 293-321.
- Davis, P. (2006b), 'Spatial Competition in Retail Markets: Movie Theaters', *RAND Journal of Economics*, 37(4), pp. 964-982.
- European Commission (2008), 'Pharmaceutical Sector Inquiry. Preliminary Report', DG Competition Staff Working Paper, Brussels.
- Esteva de Sagrera, J. (2005), *Historia de la farmacia, los medicamentos, la riqueza y el bienestar*, Masson, Barcelona.
- Gómez-Reino, E. (1997), *Horarios comerciales y oficinas de farmacia*, Madrid
- González Pérez, J. y González Salinas, E. (1996), *La reforma de la ordenación farmacéutica*, Civitas, Madrid.
- Gowrisankaran, G. y Krainer, J. (2006), 'The Welfare Consequences of ATM Surcharges: Evidence from a Structural Entry Model', *NBER Working Paper*, 12443.
- Hotelling, H. (1929), 'Stability in Competition', *The Economic Journal*, 39, pp. 41-57.
- Jansson, E. (1999), 'Libre competencia frente a regulación en la distribución minorista de medicamentos', *Revista de Economía Aplicada*, 19, pp. 85-112.
- Kraakman R. H. (1986), 'Gatekeepers: The Anatomy of Third-Party Enforcement Strategy', *Journal of Law, Economics and Organization*, 2(1), pp. 53-104.
- Mankiw, N. G. y Whinston, M. D. (1986), 'Free Entry and Social Inefficiency', *RAND Journal of Economics*, 17, pp. 48-58.
- Martín Mateo, R. (1995), "La ordenación de las oficinas de farmacia", *Derecho y Salud*, nº 2.
- Moral Soriano, L. (2002), "Proporcionalidad y servicios económicos de interés general", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 3.
- Mossialos E. y Mrazek, M. (2003), 'The Regulation of Pharmacies in Six Countries', Report prepared for the Office of Fair Trading, London.
- Muñoz Machado, S. (1975), 'La concepción sanitaria decimonónica', en *La Sanidad Pública en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

- Netz, J. S. y Taylor, B. A. (2002), 'Maximum or minimum differentiation? Location patterns of retail outlets', *Review of Economics and Statistics*, 84(1), pp. 162-175.
- Nuscheller, R. (2003), 'Physician reimbursement, time, consistency, and the quality of care', *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 159, pp. 302-322.
- ÖBIG (2006), 'Surveying, Assessing and Analyzing the Pharmaceutical Sector in the 25 EU Member States', Report Commissioned by the DG Competition – European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Brussels.
- Padrós Reig, C. (1997), "Ordenación farmacéutica" en Informe *Pi-i-Sunyer sobre Comunidades Autónomas*, 1995-1996, Barcelona.
- Pakes, A. (2007), 'Theory and empirical work in imperfectly competitive markets', *NBER Working Paper*, 14117.
- Parrilla Valero, F. (2009), 'En busca del origen de los farmacéuticos titulares', *Gaceta Sanitaria*, 23(1), pp. 72-75.
- Pérez Gálvez, J. F. (2008), "La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía: transmisibilidad, cotitularidad y caducidad", *Administración de Andalucía*, nº 69.
- Reiss, P. C. y Spiller, P. T. (1989), 'Competition and entry in small airline markets', *Journal of Law and Economics*, 32, pp. 179-202.
- Rivero Isern, J. L. (1992), *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*. Madrid.
- Rodríguez-Nozal, R. y González-Bueno, A. (2005), *Entre el arte y la técnica. Los orígenes de la fabricación industrial del medicamento*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid.
- Salop, S. C. (1979), 'Monopolistic Competition with Outside Goods', *The Bell Journal of Economics*, 10, pp. 141-156.
- Schaumans, C. y Verboven, F. (2008), 'Entry and regulation. Evidence from health care professions', *RAND Journal of Economics*, 22, pp. 490-504.
- Suzuma, K. y Kiyono, K. (1986), 'Entry barriers and economic welfare', *Review of Economic Studies*, 54, pp. 157-167.
- Vidal Casero, M. C. (1996), "El procedimiento de autorización de una oficina de farmacia. Interpretación jurisprudencial 1978-1995", *Revista General de Derecho*, nº 621.
- Waterson, M. (1993), 'Retail Pharmacy in Melbourne: Actual and Optimal Densities'. *The Journal of Industrial Economics*, 41, pp. 403-419.
- Zubeldia, L., Muelas, J. y Hernández, I. (1993), 'Situación de los farmacéuticos titulares en el ámbito del Estado Español', *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, 67, pp. 507-517.

