

LA ACTIVIDAD FARMACÉUTICA Y LA CONDICIÓN DE EMPRESARIO MERCANTIL (ENSAYO EN TORNO AL DERECHO ESPAÑOL)

Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ *

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. *El problema.* 2. *El farmacéutico como profesional liberal: la eventual superposición de la condición de comerciante.* II. *La evolución de la profesión de farmacéutico.* 1. *El boticario o el farmacéutico como profesional preindustrial: la actividad de composición de medicamentos como actividad específica y principal.* 2. *El nacimiento de la industria farmacéutica: la marginalidad de la actividad de composición de medicamentos por el farmacéutico individual.* 3. *El farmacéutico como vendedor: la ampliación del objeto de la venta a los productos no farmacéuticos. La oficina de farmacia y los establecimientos conexos.* III. *La calificación del farmacéutico como comerciante en otros sistemas jurídicos.* 1. *La universalidad de la calificación.* A. *El farmacéutico como comerciante en el sistema objetivo.* B. *El farmacéutico como comerciante en el sistema subjetivo.* C. *El farmacéutico como comerciante en el sistema de la empresa.* 2. *La calificación en el derecho español.* 3. *Consecuencias de la calificación.* IV. *La farmacia como una profesión, como actividad comercial y como oficina.* 1. *La farmacia como profesión.* A. *Ejercicio de la profesión y ejercicio del comercio: la libertad de empresa.* B. *La exclusiva de la venta al por menor de medicamentos.* 2. *La farmacia como actividad comercial.* A. *El titular de la farmacia.* a) *Farmacéutico individual y farmacéutico colectivo.* b) *La disociación de la condición de farmacéutico y de la condición de comerciante: El comerciante de farmacia no farmacéutico.* B. *Los auxiliares del titular de la farmacia.* 3. *La farmacia como oficina.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *El problema*

En algunos sectores de la actividad farmacéutica se encuentra muy extendida la idea del carácter estrictamente profesional de la actividad que, en cuanto titulares de una oficina abierta al público, ejercitan, negándose o, al menos, resistiéndose, a que esa actividad pueda ser calificada como mercantil; se entiende que ni los farmacéuticos son

* Catedrático de derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

comerciantes, ni las oficinas de farmacia son empresas o establecimientos comerciales.¹

Esta idea aparece en ocasiones en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1980,

aunque las ordenanzas de determinada zona de edificación unifamiliar prohíban los usos comerciales y se consigne como comercial la actividad de venta de productos farmacéuticos, las denominadas tradicionalmente oficinas de farmacia no pueden incluirse en dicha actividad, ya que, según las distintas disposiciones que las rigen, giran en el ámbito sanitario con la condición de servicio público y el carácter de libertad en su establecimiento que ha subrayado la jurisprudencia, lo que las hace diferir de los meros almacenes o locales de comercio de productos farmacéuticos, por lo que debe concederse la licencia para las obras de establecimiento de la farmacia.

El tema no ha sido tampoco extraño a las preocupaciones de los privatistas españoles, aunque ciertamente pueda apreciarse una evolución significativa en el fundamento de la exclusión: en un primer periodo, en efecto, se pretende encontrar la justificación de la exclusión del farmacéutico del ámbito del derecho mercantil en la accesoriedad de los actos de comercio por él realizados respecto de la profesión liberal. En una segunda época, la exclusión se fundamenta en razones estrictamente sociales; y se admite, además, que en casos excepcionales el titular de una oficina de farmacia puede ser considerado como sujeto mercantil:

La compraventa y reventa de específicos —escribió González de Echavarrí (*Comentarios al Código de comercio*, Valladolid, 1924, I, p. 76)—, aun cuando se lucre, cambie y medie, podrá ser acto mercantil, pero *accesorio de un estado que no es de comerciante, sino de una profesión liberal* regulada por otra legislación que no es la comercial, la cual hasta puede señalar límite a los precios, de donde el dueño del laboratorio podrá ser comerciante, y no tener tal carácter aquél que acerca al consumidor los específicos.

La exclusión del derecho mercantil de las profesiones liberales —afirmó, por su parte, Rubio—

¹ Martínez Mico, "Constitucionalidad del sistema de limitación en el establecimiento de farmacias", en *Boletín Oficial del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos*, núm. 77, 1983, pp. 34 y ss.

responde a un concepto más *social* que estrictamente jurídico. Los criterios que inspiran la sumisión al derecho mercantil del ejercicio de determinadas actividades económicas rozarían frecuentemente muchos métodos actuales de explotación de las viejas y de las nuevas profesiones. Por ello, la determinación de a cuales debe atribuirse tal carácter tiene que hacerse preferentemente con arreglo a los usos. Y, a pesar de no pequeños argumentos que pudieran invocarse en contrario, con un criterio amplio; aunque no sea más que por el carácter especial del derecho mercantil y para no favorecer la progresiva expansión de su espíritu a sectores que aún siguen permaneciendo fundamentalmente civiles. Quedarán comprendidas (dentro de las profesiones liberales) las profesiones que requieren una formación superior (...) y cuya preparación y actitud personal constituyen la esencia de su actividad y de la confianza de quienes la solicitan: escritores, abogados, ingenieros, médicos, veterinarios, *farmacéuticos* (debe mantenerse para estos últimos este criterio a pesar de ciertas peculiaridades y de su calificación como comerciantes en otros ordenamientos), arquitectos, escultores, pintores, músicos (compositores y ejecutantes) y demás profesiones análogas. Habrá, sin embargo, *casos límites* en los que la *organización* de estas actividades ofrezca otras posibilidades de calificación.²

2. *El farmacéutico como profesional liberal: la eventual superposición de la condición de comerciante*

El farmacéutico es sin duda alguna, un profesional liberal que ejerce una profesión sanitaria (*Gesundheitsberuf*). Para cualquier indagación sobre la cuestión planteada, es preciso partir de este postulado, sin que sea necesario, por tanto, someterlo a revisión. De lo que se trata es de determinar si, además de tal cualidad, el licenciado en farmacia, cuando adquiere la titularidad de una oficina de farmacia abierta al público, adquiere la condición de comerciante.

Planteada así la cuestión, su clarificación ha de contar con este presupuesto: la distinción entre profesional liberal y comerciante.³ Durante mucho tiempo, esas dos categorías han venido siendo consideradas en términos de *antitesis*: quien ejercía una profesión liberal no podía ser calificado como comerciante o empresario en el ejercicio de su profesión, y quien era comerciante no podía ejercer una profesión

² *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 553 y ss.; en el mismo sentido, Cámara, M. de la, *Estudios de derecho mercantil*, Madrid, primera parte, I, 1977, p. 38.

³ Ver, ampliamente, Rittner, *Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe*, Tubinga, 1962, pp. 24 y ss.

liberal. Esta contraposición, válida en la época de nacimiento del derecho mercantil como derecho especial, se mantiene, aunque no sin alguna discusión, hasta que en el presente siglo, los profesionales liberales adoptan los métodos de organización de los empresarios y utilizan los mismos instrumentos técnicos en el ejercicio de la profesión; lo que hasta entonces era una distinción evidente y obvia, deja de serlo, planteándose el interrogante acerca del fundamento de la distinción misma, es decir, la razón del sometimiento al derecho civil o general, en lugar de hacerlo al derecho mercantil especial. Con el fin de solucionar el problema algunos autores entienden que la profesión liberal prima sobre la mercantil.⁴ Como se advierte, la antítesis entre una y otra condición se trata de evitar a través de la técnica de la absorción. Mas la artificiosidad de esta solución resulta demasiado patente: si cualquier profesional que realice actos de comercio adquiere la condición de comerciante y empresario, no se acierta a comprender que razón existe para excluir de esta consecuencia lógica al farmacéutico; mas aún cuando, la pretendida primacía del aspecto "liberal" sobre el comercial constituye un apriorismo que la atenta contemplación de la realidad se encarga de desmentir. Se acude entonces a la *valoración social* de la naturaleza esencialmente intelectual de las obras y de los servicios realizados por los profesionales liberales;⁵ pero este criterio distintivo supone, de un lado, ignorar que, en la actualidad, la actividad del empresario moderno en el mercado de bienes y de servicios es también esencialmente intelectual, separándose su figura de los precedentes históricos de los que se deriva (en la actualidad hay mayor identidad entre un profesional liberal y un director de empresa, que entre éste y el añejo comerciante al por menor que constituye un prototipo estereotipado de la disciplina mercantil tradicional); y, de otro, oculta un privilegio de régimen jurídico, heredado de épocas pasadas, difícilmente justificable en el momento presente.⁶

Pero, aún aceptando el criterio distintivo tradicional —opuesto a la consideración de las obras y los servicios intelectuales como "bienes" o "servicios" en sentido técnico-jurídico—, no parece que pueda negarse, si se razona con una cierta lógica, que el profesional liberal, sin perder a efectos sociales su condición originaria, puede adquirir la cualidad

⁴ Vid., Rico Pérez, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Madrid, 1984, p. 61.

⁵ Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil* (trad. esp.), Barcelona, 1964, pp. 156 y ss.; Rubio, *op. y loc. ult. cit.*

⁶ Vid., Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padua, 1978, pp. 30 y ss.

de empresario en sentido técnico-jurídico. El profesional intelectual se convierte en empresario siempre que desarrolle como actividad constitutiva de empresa, una actividad distinta de la específicamente intelectual, aunque pueda ser derivada de ella.⁷ Del mismo modo que un profesional liberal puede adquirir la condición jurídica de funcionario (como, por ejemplo, el licenciado en farmacia que obtiene plaza de inspector de farmacia), puede también adquirir la condición de empresario, cuando a la actividad propia de la profesión liberal añade o superpone una de las actividades propias de la profesión empresarial. En la realidad actual, profesión liberal y profesión empresarial no son siempre y necesariamente profesiones antitéticas. Tal es el caso del licenciado en farmacia que, previos los trámites administrativos correspondientes, abre al público una oficina de farmacia.⁸ El farmacéutico no es comerciante en cuanto farmacéutico, sino en cuanto titular de un establecimiento abierto al público en el que revende medicamentos y productos análogos y complementarios.

Se trata naturalmente, de una *categoría especial* de comerciantes. Son empresarios dotados de una específica titulación académica, que cuentan con la oportuna autorización administrativa, —más seria y rigurosa que las generales licencias de apertura—, y sometidos a un sistema de control del que carecen la mayor parte de los demás empresarios. Pero la especialidad de la categoría no supone la exclusión del género. El realismo con que opera la ley mercantil hace que todo aquel que habitualmente compre para revender sea calificado como comerciante (artículo 325 del C. de c., en relación con el artículo 1º del mismo cuerpo legal), sin más excepciones que las legales (artículo 326 del C. de c.).

II. LA EVOLUCIÓN DE LA PROFESIÓN DE FARMACÉUTICO

No se puede ocultar, sin embargo, que —como ya se ha apuntado— la adquisición por determinados farmacéuticos de la condición de comerciantes es un hecho relativamente reciente. El boticario histórico no era comerciante. El hecho de que el farmacéutico actual, en cuanto titular de una oficina de farmacia, lo sea, es la consecuencia de una *mutación* esencial en el contenido de la profesión.

⁷ *Idem*, p. 29.

⁸ Ascarelli, *op. cit.*, *supra* nota 5, p. 159; Galgano, *op. ult. cit.*, pp. 34 y ss.

1. *El boticario o el farmacéutico como profesional preindustrial: la actividad de composición de medicamentos como actividad específica y principal*

La determinación de si el titular de una Oficina de farmacia es o no empresario comercial exige, en efecto, partir de la consideración de la evolución experimentada por este profesional en los últimos siglos; de lo contrario, se corre el riesgo de caer en una errónea calificación. Prescindiendo ahora de las posibles figuras autónomas que históricamente confluyen en el farmacéutico, es lo cierto que, al menos, ya desde la Edad Media, la función específica de este profesional ha sido la *composición* de medicamentos y, en general, de artículos de uso medicinal, destinados a la medicina humana o a la veterinaria; tales medicamentos se “componían”, con arreglo a una “fórmula magistral” —por lo general, secreta— propia o ajena, o según la receta ordenada por el médico. Originariamente las *boticas* eran dispensarios de los medicamentos que el propio boticario componía por encargo del enfermo o del médico. La relación jurídica que unía al boticario con el cliente era una *locatio operis*, es decir, un arrendamiento de obra, y no una *locatio operarum* o arrendamiento de servicios: el farmacéutico se obligaba a realizar, con o sin receta médica, un *opus*, como resultado de sus conocimientos y de su actividad profesionales. Las sustancias medicamentosas utilizadas por el boticario para la preparación del fármaco “no eran sino un mero instrumento de su actividad, del mismo modo que el estetoscopio es un instrumento para el médico, el mármol para el escultor y los colores, los pinceles y las telas para el pintor”.⁹ Preguntarse en tal época histórica si el farmacéutico era un comerciante carecía de sentido: “. . . la pharmacie est la soeur de la medicine et non la fille du commerce”.¹⁰ No quiere esto decir que el farmacéutico no vendiera en la botica *sustancias simples*, pero la actividad principal de este profesional no era la venta o la reventa, según los casos, de productos minerales o químicos simples o de plantas medicinales, sino la composición de medicamentos y la venta de esos productos compuestos por él.

Con el paso del tiempo, el boticario o farmacéutico no siempre será el autor de los productos compuestos que vende. En ocasiones, los adquirirá de otro farmacéutico, para revenderlos en su botica; así sucedía, por ejemplo, cuando desconocía la fórmula de la composición

⁹ Vid., Casanova, *Impresa e azienda*, Turin, 1974, pp. 79 y ss.

¹⁰ Namur, *Le Code de Commerce Belge*, I, 1884, p. 42.

o cuando existía un derecho de exclusiva sobre la invención farmacéutica, ya que la prohibición de patentar esta clase de invenciones es bastante tardía: la Ley francesa de 5 de julio de 1844 (artículo 3º) y la Ley italiana de 30 de octubre de 1859 (artículo 6º) son las primeras legislaciones que la introducen.¹¹

La *distinción entre productos simples y productos compuestos* es fundamental, porque sirve para delimitar el ámbito objetivo de la *exclusiva del farmacéutico*: a los comerciantes les estaba permitido traficar en productos simples, mientras que los productos compuestos sólo podían ser expedidos por los boticarios o farmacéuticos. En efecto, la *Nueva Recopilación*, además de fijar los “legítimos precios a que se deben vender los géneros tanto simples como compuestos en las boticas”, contiene una disposición legal (dada por el Consejo en Madrid, el 18 de septiembre de 1732) en la que se apercibe a los comerciantes de que se procederá contra ellos con todo el rigor del derecho en el caso de que trafiquen en productos compuestos:

(...) ai diferentes Comerciantes, que tratan géneros de Botica, i pudiendo hacerlo solamente en los simples, lo executan también en los compuestos (...), los quales solo pueden los Boticarios.¹²

La delimitación del ámbito objetivo de la exclusiva administrativa se realiza con mayor precisión aún, en la *Novísima Recopilación*. En ella se prohíbe:

(...) que ninguna persona, de cualquier calidad o profesión que sea, pueda elaborar ni vender medicina alguna simple ni compuesta, ni aun con el pretexto de específico o secreto; pues uno y otro es y ha de ser *privativo* a los *farmacéuticos* aprobados.¹³

Sin embargo, al igual que en el derecho anterior, se contiene una excepción, aunque más matizada, en relación con los productos simples. Desde mediados del siglo XVIII los comerciantes sólo podían vender productos simples al por mayor, pero no como detallistas. Con esta nueva restricción, se intenta potenciar la función social del boti-

¹¹ Bercovitz, A., “La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas”, en el volumen colectivo *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, Madrid, 1974, pp. 125 y ss.

¹² *Nueva Recopilación*, libro III, título XVII, auto I.

¹³ Cédula dada por Fernando VI el 26 de septiembre de 1750. *Vid.*, *Novísima Recopilación*, libro VIII, ley IX, 15.

cario en cuanto dispensador, en régimen de privilegio, de toda clase de medicamentos, simples o compuestos:

Los comerciantes "drogueros y especieros (...) podrán vender por mayor los medicamentos simples sin artificio ni preparación alguna, como su pulverización, etcétera y de ningún modo por menor de quarteron abaxo".¹⁴

La distinción entre productos simples y compuestos no sólo tiene importancia para delimitar el ámbito objetivo de la exclusiva. Sirve también para poner de manifiesto que, en relación con los productos simples, los boticarios inician un proceso de asimilación a los comerciantes. La legislación española de la época contiene indicios de una incipiente distinción entre el boticario en cuanto profesional (creador de medicamentos por composición) y el boticario en cuanto comerciante (al por menor de productos medicinales simples). Muy significativo es, en efecto, el trato fiscal según venda productos compuestos o productos simples:

Los boticarios deberán gozar en adelante la exención de cientos y alcabalas, pero solamente por lo respectivo á los compuestos que venden en sus boticas; pues por lo que mira á los simples en que traten por especie de negociacion, deben estar sujetos á la paga de estos derechos.¹⁵

2. *El nacimiento de la industria farmacéutica: la marginalidad de la actividad de composición de medicamentos por el farmacéutico individual*

El nacimiento y progresivo desarrollo de la industria farmacéutica alterará profundamente las características de la profesión. La actividad de composición de medicamentos se desplaza desde el boticario o farmacéutico a la industria. Lo que hasta entonces constituía la actividad principal del farmacéutico, se convierte en *actividad secundaria y marginal*. Como consecuencia del desarrollo de la industria farmacéutica, "la función de la oficina de farmacia ha quedado casi reducida a la venta de las especialidades farmacéuticas elaboradas por los laboratorios".¹⁶ En un proceso acelerado, aunque variable según los distintos

¹⁴ *Idem*, libro VIII, título XIII, ley IX, 13.

¹⁵ *Idem*, libro VIII, título XIII, ley V, 1.

¹⁶ González Pérez, en *Derecho farmacéutico*, Madrid, 1972, p. 353, y en *Nueva ordenación de las oficinas de farmacia*, Madrid, 1978, p. 27.

países; el farmacéutico pasa de ser un profesional artesano de la composición a ser un *profesional de la venta al por menor* de productos industriales ajenos. Mientras que algunos farmacéuticos —los menos— constituirán industrias, otros —los más— reducirán de forma progresiva y creciente la actividad de preparación de medicamentos, limitándose a vender los que adquieren a las industrias productoras. Ya no es el arrendamiento de obra, sino la compraventa, el contrato que concluye el farmacéutico con la clientela; el farmacéutico revende al público los productos comprados a los laboratorios industriales. El impacto de la industria destruye la esencia de la profesión, de la que sólo van a quedar aspectos marginales. La exigencia de titulación universitaria y de autorización administrativa para el comercio de farmacia, no obedece ya al protagonismo del farmacéutico en la preparación de los medicamentos —actividad que, como queda dicho, tiene hoy una importancia menor—, sino que se mantiene por razones de salud pública.

El farmacéutico, en efecto, no se limita a vender medicinas prefabricadas industrialmente por empresas que, por lo general, revistan la forma jurídica de sociedades anónimas y que son, en definitiva, las responsables ante el consumidor o usuario de medicamentos:¹⁷ la recepción de la prescripción o receta exige la identificación e interpretación de la misma, así como la rectificación en casos de manifiesto error por el facultativo redactor de la receta; la conservación de los medicamentos en la oficina de farmacia es garantía de control de la caducidad; la custodia y el archivo de las recetas cumple fines públicos y privados de indudable relieve; la participación en los programas de promoción de la salud, la educación sanitaria de la población y sus actuaciones en materia alimentaria y de sanidad ambiental son, en fin, aspectos de una profesión liberal. Pero el hecho de que el titular de una oficina de farmacia ejercite una profesión liberal no impide su calificación como comerciante y, por ende, como empresario, por cuanto ambas calificaciones no son incompatibles y pueden recaer simultáneamente en una misma persona.

Es más, en la actualidad el titular de una oficina de farmacia *tiene que ser necesariamente*, además de profesional libre, un *vendedor al por menor de medicamentos*, con todas las características que son propias del comerciante. La oficina de farmacia no es sino una *empresa* (o establecimiento mercantil), que, con frecuencia, tiene un fondo de comercio susceptible de valoración económica, actuando los dependien-

¹⁷ Vid., Alpa, "La responsabilità del produttore", en el volumen colectivo *La responsabilità en materia sanitaria*, Milán, 1984, pp. 41 y ss.

tes como auxiliares del empresario, conforme a las reglas de la representación mercantil.¹⁸ No se trata de una condición voluntaria: el farmacéutico no puede limitarse, aunque quisiera, a vender productos por él preparados, actividad para la que ni siquiera es libre, ya que debe ajustarse a las directrices contenidas en el "formulario nacional". La legislación aplicable *le obliga* a vender un mínimo de productos farmacéuticos industriales: los llamados "medicamentos obligatorios", correspondiendo al gobierno la codificación de las normas de calidad de estos medicamentos.¹⁹ Salvo excepciones tasadas, *es obligatoria* la distribución, con receta de facultativo. En la actualidad, el farmacéutico *vende* al público las especialidades terapéuticas fabricadas por las empresas industriales, las cuales, a su vez, por prescripción normativa, sólo pueden vender su producción al farmacéutico, sea directamente o bien, como acontece por lo general, a través de cooperativas farmacéuticas mayoristas. De este modo, a la condición de profesional libre, se añade, por la fuerza de la misma realidad, primero, y, después, por imperativo legal, la condición de comerciante. Como se ha escrito con acierto, "(...) exemple d'hermaphroditisme juridique, le pharmacien exerce une profession libérale tout en étant commerçant".²⁰

3. *El farmacéutico como vendedor: la ampliación del objeto de la venta a los productos no farmacéuticos. La oficina de farmacia y los establecimientos conexos*

El fenómeno es, sin embargo, más amplio que el descrito. Sucede que, una vez convertido fundamentalmente en un revendedor al por menor de productos farmacéuticos y de aquellos efectos y accesorios que se utilizan en la práctica médica para llevar a efecto un tratamiento terapéutico,²⁰ el titular de la oficina de farmacia ha comenzado a vender productos no farmacéuticos, aunque relacionados, directa o indirectamente, con el giro y tráfico de la farmacia (artículos de perfumería, colonias, champús, alimentos infantiles, etcétera). Se trata, naturalmente, de una *actividad secundaria* respecto de la principal que es la venta de medicamentos y de productos terapéuticos y de uso medicinal, pero que en modo alguno puede ser considerada irrelevante. En la realidad española, el farmacéutico vende *productos farmacéuticos y no farmacéuticos*: estos últimos pueden conseguirse también en otros estableci-

¹⁸ Casanova, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 80.

¹⁹ Artículo 98 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986.

²⁰ Viandier, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, Paris, 1986, p. 69.

mientos mercantiles (según los casos: droguerías, perfumerías, tiendas de alimentación, etcétera) y sobre ellos no existe privilegio alguno en favor del farmacéutico, el cual, al ampliar el giro y tráfico, ha iniciado un proceso de desnaturalización de la farmacia. Al mismo tiempo, en la oficina de farmacia se prestan en ocasiones servicios paramédicos (como, por ejemplo, la analítica o la medición de la presión sanguínea).

De otro lado, además de esta actividad secundaria, en algunos casos el farmacéutico tiene otro *establecimiento conexo* (por lo general, contiguo a la oficina de farmacia y unido a ella, aunque independiente), en el que ejercita un giro y tráfico distinto del establecimiento farmacéutico. Así sucede en los casos de la droguería o de la perfumería anexas a la oficina de farmacia, o incluso de la óptica (simplemente cuando el farmacéutico cuente con un diplomado en óptica: v. D. 1.387/1961, de 20 de junio). A diferencia del supuesto anterior, en el que en el mismo establecimiento —la oficina de farmacia— se ejercitaban dos o más actividades, una principal y otra u otras secundarias, en el ahora considerado las distintas actividades, formalmente independientes aunque materialmente relacionadas, se ejercitan en dos establecimientos diferentes y autónomos.

Pero tanto en el caso de la ampliación del objeto de la venta en la oficina de farmacia a productos no farmacéuticos, como en el de establecimientos conexos, el farmacéutico es un comerciante. También lo es, aunque la venta se realice única y exclusivamente en la oficina de farmacia y se limite a productos farmacéuticos. La comercialidad no deriva de la actividad secundaria o del establecimiento conexo —que, en el plano económico, puede ser secundario o principal—, sino de la misma actividad de reventa de productos farmacéuticos.²¹ No se puede ya argumentar que el comercio es accesorio de un estatuto profesional; ese estatuto es, simplemente, el presupuesto para el ejercicio de esta clase de comercio.

III. LA CALIFICACIÓN DEL FARMACÉUTICO COMO COMERCIANTE EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

1. *La universalidad de la calificación*

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la mutación de la profesión farmacéutica no ha sido irrelevante para el derecho. En los sistemas jurídicos dualistas, es decir, en aquellos en los que al lado

²¹ Casanova, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 80 y ss.

del Derecho Civil persiste un Derecho especial del comercio o de los comerciantes, el farmacéutico que vende al público productos fabricados por los laboratorios industriales es calificado como comerciante o, más genéricamente, como empresario. Esta calificación puede decirse que constituye una *constante* de la doctrina y la jurisprudencia en los ordenamientos europeos más significativos, con independencia de la técnica seguida para la delimitación de la materia mercantil respecto de la civil. Tanto en el sistema de los actos de comercio, como en el sistema subjetivo, como, en fin, en el sistema de la empresa, existe coincidencia en la afirmación del carácter comercial de la actividad y del sujeto que la ejercita.

A. *El farmacéutico como comerciante en el sistema objetivo*

En la tradición legislativa francesa, los farmacéuticos eran incluidos dentro de la profesión mercantil: los farmacéuticos formaban parte del *second corps des marchands*. La Ley de 21 de germinal del año XI se refiere al *comercio* de farmacia (art. 32).

La publicación del Código de comercio de 1807 no interrumpe esta tradición. En la enumeración de los actos de comercio, el Código (arts. 632 y 633) comienza por la referencia a la adquisición de bienes muebles para revenderlos, bien en la misma forma que se compraron, bien después de haberlos transformado. La compra para revender es el acto de comercio por excelencia:

La loi repete acte de commerce: ... tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre (...) (art. 632).

La jurisprudencia (Grenoble, 28 de marzo de 1859), y la doctrina mayoritaria coincidieron pronto en señalar que la adquisición de drogas y sustancias medicamentosas por el farmacéutico para revenderlas transformadas en medicamentos, constituía un acto de comercio literalmente comprendido en el Código de 1807 y que, por consiguiente, los farmacéuticos eran comerciantes a los efectos legales.²² Cuando el farmacéutico deja de componer medicamentos y se limita principalmente a revender los fabricados por los laboratorios farmacéuticos industriales, esta conclusión se generaliza y afianza en la casación.²³

²² Ver, entre otros, Lyon, Caen y Renault, *Traité de droit commercial*, París, I, 1889, pp. 103 y ss., nota 1.

²³ *Vid.*, voz "Actes de commerce", en *Encyclopédie Dalloz*, vol. I, núms. 126

La misma solución de la jurisprudencia y de la doctrina francesas es la consolidada en los demás ordenamientos jurídicos en los que la delimitación de la materia mercantil respecto de la civil gira en torno al concepto de acto de comercio. Tal fue, en efecto, la de la doctrina y la jurisprudencia italiana bajo la vigencia del derogado código de comercio de 1882.²⁴

Constituye, no obstante, una importante *excepción el derecho belga*. Las primitivas posiciones contrarias a considerar al farmacéutico como comerciante²⁵ pronto evolucionaron:

El farmacéutico —se ha escrito autorizadamente en aquella doctrina— realiza un acto de comercio cuando adquiere productos medicinales; los compra para revenderlos, sea *in natura*, sea después de haberlos preparado o dispuesto siguiendo las prescripciones médicas. El uso, que se extiende cada vez más entre los médicos, de prescribir “especialidades” a los pacientes, es decir, productos farmacéuticos preparados por ciertas firmas industriales, limita cada vez más la actividad científica del farmacéutico, el cual tiende a reducirse al estado de intermediario, cuyo principal beneficio reside en la diferencia entre el precio de compra de las especialidades y el precio de venta a la clientela. De ahí resulta que el farmacéutico tiene que ser considerado por lo general como comerciante”.²⁶

Es lo cierto, sin embargo, que con el fin de evitar esta calificación, los farmacéuticos belgas consiguieron que la Ley de 18 de julio de 1973 añadiera al Código de comercio un artículo 2 *bis* en el que se contiene una exclusión expresa del ámbito del derecho mercantil. En atención a esa norma se entiende que los farmacéuticos, en tanto vendan a particulares productos relacionados con su profesión, no son comerciantes; por el contrario, si venden otros productos merecen tal calificación, salvo que constituya una actividad accesoria de la profesión farmacéutica. Esta Ley, que en la práctica plantea alguna incertidumbre y

a 128, y, entre los autores, a Roblot, en Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10a, ed., Paris, I, 1980, pp. 99 y 119, con amplias indicaciones bibliográficas; Viandier, *op. y loc. ult. cit.*

²⁴ Ver, entre otros, Bolaffio y Vivante, *Il Codice di commercio commentato*, Turín, I, 1922, p. 182, nota 1; Romano y Pavoni, “Il farmacista è anche imprenditore commerciale”, en *Rivista di diritto commerciale*, 1952, II, p. 221, con indicaciones de jurisprudencia.

²⁵ Así, por ejemplo, Namur, *op. cit.*, supra nota 10.

²⁶ Frederico, L., *Traité de droit commercial belge*, I, Gante, 1946, pp. 70 y ss., con indicaciones jurisprudenciales.

que presenta inconvenientes para los propios farmacéuticos²⁷ tiene interés porque confirma, en definitiva, la esencial comercialidad actual de estos profesionales. En la medida en que realizan continuada y habitualmente actos de comercio, los farmacéuticos son comerciantes. La exclusión del ámbito del derecho mercantil, cualquiera que sea el fundamento, ha tenido que realizarse expresamente por ley. En otro caso, es decir, si el ordenamiento positivo no los excluye expresamente del ámbito del derecho especial, ha de entenderse que están sometidos a él.

B. *El farmacéutico como comerciante en el sistema subjetivo*

A la misma conclusión se llega en los sistemas en los que el centro del derecho mercantil se sitúa en el comerciante y no en el acto de comercio. El ejemplo más significativo es el del derecho alemán (§ 1 HGB de 1897).

En el ordenamiento jurídico alemán el *Tribunal Constitucional* ha declarado que el titular de una oficina de farmacia ejerce una empresa²⁸ y, por ende, que debe ser calificado como comerciante en el sentido del Código de comercio ("Musskaufmann"); y ésta es la opinión de la doctrina.²⁹

C. *El farmacéutico como comerciante en el sistema de la empresa*

En el derecho italiano, la comercialidad de la actividad del titular de una oficina de farmacia, afirmada —como ya se ha señalado— bajo la vigencia del Código de comercio de 1882, se mantiene igualmente tras la unificación del derecho privado. El farmacéutico que vende al público productos adquiridos de la industria, encaja perfectamente en la definición del Código civil de 1942:

Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o el intercambio de bienes y servicios. (art. 2082).

²⁷ *Vid.*, Van Ryn y Heenen, *Principes de droit commercial*, Bruselas, I, 1976, pp. 364 y ss.

²⁸ "Betreibt ein Unternehmen"; *BVerfGE*, 7, 377, 399.

²⁹ *Vid.*, entre otros muchos, a Rittner, *op. cit.*, *supra* nota 3, pp. 28 y ss.; Brüggemann, en *Grosskomm. H. G. B.*, 4a. ed., Berlin, I, 1967, p. 113; Gierke, J. von y Sandrock, *Handels-und Wirtschaftsrecht*, 9ª ed., Berlin I, 1975, pp. 183 y 408; Schmidt, *Handelsrecht*, Colonia, 1980, p. 227; Baumbach, Duden y Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 24ª ed., Munich, 1987, pp. 32 y 38.

La actividad de intercambio de bienes o servicios es precisamente el comercio. El comerciante es una clase de empresario, la que primero se individualiza en el curso de la historia y aquella que constituye el modelo que sirve de base a la construcción del concepto. En este sentido, el titular de una farmacia se presenta como un empresario: el texto único de las leyes sanitarias italianas, considera objeto prevalente de la actividad del farmacéutico la venta de medicamentos "puestos en comercio ya preparados y confeccionados según la fórmula establecida por el fabricante" (art. 122), mientras que contempla con desfavor la preparación de medicamentos por el propio farmacéutico (art. 161).

La jurisprudencia afirma que

el ejercicio de una farmacia atribuye la cualidad de empresario comercial a su titular siempre que éste no se limite al desarrollo de la actividad sanitaria, sino que revenda al público las especialidades farmacéuticas ya preparadas por las empresas fabricantes u otros productos adquiridos para la reventa (S. Trib. Nápoles de 21 de mayo de 1966).

Precisamente por esta ajenidad del farmacéutico al producto que vende, no responde de la bondad y de la eficiencia del medicamento, ni de los defectos de fabricación. La función del farmacéutico respecto de los medicamentos de producción ajena, se limita al control de la fórmula y de la vigencia del producto.³⁰

Por su parte, la doctrina se muestra pacífica en ese reconocimiento de la condición de empresario comercial: el farmacéutico es un empresario; la farmacia es una empresa ("azienda"); el contrato entre el farmacéutico y el cliente, una venta que no sitúa al farmacéutico en posición jurídica distinta a la de cualquier otro comerciante. Se trata de una actividad de intermediación en la circulación de los bienes, respecto de la cual la profesión liberal constituye un "elemento" en el sentido del artículo 2.238 del Código civil.³¹

³⁰ S. Cass. de 28 de julio de 1956, en *Giustizia civile*, 1956, I, 1.

³¹ Ascarelli, *op. cit.*, *supra* nota 5; Santi Romano, *Rivista di diritto commerciale*, 1952, II, pp. 220 y ss.; Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milán, 1962, pp. 162 y ss.; Porzio, *Il farmacista imprenditore*, *Dir. e giur.*, 1967, pp. 373 y ss.; Landi, voz "Farmacia", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, vol. XVI, 1967, pp. 836 y ss., en particular pp. 844 y ss.; Casanova, *op. cit.*, *supra* nota 9; Galgano, *op. cit.*, *supra* nota 6.

2. La calificación en el derecho español

Aunque con diferencias importantes respecto del francés, el Código de comercio español de 1885 distingue entre actos civiles y actos de comercio. Estos últimos, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no son enumerados por el propio Código. El criterio de la *inclusión* en la legislación mercantil, unido al criterio de la *analogía* cumplen en nuestro Código de comercio, como es sabido, la función de delimitación de la materia especial (v. art. 2º del C. de c.).

Entre los actos de comercio figura la compraventa mercantil:

Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, bien en otra forma diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa. (art. 325 C. de c.).

No interesa ahora analizar los problemas de interpretación que plantea este artículo.³² A los efectos aquí perseguidos será suficiente con poner de relieve que el titular de la farmacia compra con el doble ánimo de revender y de lucrarse en la reventa. Poco importa que el lucro esté limitado como consecuencia de la intervención administrativa en la fijación de los precios. Esa limitación, que también existe en otros sectores comerciales, no excluye el lucro. El artículo 325 del Código mercantil está dominado por la idea de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa comprada. La intención es esencial, siendo irrelevante la profesión del que compra. El Código entroniza el criterio de la "compra de especulación" frente al criterio de la "compra profesional".³³ Las compras efectuadas por el farmacéutico al laboratorio productor de los medicamentos no son mercantiles porque las realice un comerciante. La mercantilidad les viene dada porque quien adquiere lo hace con ánimo de revender, y de revender con lucro; y precisamente la habitualidad en la conclusión de tales compraventas convierte en comerciante a ese comprador revendedor. El farmacéutico no es comerciante porque venda al público, sino —como

Esta calificación es la que comparte hoy —como no podría ser de otro modo— la mejor doctrina, tanto la administrativista, como la del derecho privado:

³² Vid., Paz y Ares, "Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa", en *Anuario de Derecho Civil*, XXXVI, 1983, pp. 943 y ss.; *id.*; "La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial", en *Revista de Derecho Mercantil*, 1985, pp. 245 y ss.

³³ Garrigues, Tratado de derecho mercantil, Madrid, III. 1, 1964, pp. 235 y ss.

(...) el ejercicio de la farmacia (...) con establecimiento abierto al público supone asimismo la indiscutible gestión de una *empresa comercial*. Es decir, el *carácter comercial de la profesión farmacéutica nos parece indudable*; carácter que, por otra parte, no hay por qué contraponer, buscando una solución exclusivista, al anterior (el de libre profesional), sino que con el mismo coexiste y con él se funde.³⁴

Por su parte Lacruz Berdejo escribe:

Este comercio se caracteriza, de una parte porque no puede ser ejercido más que por los licenciados en la Facultad correspondiente, y, de otra, por la limitación de establecimientos en cada centro de población, lo que confiere a los existentes y autorizados un valor peculiar. Desde luego, el *numerus clausus* es una simple medida de policía que podría ser suprimida sin que se mudase la naturaleza del establecimientos farmacéutico, al no estar el titular investido de ningún poder estatal o de la condición de funcionario. *El farmacéutico*, con independencia de su capacidad científica, *es en todo caso un comerciante* cuya clientela es captada muchas veces por elementos ajenos a la calidad profesional: la situación del establecimiento, sobre todo, y hasta su decoración y atractivos.³⁵

De modo semejante, la calificación de la oficina de farmacia como empresa o establecimiento comercial y de la actividad del farmacéutico como actividad comercial, es doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo:

(...) las farmacias —declara la S. T. S. de la Sala 1ª de 26 de febrero de 1979— son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, *una actividad comercial*, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de comercio en cuanto que va *incluida en el concepto de actos de comercio* que define el artículo 325 del mismo, sin

³⁴ Martín, S. y Retortillo, "Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias", en *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1957, pp. 117 y ss., en particular, ampliamente, pp. 125 y ss.

³⁵ Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de derecho civil*, Barcelona, IV, "Derecho de familia", 1, 1982, pp. 418 y ss.

que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de la actividad comercial a personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder el carácter mercantil a la función que las mismas ejercen. . .³⁶

3. Consecuencias de la calificación

La calificación del farmacéutico como comerciante tiene como consecuencia la aplicación a este profesional del denominado *status* del comerciante o empresario mercantil, cuyos principales elementos son los siguientes: a) La obligación de llevanza de la contabilidad en la forma prescrita por el Código de comercio (artículo 33 y ss.), b) La existencia de un régimen de publicidad legal basado en la inscripción en el Registro Mercantil, que, si bien se considera como meramente potestativa para el farmacéutico en cuanto comerciante individual (v. artículo 17 C. de c.), es extraordinariamente útil para este profesional en cuanto que le permite ampararse en los efectos jurídicos de esa publicidad registral frente a los terceros que pretendan ignorar o desconocer las consecuencias de ciertos actos publicados. c) La aplicación en sus relaciones con los proveedores, de las normas especiales sobre obligaciones y contratos mercantiles (artículos 50 y 25 y ss. del C. de c.). Mientras que la reventa al público se enmarca dentro de los actos civiles (ocupándose el Código civil de fijar el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago del precio de las medicinas vendidas (v. artículo 1967-2º C. c.), la compra de tales medicamentos por el farmacéutico al laboratorio fabricante tiene indudable carácter mercantil. d) El sometimiento a la quiebra, en caso de insolvencia (artículos 874 y ss. del C. de c.), y a la suspensión de pagos, en caso de iliquidez (Ley de 26 de julio de 1922), en lugar de los procedimientos de ejecución colectiva previstos para el deudor civil: el concurso de acreedores y el beneficio de quita y espera. El farmacéutico quiebra.³⁷ Señalemos, no obstante que, mientras que la quiebra es un procedimiento más severo para el deudor que el correlativo concurso de acreedores, la suspensión de pagos constituye un expediente de jurisdicción voluntaria, extraordinariamente útil y eficaz para el comerciante, el

³⁶ R. D. P., LXIV, 1980, pp. 560 y ss.

³⁷ *Vid.*, Bione, M., "Legge fallimentare", en Bricola, Galgano, Santini, *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento*, Bologna-Roma, 1974, pp. 156 y ss., nota 16.

cual puede acogerse a este beneficio aunque no se encuentre realmente en situación de iliquidez, sino de auténtica y definitiva insolvencia.³⁸

El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la capacidad del farmacéutico para quebrar. Se ha limitado a calificar como comerciantes a

“los que se dedican a la compra de primeras materias con el objeto de transformarlas en productos químicos o específicos medicinales y la venta de estos mismos a los farmacéuticos para obtener lucro (...), *actos que merecen la calificación de contratos mercantiles, que son independientes de los actos profesionales del farmacéutico, limitados a la confección y suministro de medicamentos dispuestos por los médicos.*”³⁹

Sería equivocado deducir del *obiter* transcrito el carácter no mercantil de la actividad del farmacéutico. El Tribunal Supremo, en efecto, se limita a afirmar la mercantilidad de la actividad de producción industrial de medicamentos y a excluirla, con acierto, de la actividad de composición que pueda llevar a cabo el profesional farmacéutico. Prestando atención a una realidad social y económica distinta de la actual, el Tribunal califica como actos profesionales, no las reventas efectuadas por el farmacéutico de los medicamentos adquiridos del laboratorio industrial, sino la expedición realizada por este profesional de las composiciones y específicos que hubiera preparado. Y, así entendida, la afirmación es plenamente correcta. Por esta razón, una vez modificado el contenido de la profesión, el propio Tribunal Supremo calificó de comercial la actividad del farmacéutico, consistente en la reventa de los productos fabricados por el laboratorio.⁴⁰

IV. LA FARMACIA COMO UNA PROFESIÓN, COMO ACTIVIDAD COMERCIAL Y COMO OFICINA

Al analizar el concepto de farmacia es habitual distinguir la farmacia como ejercicio de una *profesión*, la farmacia como *actividad empresarial*, y, en fin, la farmacia como *establecimiento mercantil*.⁴¹

³⁸ *Vid.*, Rojo, A., “Crisis de la empresa y procedimientos concursales”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIV, 1981, pp. 251 y ss.

³⁹ S. T. S. de la Sala 1a. de 21 de abril de 1911. *Vid.*, Polo Díez, *Leyes mercantiles y económicas*, Madrid, 1956, I, p. 147.

⁴⁰ S. T. S., Sala 1a., de 26 de febrero de 1979.

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, Landi, *op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 844 y ss.

1. *La farmacia como profesión*

A. *Ejercicio de la profesión y ejercicio del comercio: la libertad de empresa*

El farmacéutico, como se ha señalado repetidamente, es un profesional liberal. Para el ejercicio de la profesión de farmacéutico se requiere el título de licenciado en farmacia. Las formas de ejercicio de la profesión son múltiples y variadas. Hay farmacéuticos funcionarios, existen farmacéuticos trabajadores y hay, en fin, farmacéuticos comerciantes. En este último caso, a la profesión liberal se le superpone o añade la condición de comerciante, sin que prime una sobre otra, o se limite al ámbito propio de cada una de ellas.⁴²

Dentro del amplio campo de las profesiones, la de farmacia constituye una *profesión sanitaria*. Cualquier persona que reúna las condiciones administrativas exigidas —la titulación académica correspondiente— puede ejercitar la profesión de farmacéutico:

Se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 de la Constitución (artículo 88 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986).

Pero cualquier licenciado en farmacia no puede ser titular de una oficina de farmacia. Se requiere la autorización administrativa. Mientras que el requisito de la titulación es presupuesto para la adquisición de la condición de farmacéutico, el requisito de la autorización es presupuesto para la adquisición de la titularidad de una oficina de farmacia (v. artículos 3 y ss. del Decreto de 14 de abril de 1978). Con este requisito, el farmacéutico está en condiciones de adquirir la cualidad de sujeto mercantil. El derecho al ejercicio del comercio de farmacia no es sino una manifestación del derecho al ejercicio de la actividad empresarial, que, en cuanto tal, se encuentra constitucional y legalmente reconocido:

Se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución (artículo 89 de la citada Ley de 25 de abril de 1986).

⁴² Martín y Retortillo, *op. cit.*, *supra* nota 34.

Se trata, naturalmente, de una profesión y de una empresa sometidas a un régimen administrativo cuya justificación hay que buscar en el carácter de *servicio público de la sanidad*. Ahora bien, el hecho de que, por directo imperativo de la Constitución española (artículo 43.2), la sanidad sea un servicio público⁴³ significa solamente que, a partir de ahora el Estado dispone de un título jurídico para intervenir reglamentando y controlando las actividades sanitarias,⁴⁴ pero sólo ésto. Tanto la tutela constitucional de la libertad profesional, como la de la libertad de empresa, convertirían en inconstitucional una ley que monopolizara para los poderes públicos, la producción y comercialización de productos farmacéuticos.⁴⁵ Y, de otro lado, la tutela constitucional de estas libertades obliga a interpretar restrictivamente las limitaciones establecidas para el ejercicio de la profesión y de la empresa.

Este *doble derecho tutelado* ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional. Muy significativo es, en efecto, que el Tribunal Constitucional, al ocuparse del tema de las limitaciones administrativas para la apertura de una oficina de farmacia,⁴⁶ haya utilizado conjuntamente el artículo 35.1, relativo al derecho a la libre elección de la profesión, y el artículo 38, que se refiere a la libertad de empresa.

La sentencia se ocupa de un tema particularmente polémico,⁴⁷ como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, por posible inconstitucionalidad de la Base XVI, párrafo 9º, de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, por cuya virtud se limitaba en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia. La Sentencia del Tribunal Constitucional declara conforme a la Constitución de 1978 la limitación del establecimiento de oficinas de farmacia, si bien considera que el régimen jurídico de esa limitación debe realizarse por Ley, siendo contraria a la Constitución la habilitación al Gobierno para establecer libremente por vía reglamentaria ese régimen jurídico. Sin embargo, tanto en las alegaciones ante el Tribunal, como en la Sentencia de éste, se debaten otras cuestiones, entre las que, por lo que ahora interesa, destaca la

⁴³ Vid., Garrido Falla, "Introducción general" al volumen colectivo *El modelo económico en la Constitución*, Madrid, I, 1981, pp. 69 y ss.

⁴⁴ Vid., Fernández Pastrana, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, 1984, pp. 30 y ss.

⁴⁵ *Idem*, p. 44.

⁴⁶ S. T. C., Pleno, de 24 de julio de 1984; ponente Rubio Llorente.

⁴⁷ González Pérez, "La constitucionalidad de la legislación sobre el establecimiento de farmacias", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, octubre-diciembre de 1983, pp. 595 y ss.

de si esa limitación atenta contra los principios de libertad de elección de profesión y de libertad de empresa.

En las alegaciones del Letrado del Estado y del Fiscal General del Estado sobre la cuestión de inconstitucionalidad, se plantea el tema relativo a si el derecho actuado en el proceso, consistente en la instalación de una farmacia, se debe tipificar en el ámbito del derecho al ejercicio de una profesión (artículo 35.1) o en el de la libertad de empresa (artículo 38). El Pleno del Tribunal Constitucional no opta ni por el artículo 35.1, ni por el artículo 38, sino que combina ambas referencias:

(...) el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el artículo 38 se reconoce el *derecho a acometer cualquier empresa*, sino sólo el de *iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o *actividades empresariales* en concreto, no es por tanto una regulación de los derechos constitucionales garantizados en los artículos 35.1 o 38.

Aunque no hay pronunciamiento expreso sobre el carácter empresarial de la actividad —tema que era el específicamente planteado—, la combinación de las dos normas constitucionales relativas a la profesión y a la empresa tiene el acierto de destacar los dos aspectos que van indisolublemente unidos en la apertura de una oficina de farmacia.

También el Tribunal Supremo ha comenzado a considerar que el régimen jurídico de la apertura de oficinas de farmacia constituye una limitación legal del principio de libre ejercicio profesional y simultáneamente del principio de libertad de empresa (v. por ejemplo, entre otras las sentencias de la Sala 4ª de 16 de mayo de 1984, y de 16 de noviembre de 1986). No faltan, incluso, sentencias recientes en las que se considera únicamente el artículo 38 de la Constitución:

La normativa que regula la apertura de nuevas farmacias —afirma la sentencia de 31 de mayo de 1986— constituye una *excepción al principio de libertad de empresa* (artículo 38 CE) que viene amparado por la exigencia del servicio público que aquéllas prestan, en orden a evitar que la proliferación injustificada de aquellas merme el interés económico del farmacéutico, lo que ampara una interpretación restrictiva a lo que ya viene regulado como excepción al principio de libertad de empresa.

B. *La exclusiva de la venta al por menor de medicamentos*

El hecho de que la profesión de farmacéutico exija el correspondiente título académico, no significa un privilegio para los licenciados en farmacia. No es contrario al principio de igualdad ante la ley el hecho de subordinar el ejercicio de la profesión de farmacéutico a la posesión de un determinado título académico,⁴⁸ como tampoco lo es, ni atenta contra las normas de la Comunidad Económica Europea, que la compraventa al público de medicamentos tenga que realizarse necesariamente, salvo casos determinados, en las oficinas de farmacia.

Esta exclusiva es tradicional en el derecho español. Prescindiendo de otros antecedentes —algunos de los cuales ya han sido señalados—, el Real Decreto de 6 de marzo de 1919 la reconocía de forma terminante:

La venta al por menor de las especialidades farmacéuticas, mediante prescripción facultativa corresponde exclusivamente a los farmacéuticos en sus oficinas. Las especialidades cuyo despacho al público no requiera la presentación de receta médica, podrán ser expedidas indistintamente, en las farmacias, droguerías y centros de especialidades (artículo 13 del Reglamento para la elaboración y venta de especialidades farmacéuticas, aprobado por R. D. de 6 de marzo de 1919, Gaceta del 13 de marzo).

En el derecho vigente, los farmacéuticos, aunque no con carácter absoluto, conservan la *exclusiva de la dispensación de medicamentos*. La custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponden en exclusiva, en efecto, a las oficinas de farmacia legalmente autorizadas y a los servicios de farmacia de los hospitales y centros de salud (artículo 103 de la Ley de 25 de abril de 1986). Pero han perdido el privilegio de la elaboración. En ese terreno la industria ha terminado por imponerse al profesional. Se comprende así que mientras en cuanto elaborador de medicamentos, la normativa aplicable al farmacéutico sólo le presta la marginal atención que la propia excepcionalidad de la actividad representa, la industria farmacéutica es objeto de una cada vez más precisa reglamentación nacional y comunitaria.⁴⁹

⁴⁸ S. T. C. Pleno, de 24 de julio de 1984.

⁴⁹ Sobre esta última, ver la referencia de Baylos, "Algunos aspectos de la normativa comunitaria europea, relevantes para la industria farmacéutica española", en la obra colectiva *Problemática de la industria farmacéutica española ante el mercado común europeo*, Madrid, Instituto de España/Real Academia de Farmacia, 1982, pp. 16 y ss.

Ahora bien, como ha recordado el Tribunal Constitucional, no hay nada en la normativa de la Comunidad Económica Europea que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco hay nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas; pero el legislador nacional puede considerar necesaria esa prohibición y aquella limitación de la apertura de estos establecimientos "para servir otras finalidades que estime deseables".⁵⁰ En todo caso, la existencia de esta exclusiva en nada afecta al carácter comercial de la actividad. El derecho español conoce también otros supuestos análogos en relación con otros productos (v. gr. determinadas sustancias peligrosas) que sólo pueden ser vendidos al público en determinados establecimientos o en establecimientos que cuenten con técnico titulado o diplomado (v. gr.: negocios de óptica), sin que esta circunstancia repercuta negativamente sobre la condición mercantil del titular del establecimiento.

2. *La farmacia como actividad comercial*

La atribución al farmacéutico titular de una oficina de farmacia de la condición de empresario y, específicamente, de comerciante, se confirma cuando se atiende a las características del ejercicio del comercio de farmacia conforme a la normativa legal y a la realidad del tráfico.

A. *El titular de la farmacia*

a) *Farmacéutico individual y farmacéutico colectivo*

Si comerciante es la persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita o desarrolla en nombre propio una actividad comercial, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad,⁵¹ no cabe duda de que el titular de una farmacia es un comerciante.

En el derecho español este comercio debe ser llevado por una *persona física* que sea licenciado en farmacia. No se admite que una sociedad mercantil sea quien ostente la titularidad de la oficina. Esta limitación, sin embargo, no es esencial a este género de comercio. En rigor, no habría inconveniente alguno en admitir sociedades farmacéu-

⁵⁰ S. T. C., Pleno, de 24 de junio de 1984.

⁵¹ Uria, *Derecho mercantil*, 14a. ed., Madrid, 1987, pp. 35 y ss.

ticas en el comercio al por menor, del mismo modo que ya han sido admitidas las sociedades farmacéuticas en la industria. Sería suficiente con exigir que estas sociedades contaran con farmacéutico titulado como trabajador o como profesional contratado, como sucede en el tráfico en relación con otras actividades. En otros ordenamientos se admite sin reparo que el comercio farmacéutico puede ejercitarse por sociedades mercantiles.⁵²

En el derecho español vigente existe, no obstante, un supuesto de ejercicio colectivo del comercio de farmacia. Este ejercicio puede llevarse a cabo por un solo sujeto —hipótesis normal— o por varios. Las disposiciones administrativas hablan en tal caso de copropiedad. En efecto, en el derecho español, los farmacéuticos asociados tienen que ser *copropietarios* del establecimiento comercial, aunque puedan no serlo del local sobre el que dicho establecimiento se asienta. Ha de advertirse, no obstante, que una cosa es la propiedad de la oficina o de la empresa y otra el modo de ejercicio; desde esta perspectiva, no parece dudoso que en los supuestos de cotitularidad de la oficina de farmacia estamos en presencia de una sociedad irregular entre los copropietarios o, al menos, según los casos, una sociedad interna: en esos supuestos la empresa de farmacia se ejercita en sociedad. Se entiende así que, fallecido uno de los socios, no será preciso el cierre de la farmacia ni el nombramiento de un regente, y los herederos del copropietario-consocios pueden nombrar un farmacéutico que transitoriamente les represente (artículo 18 de la orden de 21 de noviembre de 1979).

b) *La disociación de la condición de farmacéutico y de la condición de comerciante: El comerciante de farmacia no farmacéutico*

Hasta ahora hemos venido utilizando indistintamente los términos de farmacéutico y de titular de la oficina de farmacia. Ya hemos tenido ocasión de señalar, también, que la condición de comerciante sólo reside en aquel farmacéutico que, además de esta titulación académica y de la oportuna autorización administrativa, tenga abierta al público una oficina de farmacia (o, simplemente, anuncie su apertura, v. artículo 3º del C. de c.). Hemos de añadir ahora que el farmacéutico

⁵² Así, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, ver Schiedermaier, "Handelsrechtliche Besonderheiten der Gesellschaftsapotheken", en *Ius et commercium. Festschrift für F. Laufke*, Wurzburg, 1971, pp. 253 y ss.; también en Bélgica, ver Van Ryn y Heenen, *op. cit.*, *supra* nota 27.

titular de una oficina de farmacia no es, sin embargo, la única hipótesis posible de esta clase de comerciante. La coincidencia entre el título académico y la calificación mercantil constituye la *regla general*. Pero al lado de esa regla, existen algunos casos configurados como *excepciones* en los que el titular de la oficina de farmacia y, por ende, el comerciante, no es un farmacéutico, sino una persona que carece de título académico. El ejercicio del comercio de farmacia por no farmacéutico es un supuesto que se admite en el derecho español para facilitar la continuidad familiar de la farmacia. Esta solución excepcional y transitoria constituye una manifestación del genérico principio de conservación de la empresa, si bien entendido desde un prisma subjetivo y familiar. Los delicados problemas que plantea la sucesión en este tipo de empresas comerciales justifican las excepciones.⁵³

El principio general es claro:

La cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico y siempre que haya permanecido abierta al público, al menos, seis años (artículo 5.1 del Decreto de 14 de abril de 1978).

El derecho español conoce, no obstante, la disociación entre la condición de empresario como titular de la oficina de farmacia y la condición de farmacéutico. Dos son los casos en los que se produce esa disociación.⁵⁴

a) El primero de ellos se da en el denominado *Farmacéutico Regente*. En caso de fallecimiento del farmacéutico propietario, los herederos pueden proponer al Colegio correspondiente, dentro del plazo improrrogable de un mes, el nombramiento de un *Farmacéutico Regente*, que deberá reunir la titulación adecuada, con el que se formalizará el correspondiente contrato. Aceptado el nombramiento por el Colegio, la farmacia puede continuar abierta y prestando servicios al público durante el plazo máximo de dieciocho meses, contados a partir del fallecimiento del titular, al término del cual se procederá a su cierre (artículo 17 Orden de 21 de noviembre de 1979). En tales supuestos, el Regente será el director técnico de la oficina y desde el

⁵³ Vid., Selvaggi, "Impresa e azienda farmaceutica nei rapporti sucesori", en *Rivista di diritto commerciale*, I, 1959, pp. 179 y ss.

⁵⁴ Vid., González Pérez, *Nueva ordenación...*, cit., supra nota 16, pp. 167 y ss., y 241 y ss.; Rams Albesa, "La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1981, pp. 361 y ss.

punto de vista mercantil, por lo general, un factor de comercio; la condición de empresario recaerá sobre el heredero o herederos y, en cuanto tales, a ellos corresponderán los resultados prósperos o adversos del negocio.

b) El segundo supuesto de disociación está al servicio de la sucesión familiar en la oficina de farmacia:

Si al tiempo de fallecer el farmacéutico titular de la farmacia su cónyuge o hijos estuvieran cursando ya estudios de farmacia y pretendan continuar el ejercicio profesional con la oficina de farmacia, podrá autorizarse la continuidad en el funcionamiento de la misma hasta que los expresados herederos terminen su carrera, cesando esta reserva de titularidad con la pérdida de dos cursos consecutivos o de tres alternos (artículo 6.1, letra "a", párrafo segundo, del Decreto de 14 de abril de 1978).

En tales casos, y mientras dure la reserva de titularidad, *al frente* de la oficina de farmacia, debe figurar un farmacéutico (artículo 6.2 del referido Decreto).

Al igual que en el supuesto anterior, durante este periodo transitorio la condición de empresario recaerá sobre el "beneficiario del derecho de continuidad", la persona "en cuyo nombre" se ejercita el comercio de farmacia, aun cuando todavía no es farmacéutico: sobre el cónyuge o sobre aquel o aquellos hijos que se encontraran cursando los estudios académicos de la licenciatura de farmacia. El farmacéutico que figure al frente de la oficina es simplemente un empleado del titular de la empresa, aunque ostente la condición de director técnico del establecimiento y, en la mayoría de los casos, de factor o apoderado general.

En el comercio de farmacia existen, pues, farmacéuticos comerciantes y comerciantes no farmacéuticos. Sería absurdo afirmar la indudable condición comercial de los segundos y negarla a los primeros. La consecución posterior del título de licenciado por la viuda o por alguno de los hijos, no puede eliminar la condición de empresario comercial adquirida por ellos como continuadores del anterior titular.

B. Los auxiliares del titular de la farmacia

Pero el carácter comercial de la actividad del titular de la farmacia se exterioriza si atendemos a las relaciones con el público en general. Por supuesto, el Derecho vigente no se contenta con exigir la condición

de farmacéutico titulado. Además de esta condición y precisamente en razón de ella, exige también que el titular de la farmacia sea quien esté al frente de la oficina, salvo en los supuestos excepcionales antes indicados:

La presencia y actuación profesional del farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos y especialidades farmacéuticas. La colaboración de ayudantes o auxiliares no excusa la actuación profesional del farmacéutico en la oficina de farmacia mientras permanezca abierta al público, ni excluye su plena responsabilidad (artículo 1º del Decreto 909/1978, de 14 de abril de 1978, sobre establecimiento, transmisión e integración de oficinas de farmacia).

La existencia de auxiliares es extraordinariamente frecuente. Pues bien, la actuación del farmacéutico en el tráfico económico, a través de sus *auxiliares*, responde a los principios especiales de la *representación mercantil*. No deja de ser significativo, en primer lugar, que el único sector del comercio en el que se conserva la denominación legal de "*mancebo*" para el apoderado singular (v. artículos 293 y ss. del Código de comercio de 1885) sea precisamente el comercio farmacéutico.⁵⁵ De otro lado, y en segundo lugar, la jurisprudencia española ha encuadrado la actuación de los mancebos y demás auxiliares farmacéuticos en relación con el público en general y con los proveedores dentro de los esquemas propios de la representación mercantil. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala 1ª del T. S. de 29 de febrero de 1984, ha calificado de *factor notorio* y, consiguientemente, aplicado los artículos 282 y 286 del Código de Comercio, al marido de la farmacéutica que, sin hacer constar la relación de representación, firma como aceptante una letra de cambio en la que figuraba como librada su esposa.⁵⁶

3. La farmacia como oficina

La oficina de farmacia constituye, desde un punto de vista administrativo, un "establecimiento sanitario" (artículo 103.2 de la Ley de 25 de abril de 1986) y de ahí el régimen administrativo a que se encuen-

⁵⁵ Me he referido al tema en el trabajo "Los auxiliares del empresario", en *Revista de Derecho Mercantil*, XXV, 1959, p. 303.

⁵⁶ Vid., Paz y Ares, "Las excepciones cambiarias", en Menéndez, Aurelio, *Derecho cambiario*, Madrid, 1986, p. 295.

tra sometida; y desde la perspectiva del derecho privado, es un establecimiento comercial, un negocio, una empresa (sentencia de la Sala 1ª del T. S. de 26 de febrero de 1979). La confluencia de esta doble calificación permite calificar a la oficina de farmacia como una "empresa cualificada por la tutela administrativa" (sentencia de la Sala 4ª del T. S. de 24 de abril de 1973).

El local sobre el que se asienta la oficina deberá contar con determinadas condiciones administrativas, como "acceso libre, directo y permanente a la vía pública" y "una superficie útil mínima en una o más plantas, de sesenta metros cuadrados (artículo 2º del Decreto 909/1978, de 14 de abril), de los cuales treinta en la planta en que haya de situarse la dispensación al público". El local puede ser propiedad del titular de la oficina o haber sido arrendado por éste. En este último caso, se habrá concluido entre el propietario del inmueble y el titular de la oficina un arrendamiento de local de negocio en sentido propio⁵⁷ y no de arrendamiento de local asimilado al de negocio (artículo 5.2-3º de la LAU). En la jurisprudencia civil en materia de arrendamientos urbanos, se encuentran reiteradas afirmaciones acerca del carácter de establecimiento comercial de la farmacia, ya que:

(...) en las oficinas de farmacia, *el carácter de expendedoría puramente comercial* de efectos fabricados en otros lugares, predomina de modo tan absoluto sobre el matiz de profesión liberal originariamente *concurrente* en la profesión farmacéutica que sería absurdo tener en cuenta este último factor a efectos de calificación.⁵⁸

Esta calificación de arrendamientos de local de negocio tiene importantes consecuencias jurídicas. Así la cesión y la venta de una oficina de farmacia, instalada en local arrendado, o de parte de ella, si se realiza sin el consentimiento del arrendador, implica un traspaso in consentido.⁵⁹

El carácter comercial del establecimiento y de la actividad en él desarrollada es reafirmado por la jurisprudencia a propósito de la sucesión de la relación arrendaticia. En efecto, como es sabido, según el

⁵⁷ Artículo 1.1 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre. Ver, entre otras muchas, SS. T. S. de 10 de diciembre de 1952, 24 de marzo de 1953, 25 de mayo de 1956, etcétera.

⁵⁸ *Id.*, Pérez, Aguilera y Pere Raluy, *Arrendamientos urbanos*, Barcelona, V, 1965, p. 128.

⁵⁹ S. S. de la Sala 1a. del T. S. de 13 de febrero de 1954, 7 de abril de 1956, 22 de junio de 1957, etcétera; Soto Nieto, *El traspaso de locales de negocio*, Barcelona, 1963 pp. 88 y ss.

artículo 60.1 del Texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, por la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida vigente el arriendo, aunque sea por prórroga legal, "el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido". Cuando el arrendatario fallecido fuera titular de una oficina de farmacia, instalada en el local arrendado, y no existiesen herederos con título de farmacéutico o cursando estudios de farmacia, la relación arrendaticia se mantiene con el heredero, aunque éste pase a ejercitar en el local un *distinto género de comercio*. Como se dice en la sentencia de la Sala 1ª del T. S. de 10 de febrero de 1967:

(...) aunque el fundamento del artículo 60 sea que no se pierda el *patrimonio comercial* (...), como la farmacia es un local de negocio, la situación del heredero que heredó tal negocio y se subrogó en el arriendo del local, por ser la misma del causante, hace que pueda utilizar el local, con el *negocio establecido*, o *implantando otro nuevo*, cosa no prohibida a su antecesor, porque *el cambio de negocio no es causa de resolución del contrato* (...), por lo que es visto que (...) si el antecesor pudo hacerlo, sin provocar la regulación del contrato, la heredera subrogada, sin aptitud para continuar la farmacia, pudo instalar el de droguería, para cuyo negocio no era incapaz (...).⁶⁰

⁶⁰ Vid., Fuentes Lojo, *Nuevos comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1970, p. 251.