

A nova ordenación farmacéutica de Galicia

Profesores titulares de dereito
administrativo.
Universidade de Santiago
de Compostela

M^o Teresa Carballeira Rivera
Antonio Javier Ferreira Fernández

I

O sistema limitativo ó libre establecemento de oficinas de farmacia

1. Introducción

Nos sistemas xurídicos occidentais o establecemento de oficinas de farmacia e, en xeral, toda a actividade farmacéutica está estreitamente vinculada ós intereses e principios xerais do país e moi singularmente ó dereito á saúde dos cidadáns. Isto levou, nuns casos, a que sexa o propio Estado o que asuma a titularidade e o exercicio deste servizo e, noutros, a que se difira a súa prestación á iniciativa privada sometida, iso si, a un certo grao de intervención administrativa.

Cando a prestación farmacéutica é unha actividade privada, o seu exercicio adoita levarse a cabo de acordo con dous sistemas perfectamente delimitados pola doutrina:

a) *O sistema aberto*, no que prima a máis absoluta liberdade de establecemento, e no que se reduce o papel da Administración pública a unhas mínimas funcións de control e de vixilancia, impostas polas esixencias derivadas do dereito á saúde pública.

b) *O sistema pechado ou de limitación*, no que a Administración suxeita o dereito ó libre establecemento de farmacia a unha previa autorización ou permiso que outorgará sempre e cando se cumpran certas condicións materiais (observancia de determinadas distancias entre establecementos farmacéuticos, número de farmacias existentes nese ámbito territorial, etc.). A adscrición a un ou a outro sistema é unha decisión política que varía en función dos intereses públicos e privados en xogo. Así, mentres os profesionais do sector farmacéutico, titulares dun establecemento, defenden maioritariamente o sistema pechado, outros, con intereses menos corporativistas propugnan o respecto polo dereito ó libre establecemento e ó libre exercicio da profesión farmacéutica.

2. O sistema español

2.1 Antecedentes

En España a determinación de cál debía de se-lo grao de intervención administrativa da actividade farmacéutica foi obxecto dos máis variados debates doutrinais e legais ó longo do tempo. Os mesmos deron como resultado unha infinidade de situacións administrativas que se plasmaron, unhas veces, na configuración dun réxime aberto ou de liberdade e, outras, na adopción dun sistema pechado. Así, fronte ó sistema que recolle a Lei do 30 de xullo de 1878 segundo o cal o farmacéutico quedaba legalmente habilitado para exercitar publicamente a súa profesión coa simple autorización do alcalde e a posterior aprobación tutelar do subdelegado, a lexislación prerrepública decantouse por un sistema aberto que permitía o libre establecemento de tódolos profesionais farmacéuticos sen limitacións.

Máis achegada no tempo, a lexislación franquista, que asumiría determinados intereses profesionais, estableceu un sistema de limitación a través da Lei de bases de sanidade nacional, do 25 de novembro de 1944, desenvolvida, entre outros, polos decretos do 31 de maio de 1957 e do 1 de decembro de 1960. A partir dese momento, e ata os nosos días, vaise esixir, tanto para a apertura como para o traslado de oficinas de farmacia, unha

autorización administrativa outorgada en función do cumprimento dunha serie de requisitos legais.

Máis tarde, o Real decreto 909/1978, do 14 de abril, do Ministerio de Sanidade e Seguridade Social, polo que se regula o establecemento, a transmisión e a integración de oficinas farmacéuticas, actualizaría a normativa precedente e mantería o sistema pechado. Este real decreto, xunto coas ordes ministeriais de desenvolvemento do 17 de xaneiro e a do 31 de xullo de 1980 así como a do 21 de novembro de 1979, substituídas nos seus respectivos ámbitos territoriais, polas lexislacións autonómicas de ordenación farmacéutica que promulgaron as comunidades autónomas de Cataluña, País Vasco, Estremadura e Castela-A Mancha, van establece-la regulación das oficinas de farmacia, practicamente, ata os nosos días.

2.2. *Principios constitucionais de aplicación*

Antes de entrar na análise pormenorizada da recente normativa dictada en materia farmacéutica, convén deterse no sentido último dos principios constitucionais rectores da actividade farmacéutica española.

A coñecida Sentencia do Tribunal Constitucional 83/1984, do 24 de xullo, vai senta-las coordenadas da actuación dos poderes públicos na materia. Da mesma dedúcese unha idea principal: non existe un deseño constitucional definido sobre o réxime de establecemento de oficinas de farmacia; e é así porque, como se di na sentenza "nada hai (...) na Constitución que exclúa a posibilidade de regular e de limita-lo establecemento de oficina de farmacia, como tampouco nada que impida prohibir que se leve a cabo fóra destas oficinas a dispensa ó público de especialidades farmacéuticas, pois o lexislador pode lexitimamente considerar necesaria esta prohibición ou aquela regulación para servir outras finalidades que estime desexables". É máis, de existir algunha razón que xustifique a pervivencia, trala promulgación da Constitución española, dun criterio limitativo, este deberá fundamentarse "nos obxectivos e finalidades que marca o Estado social e non tanto a legalidade". Dito doutro xeito, "a liberdade de configuración do réxime farmacéutico español que o Ordenamento xurídico lle outorga ó lexislador debe conducir inescusablemente a unha solución xurídica acorde coas necesidades sociais do momento e cos dereitos dos cidadáns recoñecidos constitucionalmente". Así pois, só á luz destas directrices procede efectuar, tal e como acaba de facer o lexislador, unha relectura do sistema farmacéutico preconstitucional, e, en consecuencia, determina-la oportunidade de limita-lo exercicio

dunha profesión nos termos nos que ata practicamente hoxe se encontra a profesión farmacéutica.

Quizais se deba á ponderación por parte do lexislador destes novos valores, o feito de que a vixente Lei 25/1990, do 20 de decembro, do medicamento, derogase a base 16 da Lei de bases para a organización da sanidade nacional, do 25 de novembro de 1944, en virtude da cal se introduciu en España o sistema limitativo do exercicio da profesión farmacéutica. E tamén que na actualidade se asiste a un proceso normativo de renovación e de flexibilización do sistema de apertura de farmacias máis acorde coas demandas sociais, como se verá de seguido.

Pola súa parte, o Tribunal Supremo estivo insistindo nesta liña ó destacar en moitas das súas sentencias (STS do 3 de xullo de 1987 [Arzdi. 6672], a do 25 de xaneiro de 1988 [Arzdi. 345], e a do 1 de febreiro de 1986 [Arzdi. 673]), que as limitacións ó establecemento de oficinas farmacéuticas inciden sobre un conxunto de dereitos e de principios tutelados con rango constitucional como son: a) O de protección da saúde, que debe informar da actuación dos poderes públicos (arts. 43 e 53.3 da CE); b) O de igualdade efectiva dos individuos e grupos (art. 9.2 da CE); o de liberdade de empresa (art. 38 da CE); o de libre exercicio das profesións liberais (art. 35 e 36 da CE). Consecuentemente, a lectura de tales limitacións deberá efectuarse, sempre e en todo caso, para ponderar a súa incidencia sobre os ditos dereitos e, en último extremo, para modular a aplicación das normas de carácter restrictivo a favor daqueles. A Sentencia do 28 de maio de 1993 (Arzdi. 3457), é un bo exemplo de todo o que acabamos de sinalar. Nela lémbrese o principio xeral de interpretación de todo o Ordenamento xurídico conforme á Constitución –principio, polo demais, recollido expresamente no art. 5 da Lei orgánica do poder xudicial do 1 de xullo de 1985–, e en tal sentido sinalase que “o art. 53.3 da norma fundamental advirte que, os principios rectores da política social e económica han de informar da práctica xudicial, un deles é o “dereito de protección da saúde –art. 43–”, e dada a importancia que, para a dita protección, ten o servizo farmacéutico, está claro que “da Constitución deriva un criterio *pro apertura*, en canto medida necesaria para unha adecuada atención farmacéutica-sanitaria e por razón precisamente de servizo público, como destacaron as sentencias da antiga Sala 4ª deste tribunal do 25 de abril e do 10 de maio de 1988 (Arzdi. 5561 e 3737)”.

En síntese, a regulación dos ámbitos de liberdade do cidadán –como sucede respecto do exercicio da profesión farmacéutica– non pode realizarse en clave limitativa se se basea en razóns ar-

bitrarias e incapaces de lles dar unha resposta óptima ás finalidades públicas, nin en prexuízo dos dereitos cidadáns á obtención do servizo e do dereito á saúde.

2.3. O marco legal actual

A difícil coonestación entre un réxime ultralimitativo do libre establecemento de oficinas de farmacia e os principios constitucionais ós que acabamos de referirnos, xunto co conxencementamento de que o réxime de autorización de apertura de oficinas de farmacia do Real decreto 909/1978 constitúe unha barreira infranqueable á lóxica demanda de ampliación de servizos farmacéuticos e unha fonte manifesta de litixiosidade e de frustración profesional, provocaron que o Goberno aprobase, o pasado 17 de xuño, o Real decreto-lei 11/1996, de ampliación do servizo farmacéutico á poboación. Trátase dun texto de natureza básica, dictado ó abeiro da competencia exclusiva que o artigo 149.1.16 da CE lle atribúe ó Estado verbo da lexislación básica sobre sanidade.

O mesmo vai supoñer-lo inicio dun proceso de renovación normativa do servizo farmacéutico no noso país; renovación que, como acabamos de dicir, virá determinada, en grande medida, pola necesidade de adapta-la lexislación precedente ós novos dictados constitucionais. Segundo a súa exposición de motivos, o real decreto-lei propón, de modo inmediato, mellora-la atención farmacéutica á poboación, para o que adopta as seguintes medidas:

a) *A ampliación dos límites, ata ese momento vixentes, en materia de apertura de novas oficinas de farmacia nas zonas urbanas, mediante a xeneralización da planificación farmacéutica do territorio, que realizarán as comunidades autónomas para o que tomarán como referencia as unidades básicas de atención primaria, e a fixación de novos módulos poboacionais máximos, que se prevén en 2800 habitantes por oficina de farmacia, non obstante a posibilidade de ampliación ata 4000 habitantes segundo establece a regulación autonómica en cada caso.*

b) *A simplificación e a ordenación dos expedientes de autorización de apertura, co fin de establecer principios de competitividade, transparencia, mérito e capacidade no outorgamento das autorizacións, a competencia dos cales lles corresponde ás comunidades autónomas.*

c) *A esixencia da presenza constante do farmacéutico na actividade de dispensación, sen prexuízo da colaboración de axudantes auxiliares, que non escusan a actuación profesional do farmacéutico, nin o exclúen da súa responsabilidade.*

d) *A flexibilización do réxime de xornada e horario de apertura destes establecementos*, co fin de outorgarlle-lo carácter de mínimos ós horarios que, en garantía da continuidade da asistencia mediante quendas de garda ou outros sistemas de permanencia que aseguren un constante servizo á poboación, poidan fixar as comunidades autónomas.

Por último, o real decreto-lei vai supoñer, como non podía ser doutro xeito, a derogación explícita, polo que se refire ó réxime de apertura de novas oficinas de farmacia en zonas urbanas, do disposto no Real decreto 909/1978, do 14 de abril, así como a derogación implícita de calquera outra disposición do real decreto ou da súa normativa de desenvolvemento, en canto se opoñan ó establecido por el.

A regulación fixada por este real decreto-lei, confirmado por acordo do pleno do Congreso dos Deputados do 27 de xuño de 1996, vai ter continuación na Lei 16/1997, do 25 de abril, de regulación de servizos das oficinas de farmacia. Sen embargo, a lei vai supoñer un avance máis na definición dos obxectivos do real decreto lei, e iso dende dúas vertentes:

En primeiro lugar, dende o punto de vista competencial, a Lei 16/1997 vai fixar con maior precisión cal é o ámbito competencial das comunidades autónomas. Determinadas cuestións, tales como a determinación dos módulos poboacionais e distancias mínimas para o establecemento de oficinas de farmacia, ou o réxime procedemental das autorizacións de oficinas de farmacia, van perde-la natureza de básicas que lles atribuíra con carácter xeral o real decreto-lei, para pasaren a ser considerados como preceptos de aplicación plena. Non obstante, iso non supón limitar substancialmente as competencias das comunidades autónomas, en tanto en canto en todos eles se fan remisións expresas á normativa autonómica en idénticos termos cós que facía o real decreto-lei.

En segundo lugar, dende o punto de vista material, a lei vai regular algunha que outra cuestión anteriormente non regulada polo real decreto-lei. De entre elas merecen destacarse as seguintes:

■ *A regulación da definición e as funcións das oficinas de farmacia*, concibidas, segundo o artigo 1 como "establecementos sanitarios privados de interese público, suxeitos á planificación sanitaria que establezan as comunidades autónomas, nas que o farmacéutico titular-propietario das devanditas, asistido, no seu caso, por axudantes ou auxiliares, lle deberá presta-los seguintes servizos básicos á poboación: 1) A adquisición, custodia, conservación e dispensa dos medicamentos e produtos sani-

tarios; 2) A vixilancia, control e custodia das receitas médicas dispensadas; 3) A garantía da atención farmacéutica, na súa zona farmacéutica, ós núcleos de poboación nos que non existen oficinas de farmacia; 4) A elaboración de fórmulas maxistras e preparados oficinais, nos casos e segundo os procedementos e controis establecidos; 5) A información e o seguimento dos tratamentos farmacolóxicos ós pacientes; 6) A colaboración no control do uso individualizado dos medicamentos co fin de detecta-las reaccións adversas que poidan producirse e, notificá-las ós organismos responsables da farmaco-vixilancia; 7) A colaboración nos programas que promovan as administracións sanitarias sobre garantía de calidade da asistencia farmacéutica e da atención sanitaria en xeral, promoción e protección da saúde, prevención da enfermidade e educación sanitaria; 8) A colaboración coa Administración sanitaria na formación e información dirixidas ó resto de profesionais sanitarios e usuarios sobre o uso racional dos medicamentos e dos produtos sanitarios; 9) A actuación coordinada coas estruturas asistenciais dos servizos de Saúde das comunidades autónomas; 10) A colaboración na docencia para a obtención do título de licenciado en farmacia, de acordo co previsto nas directivas comunitarias, e na normativa estatal e nas universidades polas que se establecen os correspondentes plans de estudo en cada unha delas”.

■ *A regulación da transmisión das oficinas de farmacia, co fin de ratificalo criterio tradicional da nosa lexislación de que unicamente pode realizarse a favor doutro ou doutros farmacéuticos e deferíndolles ás comunidades autónomas a regulación das formas, condicións, prazos e demais requisitos das transmisións destes establecementos.*

■ *A xeneralización do réxime da ampliación dos límites, ata ese momento vixentes, en materia de apertura de novas oficinas de farmacia tanto ás zonas urbanas como ás rurais, e establecer, iso si, a cautela de que nas zonas rurais, turísticas, de montaña, ou aquelas nas que, en función das súas características xeográficas, demográficas ou sanitarias, non fose posible a atención farmacéutica aplicando criterios xerais, as comunidades autónomas poderán establecer módulos poboacionais inferiores.*

As importantes modificacións introducidas por esta nova normativa apuntan, implicitamente, cara a unha nova forma de concibi-la prestación do servizo farmacéutico, máis conectada ás necesidades sanitarias da poboación que ós intereses particulares dos titulares do servizo. E tarde ou cedo, este cambio suporá, igualmente, o cuestionamento do principio de intervención pública tal e como se concibe hoxe en día.

Sen embargo, non deixa de resultar sorprendente a reserva da nova normativa á hora de aborda-la derogación da anterior regulación, e fundamentalmente, do Real decreto 909/1978, de referencia. De feito, a Lei 16/1997 na súa cláusula derogatoria non fai expresa mención ó dito real decreto. En consecuencia, salvo o relativo ó réxime de apertura de novas oficinas de farmacia en zonas urbanas, derogado expresamente polo real decreto-lei, o disposto neste Real decreto 909/1978, só se entenderá que queda sen efecto se o disposto nel se opón ó establecido polas novas normas. Con iso, mantense implicitamente a validez dunha norma baseada sobre principios, en aberta contradicción cos principios constitucionais ós que fixemos alusión e, por ende, ós principios que inspiraron as normas de recente aprobación.

3. A normativa autonómica de desenvolvemento: a Comunidade Autónoma de Galicia

Un dos motivos fundamentais deste proceso de renovación normativa constitúe a necesidade de precisa-las competencias que lles corresponden ás comunidades autónomas. Como é ben coñecido, as competencias autonómicas sobre establecementos farmacéuticos enmárcanse dentro do abano de competencias sanitarias que asumen as comunidades autónomas nos termos do artigo 148.1.21 da CE, sen prexuízo da competencia que, segundo o artigo 149.1.16 da CE, lle corresponde ó Estado para dicta-la lexislación básica sobre sanidade. Na súa virtude, e malia que existe, como acabamos de dicir, unha reserva competencial a favor do Estado para establece-la normativa básica en materia de establecementos sanitarios, as comunidades autónomas, unha vez que o Estado fixase as condicións e os requisitos mínimos para o establecemento e o funcionamento das oficinas de farmacia, poderán desenvolver e executa-las ditas previsións normativas, sempre e cando asumisen a dita competencia nos seus respectivos estatutos de autonomía (STC 32/1983, do 28 de abril), tal e como ocorre no estatuto galego, o artigo 28.8 do cal lle atribúe competencias á Comunidade Autónoma de Galicia sobre establecementos farmacéuticos.

Como se apuntou, un dos fins principais da Lei de regulación de servizos de oficinas de farmacia, –e con anterioridade do Real decreto-lei de ampliación do servizo farmacéutico–, foi a fixación dos principios básicos para a ordenación dos establecementos farmacéuticos, e, por ende, a concreción do ámbito normativo propio das comunidades autónomas. Así, e de acordo

co establecido polas ditas normas, corresponderalles ás comunidades autónomas que, como a galega, asumiron competencias en materia de establecementos farmacéuticos as seguintes competencias:

1) *A fixación de criterios específicos de planificación para a autorización de oficinas de farmacia.* Para iso, as comunidades autónomas deberán ter presente que a planificación se realizará de acordo coa planificación sanitaria, así tomarase como referencia para a fixación das demarcacións as unidades básicas de atención primaria. Ademais a planificación de oficinas de farmacia establecerase en función da densidade demográfica, das características xeográficas e da dispersión da poboación, con vistas a garanti-la accesibilidade e a calidade no servizo, e a suficiencia na subministración de medicamentos, segundo as necesidades sanitarias en cada territorio.

2) *Determinación dos módulos poboacionais e distancias entre oficinas de farmacia, de acordo cos criterios xerais de planificación farmacéutica.* Cómpre, para iso, ter en conta que nunca se poderán establecer módulos poboacionais nin superiores a 4000 habitantes por oficina, nin con carácter xeral inferiores a 2800, se ben, como xa vimos, nas zonas rurais, turísticas ou de montaña poderán establecerse módulos inferiores. En canto ás distancias, a lei establece como norma xeral a de 250 metros, se ben as comunidades autónomas poderán autorizar distancias menores en función da concentración da poboación.

3) *Fixación do procedemento específico para a tramitación e a resolución dos expedientes de autorización de apertura das oficinas de farmacia.* A dita tramitación, que pode iniciar de oficio a autoridade sanitaria autonómica, ou a solicitude de parte segundo dispoña libremente a norma autonómica, deberá, en todo caso, axustarse ós principios de publicidade e de transparencia.

4) *A determinación das formas, condicións, prazos e demais requisitos das transmisións dos establecementos de farmacia.*

5) *A determinación do número mínimo de farmacéuticos adxuntos,* que, ademais do titular, deban prestar servizos nas oficinas de farmacia co obxecto de garantírle-la axeitada asistencia profesional ós usuarios.

6) *A fixación dos horarios mínimos de apertura dos establecementos farmacéuticos* así como as normas sobre gardas, vacacións, urxencias e demais circunstancias derivadas da natureza do seu servizo.

No caso da Comunidade Autónoma de Galicia, algunhas destas previsións xerais xa se concretaron, e fíxose un especial fincapé no referente á fixación de horarios mínimos, módulos po-

boacionais e, como non podía ser doutro xeito, salvo que se desexase bloquear *sine die* a apertura de establecementos farmacéuticos, ó procedemento específico para a tramitación dos expedientes de autorización de apertura das oficinas de farmacia.

En canto a horarios mínimos, o Decreto 253/1996, do 20 de xuño, modificado polo Decreto 446/1996, do 20 de decembro, e desenvolvido pola Orde do 31 de xullo de 1996, sobre peche de oficinas de farmacia, vai determinar os horarios mínimos de apertura, así como os criterios que deben rexer para o establecemento de quendas de urxencia e de vacacións das oficinas de farmacia.

En canto ó procedemento para a tramitación dos expedientes de autorización de apertura, ó que nos referiremos detidamente máis adiante, o Decreto 288/1996, do 12 de xullo, sobre competencias e procedemento para a autorización de apertura de oficinas de farmacia, xunto coas normas de desenvolvemento a que aludiremos de seguido, integran o marco normativo de referencia.

Merece, sen embargo, unha especial mención a Orde do 20 de setembro de 1996 pola que se abre o prazo para que os colexios oficiais de farmacéuticos de Galicia poidan solicitar a encomenda de xestión. A través desta orde, e unha vez que o Decreto 288/1996, do 12 de xullo lle atribuíu, definitivamente, á Consellería de Sanidade e Servizos Sociais a competencia para a tramitación e a resolución dos expedientes relativos ás oficinas de farmacia, decídise abrir unha fase de transitoriedade, na que, a través da figura da encomenda de xestión do art. 15 e da LPAC, os colexios oficiais de farmacéuticos poidan seguir participando na tramitación dos expedientes. Tal previsión resulta, cando menos, sorprendente, non só polo feito de que supón o mantemento do *statu quo* privilexiado do que ata o momento viñeron gozando os colexios profesionais na xestión deste tipo de procedementos, senón tamén, e principalmente, polo feito de que no novo procedemento arbitrado polo Decreto 288/1996, o inicio do procedemento de apertura poderá facerse por instancia dun colexio oficial de farmacéutico, polo que non parece moi adecuado, nin axustado ás normas que sobre abstención e recusación establecen os artigos 28 e 29 da LPAC, que a parte interesada que inicia un procedemento se encargue posteriormente da súa tramitación, nin aínda que o faga con carácter transitorio, tal e como ocorre neste caso.

Por último, en canto á determinación dos módulos poboacionais mínimos o Decreto 28/1997, do 13 de febreiro, que fai caso omiso das singularidades de poboamento de Galicia, vaixe

limitar a reproducir mimeticamente o que dispoñen as normas preexistentes. Así, nas zonas urbanas establécese como módulo o de 2800 habitantes, tal e como dispoñía o Real decreto-lei 11/1996, mentres que nas zonas rurais, se mantén o establecido no Real decreto 909/1978, do 14 de abril, é dicir, como regra xeral necesitaranse 4000 habitantes, salvo cando a que se pretenda instalar vaia atender un núcleo de poboación de, polo menos, 2000 habitantes. Temos que ter en conta que estas normas se dictaron cando aínda se encontraba en vigor o Real decreto-lei 11/1996 que, como xa dixemos, fixaba uns novos módulos poboacionais para zonas urbanas, e mantiña en vigor, respecto das zonas rurais, as regras establecidas polo Real Decreto 909/1978. Sen embargo, a Lei 16/1997, do 25 de abril, de regulación de servizos das oficinas de farmacia, vailles remitir, como sinalamos, ás comunidades autónomas, a determinación dos módulos poboacionais tanto para as zonas urbanas como para as rurais, polo que é de esperar que, en breve, se produza unha modificación dos criterios que establece o Decreto 28/1997, do 13 de febreiro, a prol dunha adaptación dos mesmos ás singularidades de poboamento da nosa comunidade.

Como acabamos de ver, no caso galego a normativa de desenvolvemento que se dictou ten un carácter sectorial e limitado a cuestións procedementais e de fixación de horarios. Bótase en falta un marco normativo xeral, unha lei propia de ordenación do sector farmacéutico a partir da que se poida establecer unha planificación racional e acorde coa nosa realidade xeográfica, económica e social dos recursos farmacéuticos da nosa comunidade. Con todo, parece razoable que non se dictase unha norma de tal carácter ó abeiro dunha regra de natureza provisional como é o Real decreto-lei 11/1996. Sen embargo, trala aprobación da Lei 16/1997, do 25 de abril, de regulación de servizos das oficinas de farmacia, o camiño abriuse polo que é de esperar que, en breve, o lexislador galego asuma a tarefa, non exenta de complicacións, de dictar unha lei que, dunha vez por todas, estableza unha regulación dos establecementos de oficinas de farmacias acorde cos principios constitucionais e a realidade de Galicia.

4. A normativa comunitaria europea

A Comunidade Europea, pola súa parte, tampouco permaneceu allea a este importante sector profesional. Aínda que, certamente, as posicións dos países comunitarios fundadores foron, dende o principio, moi diverxentes en todo o relativo ó

exercicio do dereito de establecemento de actividades farmacéuticas, e de aí que a proposición de directivas, neste campo, pechase sempre unha grande dificultade, non por iso se afastou a cuestión.

Entre as primeiras iniciativas figura a Directiva 85/433/CEE, do 16 de setembro, sobre recoñecemento e adopción de medidas tendentes a facilita-lo exercicio do dereito de establecemento de certas actividades farmacéuticas, que efectúa unha análise do panorama farmacéutico europeo. Alí sinálase que o novo recoñecemento de titulacións farmacéuticas terá consecuencias no exercicio do dereito de establecemento e reenvíalles o seu exame detallado así como o das limitacións existentes nalgúns estados membros á comisión e ó consello. Pola súa parte, o Informe da Comisión 11ª anual (1993) pon de manifesto problemas no sector como a falta de incorporación ós dereitos internos das directivas sobre farmacéuticos (fundamentalmente, directivas 85/432/CEE e 85/433/CEE, ambas do 16 de setembro); ou a especial quebra do principio de libre establecemento ó prohibírenlles algúns estados membros a dobre consulta a aqueles profesionais que xa están establecidos noutros estados membros ou que exercen unha actividade asalariada nel. Respecto disto, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas, a través de sucesivas sentencias como a do 28 de xullo de 1992 Comisión contra Luxemburgo (Rec. 1992, páx. 3945; as. C-351/90), 12 de xullo de 1984, Comisión contra Klopp (Rec. 1984, páx. 2971; as. C-107/83), ou a do 30 de abril de 1986, Comisión contra Francia (Rec. 1986, páx. 1475; as. C-96/85) insiste en que a dita prohibición non é compatible co tratado, xa que comporta restricións susceptibles de crear discriminacións contra profesionais establecidos noutros estados membros ou obstáculos inxustificadas polas obrigas inherentes ó exercicio destas profesións.

En calquera caso, parece lóxico pensar que todo o sistema normativo relativo á apertura de farmacias se verá, tarde ou cedo, influenciado por outra serie de factores de índole extraxurídica que propenderán cara a unha reformulación da situación. O progreso técnico e científico, o crecemento económico, as necesidades do mercado de traballo ou, en fin, a aparición doutros cambios no ámbito académico como o nacemento de novas especialidades e a readaptación dos plans de estudos son algúns dos factores que incentivarán a promoción de medidas liberalizadoras do exercicio do dereito ó establecemento e impulsarán un cambio de orientación.

**A potestade autorizatoria da Administración:
procedemento e principios aplicables****1. O cambio normativo**

Como xa se expuxo, coa actual normativa, o sistema autorizatorio de instalación de novas oficinas de farmacia experimentou unhas reformas substanciais que se plasman, basicamente, nos principios informadores que lle son de aplicación e no *iter* procedemental instaurado.

Un dos obxectivos da Lei 16/1997, do 25 de abril, é a simplificación e a ordenación dos expedientes de autorización de apertura de novas oficinas de farmacia que a partir de agora se axustarán ós principios de publicidade e de transparencia no outorgamento das autorizacións. O desenvolvemento e a execución deste obxectivo trasladóuselles ás comunidades autónomas que son as competentes para establece-lo procedemento e tramitar e resolve-los expedientes de autorización.

A Comunidade Autónoma galega, como vimos, a penas tardou un mes en articular esta competencia e fíxoo a través do Decreto 288/1996, do 12 de xullo, sobre competencias e procedemento para a autorización de apertura de oficinas de farmacia. Máis tarde complementarao e modificarao a Orde do 4 de novembro de 1996, pola que se establece o baremo para a autorización de novas oficinas de farmacia e o Decreto 28/1997, do 13 de febreiro, sobre módulos poboacionais e ampliación de prazos para a autorización de apertura de oficinas de farmacia. Na dita normativa estableceuse un procedemento bifásico na materia: por un lado, o procedemento para a autorización de instalación de novas oficinas de farmacia; e, por outro, o procedemento de adxudicación a través de concurso público das ditas oficinas ós farmacéuticos interesados.

**2. Procedemento de autorización de instalación de
novas oficinas de farmacia**

O art. 3 do Decreto 288/1996, do 12 de xullo, amplía ostensiblemente a lexitimación para inicia-lo procedemento autorizatorio. Fronte ó sistema que recollía o Real decreto 909/1978, do 14 de abril, segundo o que, só o podían iniciar os farmacéuticos interesados ou os colexios provinciais, hoxe bríndaselles esa posibilidade, ademais de ós anteditos, ó municipio

-mediante acordo do Pleno do Concello- e á Consellería de Sanidade e Servicios Sociais que poderá acordalo de oficio.

Cando o procedemento se inicie por instancia de parte, as solicitudes deberán indicar "o municipio ou núcleo claramente definido no que se pretende que teña lugar a instalación dunha nova oficina de farmacia" e acompañarase da documentación preceptiva na que, en todo caso, se incluírá un certificado do número de habitantes censados no municipio ou no núcleo proposto segundo o padrón municipal. Para estes efectos, o Decreto 28/1997, do 13 de febreiro estableceu os módulos poboacionais para zonas urbanas e rurais galegas. E fíxoo a imitación do realizado polo hoxe derogado Real decreto Lei 11/1996, do 17 de xuño, de ampliación do servizo farmacéutico á poboación, pese a que este se limitaba a establecer mínimos e máximos respecto das zonas urbanas e lles deixaba ampla liberdade ás comunidades autónomas para fixaren módulos de poboación inferiores para as zonas rurais, turísticas ou de montaña. Dispónse, polo tanto, que nas zonas urbanas, o módulo poboacional é de 2800 habitantes por oficina de farmacia ou fracción superior a 2000 e para a zona rural, o módulo é o establecido pola lexislación preconstitucional, isto é, unha por cada 4000 habitantes. Todo iso sen prexuízo das excepcións recollidas polo Real decreto 909/1978, do 14 de abril, que, tendo en conta a liña continuísta seguida, aínda non perdeu a súa virtualidade. De feito, o propio artigo 5 do Decreto 288/1996, prevé a posibilidade de fundamentala solicitude no art. 3.1.b) do citado real decreto que, como é ben coñecido, esixe unha poboación de 2000 habitantes por oficina de farmacia.

Polo demais e segundo sinala o artigo 2.4 da Lei 16/1997, a distancia mínima entre oficinas de farmacia non experimentou cambios e, mantense, con carácter xeral, en 250 metros. Non obstante, as comunidades autónomas poderán alterar este criterio e autorizar distancias menores ou maiores de acordo coas peculiaridades do seu territorio.

Unha vez presentadas as solicitudes, ábrese un prazo de dez días para cubri-lo trámite de audiencia ó administrado, e pasado este, a Secretaría Xeral da Consellería de Sanidade e Servicios Sociais resolverá no prazo máximo de catro meses, contados a partir da presentación da solicitude e demais documentación. Se non recaese resolución expresa, entenderase concedida a autorización por silencio positivo. A resolución administrativa publicarase no *Diario Oficial de Galicia* -tal e como se fixo recentemente a través da Cédula do 30 de setembro de 1997- e contra a devandita poderá interpoñerse recurso ordinario perante o con-

selleiro de Sanidade e Servicios Sociais no prazo e nos termos que sinala a Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Cabe preguntarse, por último, se estamos en presenza dunha potestade regulada ou se, pola contra, existe algún reducto de discrecionalidade administrativa na apreciación dos requisitos expostos. Xa a xurisprudencia preconstitucional cualificou a potestade da Administración para outorgar autorizacións de apertura de farmacias como unha potestade regulada. A STS do 23 de setembro de 1960 non dubidou en afirmar que, para que a petición de concesión de nova farmacia poida prosperar debían resultar acreditados os requisitos, obxectivos e subxectivos, establecidos pola lei, de indispensable observancia. Máis achegada no tempo, a Sentencia do TS do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1724) ratifica esta cuestión cando di no seu f. x. 1º que tales requisitos nunca se poden ignorar.

Sen embargo, a constatación do carácter regulado das potestades administrativas en materia de apertura de farmacias non parece ser un remedio absoluto e suficiente para culminar as expectativas do servizo público farmacéutico. De aí que a doutrina xurisprudencial afirme igualmente a necesidade de modular a aplicación dos requisitos por unha serie de principios xerais que non son senón a plasmación dos fins perseguidos por esta actividade de interese público. A última finalidade da aplicación da norma debe ser, polo tanto, garantirlle a asistencia farmacéutica a toda a poboación.

O dito lévanos dereitamente a preguntarnos cáles son os principios xurídicos que hai que aplicar e cá é o efecto que van producir sobre os elementos regulados da potestade autorizatoria da Administración. Debemos, incluso, formularnos se esa modulación que operan os principios xerais sobre o exercicio das potestades reguladas pode levar, en ocasións, a convertela nunha verdadeira actuación discrecional da Administración coa conseguinte desnaturalización da potestade.

A xurisprudencia veu cualificando a actividade de farmacia como de interese público (no mesmo sentido *vid.* a STS do 11 de xuño de 1964 -Arzdi. 3108-, a do 25 de febreiro de 1971 -Arzdi. 1124-, a do 30 de setembro de 1987 -Arzdi. 6551-, e a do 15 de febreiro de 1988 -Arzdi. 1147-, entre outras) e por esa razón un dos principios capitais que rexen esta materia é o principio *pro apertura*. De conformidade con el, debe entenderse que as limitacións establecidas na normativa "responden a esixencias adecuadas ós intereses xerais de carácter sanitario, tendentes a lograr un repartimento equilibrado dos establecementos far-

macéuticos en función das necesidades dos usuarios, para evitar así a concentración excesiva nalgunhas zonas, con claro e evidente prexuízo doutras. Búscase, en definitiva "a prestación dun servicio que resultará mellor atendido canto maior sexa o número de oficinas e máis inmediatas estean á veciñanza que poida precisa-la asistencia necesaria, por ser este interese público, o que en todo caso ten que prevalecer" (STS do 2 de febreiro de 1988 -Arzdi. 685-). Así pois, e en virtude das características desta actividade debe concluírse que "o conflito de intereses que pode xurdir entre os farmacéuticos establecidos, por un lado, e a necesidade de saúde dos cidadáns ha de resolverse inexorablemente a favor destes" (STS do 25 de xaneiro de 1988 -Arzdi. 345- e 1 de febreiro de 1988 -Arzdi. 673-). Existe, en definitiva, unha clara tendencia a flexibiliza-la apertura de oficinas de farmacia en razón dese elemento teleolóxico implícito no servicio farmacéutico. Cuestión esta á que finalmente parece avoca-la vixente lexislación estatal sobre a materia e así o corrobora a exposición de motivos da Lei 16/1997 do 25 de abril.

Ó seguir este mesmo fío deductivo, a xurisprudencia estableceu ata o presente e a través dun dilatado labor esexético -STS 19 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 303), (Apelación TSX Murcia), STS do 26 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 457) (Apelación TSX And), STS 14 febreiro 1994 (Arzdi. 1282), Apelación TSX Gal (16-2-1990), STS do 23 de febreiro de 1994 (Arzdi. 1288), do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1723)- os seguintes principios xurídicos aplicables en materia de apertura de farmacias: a) Libre exercicio ou *pro libertate*; b) *Pro apertura*; e, c) Obtención dun mellor servicio público. Ou, utilizando as propias palabras do Tribunal Supremo "libre establecemento e libre exercicio profesional, decantadas no principio *proapertura*", (STS 4 marzo de 1994, (1724). Principios, polo demais, típicos dos sistemas abertos. En realidade, a función asignada a tales principios informadores non é tanto a de substituír ou altera-lo contido da norma como a de actuar de complemento en caso de conflito. En concreto, a súa articulación prevese para: a) Completa-lo Ordenamento xurídico -STS do 26 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 457); b) Resolve-los casos dubidosos -STS do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1742)-; b) Resolve-los casos de evidente extrema dificultade da poboación para acceder ó servicio -STS do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1742)-; e, d) Levar a cabo unha xenerosa e flexible interpretación do cumprimento dos requisitos -STS do 3 de xuño de 1992 (Arzdi. 4925)-.

Pero a realidade non sempre responde ó mesmo arquetipo e non é estraño encontrarse con posturas maximizadoras. Así,

a aplicación dos principios nos dous últimos supostos citados serviu, igualmente, para que nalgunha ocasión o Tribunal Supremo *obviase o cumprimento de determinados elementos regulados* da dita potestade como por exemplo o da necesidade de acreditada-la existencia dun número regulado de habitantes. Respecto disto, o f. x. 4º da STS do 3 de xuño de 1992 (Arzdi. 4925) sinalaba que "a diferenza de 95 habitantes respecto da cifra que fixa o precepto regulamentario non pode prevalecer sobre a dificultade de acceso á farmacia máis próxima, distante varios quilómetros nunha xeografía difícil. Iso sería contrario ó criterio flexible antes citado que vén mantendo a xurisprudencia deste Tribunal Supremo, que procura con iso o mellor servizo farmacéutico". Máis evidente é aínda a STS do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1723) na que o Tribunal tras sinalar con gran rotundidade que "cómpre facer unha interpretación favorable á existencia de núcleo (e non á inversa) sempre que non se incumplan os requisitos regulamentarios", deduce, seguidamente que "esta non pode se-la razón de decidir da presente sentenza xa que, aínda detraídos os 760 habitantes de Cardonal, quedarían no núcleo 1938 persoas, cifra sensiblemente próxima ós 2000 habitantes, o que conduciría, como en casos análogos, a outorga-la farmacia de núcleo".

Todo isto lévanos a unha última conclusión: aínda cando, con carácter xeral, a potestade da Administración para autoriza-la apertura de farmacia é unha potestade regulada, *en casos excepcionais* e en función de determinadas circunstancias moi peculiares, a conta dos principios e dos fins inspiradores da normativa pode levar a adoptar resolucións máis propias do exercicio dunha potestade discrecional que dunha regulada.

3. Procedemento de adxudicación das oficinas de farmacia

Unha vez que o órgano autonómico publica as autorizacións para a instalación dunha nova oficina de farmacia, ábrese un novo procedemento, o obxectivo do cal é selecciona-lo farmacéutico adxudicatario destas. Dado que os principios de publicidade e de transparencia presiden o actual sistema e, dado, tamén, que segundo o Real decreto-lei 11/1996, as autorizacións de novas oficinas de farmacia debían de tramitarse conforme ós principios de concorrencia competitiva, mérito e capacidade, a Comunidade Autónoma galega, no exercicio das súas competencias e quizais cun certo exceso de celo na aplicación dunha norma provisional como é un real decreto-lei, optou, a través do

Decreto 288/1996, pola fórmula do concurso público para seleccionar os futuros adxudicatarios.

Para o inicio deste procedemento sinalouse un prazo de quince días, que se contan dende o seguinte ó da publicación das farmacias autorizadas, para a presentación das solicitudes, tanto por parte dos farmacéuticos que iniciaron a fase anterior do procedemento autorizador como os novos interesados que puidesen xurdir. A dita solicitude debe de ir acompañada da documentación xustificativa dos méritos que o solicitante alegue, xa que con base nestes se levará a cabo a selección dos concursantes.

A Orde do 4 de novembro de 1996, encargouse de fixar os méritos que hai que ter en conta e os baremos utilizados na súa valoración. De entre os primeiros destacan a experiencia profesional e docente, os traballos científicos de investigación, o expediente e formación académicas e o coñecemento do idioma galego. A valoración do tempo de presentación das solicitudes só se terá en conta respecto das solicitudes cursadas ó amparo do art. 3.1.b) do Real decreto 909/1978. En canto ó seu baremo, ten especial incidencia na valoración a experiencia profesional (ata un máximo de 15 puntos) e a formación académica (ata un máximo de 11,5 puntos) seguidos da experiencia docente (ata un máximo de 5 puntos) e o coñecemento do galego (ata un máximo de 4 puntos). Para temperala clara posición de vantaxe que verba destes baremos tería o farmacéutico titular e propietario dunha xa instalada, introdúcese un elemento corrector segundo o cal, a adxudicación dunha oficina de farmacia de nova apertura determina automaticamente a perda da autorización que se posúe anteriormente (art. 3.3 do Decreto 288/1996).

Efectuadas as valoracións de méritos e tralo trámite preceptivo de alegacións, a Secretaría Xeral da citada Consellería procederá a dictar resolución, que se publicará no *Diario Oficial*, no prazo de catro meses dende que remate o prazo para a presentación de solicitudes. Os concursantes optarán á nova oficina de farmacia de acordo coa orde de puntuación, e deben designar, no prazo de tres meses, o local proposto para a apertura desa. Se non o fan así, decaerán no seu dereito e adxudicaráselle ó seguinte na lista.

O artigo 3.1.b) do Real decreto 909/1978, do 14 de abril: a pervivencia da excepción

1. Sentido e contido do precepto

Como é sobradamente coñecido, o artigo 3.1.b) regula un suposto excepcional dentro do réxime limitativo consagrado polo dereito español. Nel prevese a posibilidade de que os interesados poidan acceder ó establecemento dunha oficina de farmacia *"cando a que se pretenda instalar vaia atender un núcleo de poboación de polo menos 2000 habitantes"*. Pola súa parte, o art. 3.2 establece para o dito suposto que *as distancias respecto doutras oficinas de farmacia deberán ser de polo menos 500 metros*.

É este caso excepcional, o que imos someter a un exame pormenorizado. E iso en razón non só da grande cantidade de solicitudes de apertura que historicamente se cursaron ó seu abeiro senón, principalmente, porque isto aínda segue supoñendo, malia as reformas habidas, unha "xanela aberta" á posibilidade dun exercicio máis libre da profesión farmacéutica e, polo tanto, máis acorde coas demandas sociais e profesionais do sector. En efecto, parecía que por mor das novas reformas lexislativas operadas no sistema farmacéutico español, tanto dende o Estado como dende as comunidades autónomas, o art. 3.1.b) era letra morta e sen ningunha operatividade. Nembargantes, hai que volve-la vista atrás novamente para botar man dun precepto, que tanto antes como agora, supuxo unha bafurada de aire fresco no opaco sistema autorizador, de sempre ancorado nos intereses de corpo antes ca nos dos cidadáns. O mesmo ocorre no ámbito galego. Haberá que esperar á futura lei de ordenación do sector farmacéutico para apreciar un cambio relevante da situación. Mentres, a actual regulación, con ser máis aperturista cá precedente, aínda non logrou alcanza-los topes consagrados por este precepto. É, por isto, polo que a vixente normativa galega continúa apoiándose naquel e dándolle máis forza se cabe xa que, como sinala artigo 7 da Orde do 4 de novembro de 1996, se valorarán con catro puntos as solicitudes presentadas ó abeiro do art. 3.1.b) de referencia.

Con todo, o feito de que se cualifique este procedemento de apertura como un suposto excepcional, non debe facernos esquece-lo seu marco de referencia. E este non é senón unha excepción ó réxime lóxico do exercicio das profesións e oficios. De aí que se denomine "contraexcepción" por atoparse incluído no seo dunha regulación restrictiva e limitadora do libre exer-

cicio profesional. Unha consideración, xa vertida polo Tribunal Supremo, na Sentencia do 29 de febreiro de 1964, ó sinalar que o carácter excepcional o é respecto "das demais regras que poderíamos chamar xerais, contidas na actual normativa sobre instalación de novas farmacias, aínda que todas estas normas de por si son tamén regras convencionais de natureza excepcional, pois o xeral sería que, ó igual que as demais profesións ou licenciaturas universitarias, fose a de farmacia unha de tantas profesións libres".

2. Requisitos para a autorización de instalación

De conformidade con este precepto, para que prospere con éxito calquera petición que se deduza ó seu abeiro será necesario que se cumpran e concorran dúas condicións diferentes: a) Unha de carácter *obxectivo*: que o sector elixido se encontre debidamente diferenciado do resto, isto é que constitúa un auténtico núcleo de poboación e, que o lugar elixido para a apertura da oficina diste máis de 500 metros das oficinas de farmacia xa instaladas; b) Outra de carácter *subxectivo*: que habiten naquel un mínimo de 2000 habitantes.

A lectura legal comparada destes requisitos e dos establecidos naquel artigo 5 do Decreto de 1960, permite constatar merididamente a sorprendente ausencia dun dos máis cruciais: a preservación do dereito á saúde; ou, dito noutros termos, que o núcleo de poboación quede coa instalación da nova oficina "máis satisfactoriamente atendido, pola súa proximidade ou maiores facilidades de comunicación". Realmente non se chega a comprender a causa de tal ausencia, máxime cando o dito requisito, a diferenza doutros de carácter máis conxuntural, é o que substancia o sentido último da potestade autorizatoria en materia de apertura de farmacia e, conxúgaa cos dereitos sanitarios da poboación. Xustamente por isto, o Tribunal Supremo, de forma acertada novamente, seguiu considerando necesaria a concorrencia de tal requisito. Así, na súa Sentencia do 25 de xuño de 1993 (Arzdi. 4883), f. x. 2º, indícase que ademais das outras dúas condicións, debe concorrer, para proceder á autorización, unha terceira condición de carácter finalista; isto é, que en caso de autorizarse a apertura do novo establecemento, "*aquela entidade demográfica resulte mellor atendida respecto de como o estaba en canto ó servizo farmacéutico*".

En síntese, pode dicirse que na actualidade convive, xunto ós criterios obxectivos e subxectivos indicados expresamente pola norma legal, outro de carácter finalista que pouco a pouco foi

establecendo a doutrina xurisprudencial ó longo das súas resolucións xudiciais e que, ó día de hoxe adquiriu plena carta de natureza.

2.1. Criterios obxectivos

a) Distancia de 500 m.

Tal e como sinala o artigo 3.2 do Real decreto 909/1978, para autoriza-lo establecemento dunha oficina de farmacia, "a distancia respecto doutras oficinas deberá ser de cincocentos ou máis metros, no suposto do apartado b do número anterior". Pola súa parte, a Orde do 21 de novembro de 1979, aínda vixente no que aquí atinxe, establece que "a medición das distancias se practicará polo camiño vial máis curto, e seguirase unha liña ideal de medición" (art. 9). Previsión esta que foi minuciosa e esgotadoramente desenvolvida polos artigos 9, 10 e 11 da mesma orde. De aí que as cuestións problemáticas, derivadas da observancia deste requisito, se circunscibiron a unha casuística de escasa importancia á hora de definir, con certo grao de xeneralidade, os principios e as regras que deben rexer en materia de apertura de oficinas farmacéuticas cursadas ó abeiro do art. 3.1.b). Ademais, a actual lexislación prevé, como se viu, a posibilidade de que as comunidades autónomas autorizen distancias menores entre oficinas, en función da concentración da poboación, polo que cabe que, nun futuro mediato, o dito requisito se vexa temperado en atención, xustamente, a ese espírito flexibilizador que proclama o lexislador.

Quizais o único punto no que se suscitou un debate doutrinal e xurisprudencial de carácter xeral foi o relativo á determinación das oficinas respecto das cales debe establecerse a medición. Tradicionalmente, entendeuse que a distancia sinalada debe darse entre o lugar onde se pretende situa-la nova oficina de farmacia respecto de calquera outra. Sen embargo, esta liña xurisprudencial, aínda vixente (STS do 16 de xullo de 1990), viuse contrariada por outra que estimou que, unha interpretación de tal índole "non só pugna coa interpretación literal da dita normativa [...] que referencia tódolos requisitos esixidos ás farmacias dun mesmo municipio e non das situadas en municipios limítrofes, senón que máis abertamente aínda contraría aqueles dereitos de libre elección de profesión e traballo e de liberdade de empresa que a Constitución española consagra polo que, e precisamente en tutela de tales dereitos, tan só cabe prima-lo criterio de liberdade na interpretación daquela normativa", STS do 17 de xullo de 1987 (Arzdi. 7516).

b) Existencia dun núcleo de poboación.

A determinación da concorrencia deste requisito é quizais unha das operacións máis complexas no procedemento de autorización de apertura. E iso porque nos atopamos ante un concepto xurídico dos chamados indeterminados, na concreción do cal inciden os principios xerais xa enunciados. Todo iso supón que as definicións deste requisito se atopan imbuídas dunha grande dose de vaguidade e de imprecisión e, necesitadas de concreción en cada caso específico. En termos xerais, a maioría das sentencias (así STS do 15 de decembro de 1986 (Arzdi. 8107) e do 2 de febreiro de 1988 Arzdi. 685) definen o núcleo de poboación como *"o conxunto de persoas con deficiente atención farmacéutica e que van ver mellorado o coidado da súa saúde coa instalación da nova farmacia"*.

A lectura sosegada da xurisprudencia máis recente permite sinalar que, para poder aprecia-la existencia de núcleo de poboación, han de concorrer dous factores, a simultaneidade dos cales alcanza unha virtualidade xurídica: un factor de natureza material que atende a razóns *xeográficas* do sector proposto; e, un factor de natureza legal e de carácter *finalista* segundo o maior ou menor grao de atención sanitaria.

Respecto do primeiro, hai que dicir, ante todo, que o carácter urbano ou rural do núcleo de poboación é unha cuestión intranscendente á hora de defini-la súa aptitude como tal. Como tampouco a ten que o sector poboacional proposto abarque máis dun municipio xa que, tal feito non implica, de por si, unha configuración artificial ou caprichosa do núcleo de poboación, STS do 27 de xaneiro de 1994, (Arzdi. 460), f. x. 4º.

Distinto é, sen embargo, que o asentamento dese conxunto poboacional responda a un modelo de agrupación concentrado ou disperso. En principio, nada obsta para que se acepte como núcleo de poboación un sector de poboación dispersa e sen solución de continuidade no seu asentamento. De feito, afirmou rotundamente o Tribunal Supremo que *"non hai obstáculo para admitir como núcleo (art. 3.1,b) do R.D. 909/1978) o que agrupe a poboación dispersa xeograficamente ou integrada en subnúcleos formados por aldeas, parroquias, casaríos ou pedanías"*, STS 27 xaneiro de 1994 (Arzdi. 460), f. x. 3º. Como tampouco hai problemas, para admitir como núcleo de poboación, sectores caracterizados pola aglutinación das súas edificacións, propio, polo demais, do medio urbano. En realidade o único xuridicamente relevante é a existencia dun factor de integración do conxunto poboacional, isto é, que *"a zona que se configura como núcleo posúa unha certa homoxeneidade ou individualización, e*

que non admita a configuración artificial, arbitraria ou caprichosa do núcleo", STS do 27 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 460), f. x. 3º. En definitiva, cando se trata dun núcleo de poboación, xa sexa urbano ou rural, con asentamento disperso ou concentrado, resulta imprescindible probar, á hora de afirmala súa existencia xurídica, que concorren certos *factores que lle prestan homoxeneidade* a aquel. A constatación desa certa identidade do núcleo eríxese así no criterio determinante.

Os parámetros de medición desa certa homoxeneidade ou individualidade, como sinala a xurisprudencia respecto dos núcleos de poboación dispersa, tan habituais, polo demais, no medio rural galego, son moi variados e ata podería dicirse que dunha grande laxitude de contidos. Así, as *divisións administrativas* do territorio como, por exemplo, a natureza parroquial dos lugares elixidos basta para descartar calquera configuración artificial do núcleo, tal como o demostra a STS do 27 xaneiro de 1994 (Arzdi. 460), no seu f. x. 4º: "non debe, en fin, á vista do plano unido ó expediente administrativo, afirmarse seriamente que o núcleo proposto sexa artificial ou caprichoso, por afectar a municipios distintos xa que este comprende o territorio de tres parroquias rurais limítrofes, e as parroquias constitúen entidades de asentamento e de integración tradicional da poboación galega (arts. 45 da Lei 7/1985 e 40.3 do Estatuto de autonomía de Galicia)". Nalgúns casos tamén se apela a *factores de natureza física* para afirmar esa individualización do sector poboacional proposto, como pode se-la existencia de barreiras xeográficas ou artificiais delimitadoras, (STS do 15 de febreiro de 1994 [Arzdi. 1023]) ou a cualificación do solo existente en derredor do núcleo proposto, (STS do 25 de xuño de 1993 [Arzdi. 4883]). Aspectos, o estudo dos cales se remite á última parte deste traballo.

O segundo dos factores de delimitación do núcleo de poboación atende a un criterio finalista que se traduce na mellora do coidado da saúde dos cidadáns. Nalgunhas ocasións, a forza dada pola xurisprudencia a este factor foi tal, que conseguiu desprazalos puramente xeográficos. Prescínlese absolutamente dos trazos físicos do asentamento poboacional suxerido e aténdese unicamente a *razóns teleolóxicas* típicas de calquera actividade prestacional. Dáselle así certa racionalidade ó exercicio desta concreta actividade sanitaria posto que, dende esta perspectiva, o realmente importante é que a nova instalación farmacéutica supoña un *mellor servizo para un núcleo de poboación*, (STS do 23 de marzo de 1994 [Arzdi. 1288]).

2.2. Criterio subxectivo: existencia de polo menos 2000 habitantes

Aínda cando a constatación deste segundo requisito pode parecer *a priori* unha operación sumamente sinxela, son varias as cuestións que se presentan no seu contorno e que a xurisprudencia debeu de darlles xusta solución. Unha delas é a de precisa-*las características concretas da poboación para que sexa computable* para os efectos de apertura dunha oficina de farmacia.

Ante a ausencia de criterios legais sobre esta cuestión foi novamente a doutrina do Tribunal Supremo a que, ó continuar coa súa encomiable tarefa de lle dar complitude a unha normativa parca e reticente, fixou os criterios que se deben seguir na materia. Neste sentido, o Alto Tribunal admitiu pacificamente a posibilidade de que no cómputo da poboación se poida incluír poboación diferente da de dereito –isto é, a censada no lugar ou sector proposto como núcleo de poboación– como ocorre coa *poboación de feito ou flotante*. A STS do 13 xaneiro de 1994 (Arzdi. 301), f. x. 2º establece como criterio xeral para o cal recolle unha doutrina de longa tradición, que “tampouco existe dificultade no cómputo da poboación de feito, flotante, de temporada ou de vacacións xa sexan estivais ou en calquera época do ano”.

Con todo, a consideración dunha determinada poboación como flotante, de feito ou de temporada, non basta para que sexa computable. O problema preséntase, máis que na conceptualización mesma da dita poboación, na determinación de dúas circunstancias: a) *Cáles deben se-las características concretas desa poboación* para que esa sexa computable; e, b) *Cómo se determina o seu número*. En canto ó primeiro aspecto, o Tribunal Supremo foi ata o momento bastante remiso a aceptar un criterio expansivo ou aberto. Así, agás a poboación que ten vivenda aberta no sector proposto, pouco ou nada se tiveron en conta outro tipo de poboacións, debido, sobre todo, á súa falta de *permanencia* no lugar. Iso explica que se negue a apertura de establecementos farmacéuticos en cidades universitarias, áreas industriais ou análogos, (STS do 22 de xaneiro de 1993 [Arzdi. 242]).

Un caso excepcionalísimo, sen embargo, constituírono ata o momento os *aeroportos de grande tránsito*. A Sentencia do Tribunal Supremo, do 23 de xaneiro de 1992 (Arzdi. 633) considera que ha de partirse de que por excepción se debe outorga-la apertura de oficinas de farmacia en atención ós servizos públicos sanitarios, tamén excepcionais, que se prestan nos aeroportos de grande tránsito; e, ademais porque a permanencia nun aeroporto pode chegar a ser forzosa polo que poderían presentarse emerxencias, que debe atender un servizo sanitario. Todo

isto conduciu a que ata o día de hoxe se concedesen autorizacións de apertura de oficina de farmacia en aeroportos como Madrid, Barcelona, Palma de Mallorca ou Málaga.

En canto ó segundo dos aspectos, isto é, a determinación do número de persoas para os efectos do seu cómputo, o criterio da vivenda era o xeralmente aceptado. En canto á proba, non se admitían documentos tales como o informe do alcalde sen carácter certificante, (STS do 13 xaneiro de 1994 (Arzdi. 301) (Ape-lación TSX And), o padrón de vehículos, o número de establecements públicos abertos (STS do 13 novembro 1993 (Arzdi. 618) ou os informes emitidos pola compañía subministradora de fluído eléctrico, (STS do 24 de febreiro de 1994. [Arzdi. 1290]). Só o número de vivendas existentes na zona se consideraba medio suficiente na determinación da poboación flotante ou de feito, residente no núcleo proposto. Coa vixente regulación, o tema pacificouse bastante xa que como sinala o art. 5 da Lei 16/1997, "o cómputo de habitantes efectuarase con base no padrón municipal". Pola súa parte, a Comunidade Autónoma galega ratificou este punto no Decreto 288/1996, do 12 de xullo, aínda que tal circunstancia non impide que nunha futura lexislación autonómica se establezan elementos correctores en razón das diferentes circunstancias demográficas da rexión.

Problema distinto é o relativo ó establecemento do *momento para realiza-lo cómputo*. A xurisprudencia non dubidou en afirmar, de forma clara e rotunda que só "se han de computa-los habitantes existentes no momento da solicitude de apertura, e iso esíxeno, ademais do principio de seguridade e legalidade, a propia natureza do recurso contencioso-administrativo", STS do 26 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 457). Non cabe, polo tanto, o cómputo das previsións de futuro, senón só o dos habitantes existentes no momento da solicitude. Como di a STS do 24 de febreiro de 1994, (Arzdi. 1290) "deben rexeitarse, por non computables, os futuros habitantes das urbanizacións segundo os documentos que achegan as inmobiliarias, relativos ó número de vivendas, salvo os que son precisamente persoas que ocupan as vivendas xa entregadas na data da solicitude". O mesmo se deduce da normativa autonómica galega (art. 5.2.b) do Decreto 288/1996), que esixe certificado do número de habitantes segundo o "padrón municipal vixente no momento de presenta-la solicitude". E, no suposto de que se presentasen certificacións de diferentes datas e de distintos niveis de poboación, estarase á que acredite maior número de habitantes, (Cédula do 30 de setembro de 1997 da Subdirección Xeral de Réxime Administrativo da Secretaría Xeral da Consellería de Sanidade e Servicos Sociais).

Finalmente, respecto do *dobre cómputo* da poboación, ou o que é o mesmo, a posibilidade de que persoas diferentes e en momentos diferentes propoñan como núcleos de poboación sectores xeográficos coincidentes, a xurisprudencia é diverxente, se ben se admite o dobre cómputo no suposto de que se producise un aumento de poboación notable.

2.3. *Criterio finalista: prestación dun mellor servizo*

Queda por analiza-la última das condicións que sentou a xurisprudencia e que dalgunha maneira materializa a íntima unión do exercicio da profesión farmacéutica coas actividades prestacionais sanitarias do Estado: a mellora da prestación farmacéutica. Ou, se parafraseámo-lo propio Tribunal Supremo, que, "en caso de que se autorice a apertura do novo establecemento, aquela entidade demográfica resulte mellor atendida respecto de como o estaba, en canto ó servizo farmacéutico".

Os criterios seguidos pola xurisprudencia á hora de acreditarlo cumprimento desta terceira condición e outorgar, conseguintemente, a correspondente autorización administrativa, son os mesmos cós expresados no seu día polo artigo 5 do Decreto de 1960. Dunha parte, *o criterio da proximidade*, isto é, a maior ou menor proximidade de todos e cada un dos lugares integrantes do núcleo de poboación proposto, respecto do lugar de instalación da farmacia solicitada e, respecto das farmacias xa existentes; doutra, *o criterio da accesibilidade*, expresado na evidencia dunha obxectiva dificultade de acceso da poboación ás farmacias instaladas, de maneira que coa instalación da nova farmacia se verá mellorada a comunicación dos veciños do núcleo co servizo farmacéutico.

En canto ó primeiro, foron diversas as cuestións que formulou e resolveu a xurisprudencia que convén recordar aínda que sexa de forma esquemática. En materia probatoria, recoñécese como proba suficiente para acreditar-la proximidade, a achega dun *plano detallado da zona*. O simple exame constitúe un medio suficiente para comprobar e aceptar que un determinado conxunto poboacional queda máis próximo á farmacia proposta que ás existentes, (STS 27 de xaneiro de 1994, f. x. 5º, [Arzdi. 460]). De feito, un dos documentos esixidos polo Real decreto 288/1996, do 12 de xullo, cando se trate de solicitudes fundamentadas no artigo 3.1.b) do Real decreto 909/1978, é a "delimitación espacial do núcleo sobre mapa con especificación do lugar concreto de apertura", (art. 5.2.b).

Respecto do que lle concerne á ponderación dos datos achegados e para o caso de estar ante núcleos de poboación dispersa

e asentamento desigual, a xurisprudencia estima que se debe acudir a criterios de globalidade para valora-la proximidade ou non dun determinado núcleo respecto da farmacia proposta. En consecuencia, resultará irrelevante que un determinado lugar do sector analizado quede máis lonxe da farmacia proposta ca doutras se, "en xeral", todo o núcleo ou ese sector concreto queda máis preto da nova (*idem*, f. x. 5°).

No relativo á natureza das vías de comunicación, prima o criterio cuantitativo sobre o cualitativo, e é, conseguintemente, a menor distancia o factor determinante para acredita-la proximidade. Tal como se indica na STS do 4 de marzo de 1994 (Arzdi. 1723), f. x. 3°, a existencia dunha "estrada de maior importancia e de mellor calidade" aínda que máis longa entre determinada farmacia e o núcleo de poboación non acredita a proximidade do servizo farmacéutico, dado que "o tráfico rodado en automóbil non é o único medio de comunicación posible"; e, ademais, "en calquera caso permanece como un feito indiscutible o que a distancia pola mellor estrada é maior".

Finalmente e respecto do criterio da accesibilidade, hai que ter presente que a presenza de *accidentes ou barreiras naturais ou artificiais* é o elemento determinante para aprecia-lo grao de dificultade no acceso ás farmacias xa instaladas e, polo tanto, a mellor accesibilidade á que se pretende. Non se debe esquecer, sen embargo, que a existencia destas barreiras, á vez que serve de criterio para determina-la presenza dun mellor servizo farmacéutico, se erixe como elemento diferenciador dun sector xeográfico respecto do outro no momento de determina-la existencia dun núcleo de poboación. O seu tratamento nesta parte obedece, polo tanto, a razóns de tipo sistemático.

En concreto, o factor que hai que ter en conta é que, a constatación dun accidente ou barreira xeográfica non predetermina obxectivamente a prestación dun mellor ou peor servizo, xa que o realmente importante é que os ditos accidentes constitúan efectivamente un *obstáculo* para o tránsito das persoas. A STS do 31 de xaneiro de 1994 (Arzdi. 463), f. x. 3°, que recolle unha xurisprudencia consolidada, afirma que "o relevante, para os efectos dunha configuración finalista de núcleo farmacéutico para un mellor servizo á poboación, non é a presenza de accidentes ou de elementos de diferenciación xeográficos ou doutra índole senón a medida en que eses, ó alteraren ou dificultaren unha normal circulación, impidan, poñan en perigo ou fagan dificultoso o acceso á farmacia ou farmacias máis próximas". Tamén, *ad exemplum*, STS do 20 setembro de 1991 (Arzdi. 7756), 10 febreiro de 1992 (Arzdi. 1487) e 20 xaneiro 1993 (Arzdi. 236)

ó 20 de decembro de 1993, (Arzdi. 622]). En síntese pois, a simple existencia de accidentes (liña férrea, río, barranco, estrada, etc.) non proba de por si a existencia dunha dificultade no acceso ó servizo de farmacia senón que é unicamente o factor decisivo "a súa aptitude de obstáculo para que normalmente, sen dificultade, risco nin demora, os que habiten no sector elixido poidan acceder ó lado oposto desa vía para utiliza-los servizos dunha, polo menos, das oficinas preexistentes". 