VENTA ILEGAL DE MEDICAMENTOS A TRAVÉS DE UNA APP CON ENTREGA DIRECTA DEL PRODUCTO AL MENSAJERO DEL SERVICIO EN LA FARMACIA DESIGNADA VIRTUALMENTE [*]

Sentencia TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo), Sección 8ª, 16 septiembre 2022 (núm. 804/2022) (ECLI:ES:TSJM:2022:11805)

Mª del Sagrario Bermúdez Ballesteros**[**]**
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2022

El notable crecimiento de sitios web y aplicaciones móviles asociadas a la venta de medicamentos, tanto sujetos como no sujetos a prescripción médica, suponen un riesgo para los consumidores, en la medida que, a veces, la técnica de venta utilizada no asegura que los medicamentos lleguen a éstos con las necesarias garantías de calidad, seguridad y eficacia. Además, se corre el riesgo de no disponer de la información correcta, ni se procura la intervención profesional del farmacéutico y la comunicación directa con el paciente, tal y como prevé la normativa vigente.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo), Sección 8ª, el 16 de septiembre 2022, se pronuncia sobre la legalidad de la venta de medicamentos (sujetos y no sujetos a prescripción) realizada por vía telemática a través de la plataforma Telefarmacia. Se trata de un *software* que pone a disposición de los usuarios un instrumento (la APP) mediante el cual pueden hacer un encargo de medicamentos fotografiando su tarjeta sanitaria y/o la receta emitida por

[*] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.
[**] ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1260-3867

un médico, a fin de que un mensajero del servicio acuda a una farmacia adherida para obtener el producto encargado.

Tanto la solicitud de compra por parte del cliente como el pago del medicamento se realizan por vía telemática. La entrega se realiza en la farmacia al mensajero del servicio que, posteriormente, lo transporta al domicilio del consumidor.

1. Marco normativo

El régimen jurídico de la venta en línea de medicamentos en España consta de tres ejes clave:

Por un lado, la Disp. Adic. 2ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, dispone que la prestación de servicios de la sociedad de la información relacionados con los medicamentos y los productos sanitarios se regirá por lo dispuesto en su legislación específica.

Por otro, el art. 3.5 Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (RDLeg 1/2015), prohíbe la venta por procedimientos telemáticos de *medicamentos sujetos a prescripción*.

Finalmente, por lo que respecta a la venta a distancia de *medicamentos no sujetos a prescripción médica*, el art. 3 del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre[2], señala que:

> (i) Sólo está permitida la venta de medicamentos no sujetos a prescripción médica, quedando prohibida la venta por procedimientos telemáticos de los sujetos a tal prescripción.
>
> (ii) La venta de medicamentos no sujetos a prescripción médica a través de Internet únicamente la pueden realizar farmacias abiertas al público, legalmente autorizadas y que figuren en el listado publicado por la autoridad competente.
>
> (iii) La venta debe ser directa desde la farmacia, con intervención de un farmacéutico responsable de la dispensación y sin intermediarios[3].

[2] De desarrollo reglamentario de la Ley 29/2006, de 26 de julio (actual RDLeg 1/2015), así como de incorporación al derecho interno español de la Directiva 2011/62/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011 (que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal).

[3] El art. 2 r) RDLeg 1/2015 define la «Intermediación de medicamentos» como "*todas las actividades relativas a la venta o compra de medicamentos, a excepción de aquellas incluidas en la definición de distribución mayorista, tal y como se define en este artículo, que no incluyen contacto físico con los mismos y que consisten en la negociación de manera independiente y en nombre de otra persona jurídica o física*".

(iv) Los pedidos se realizarán directamente a la oficina de farmacia, a través del sitio web habilitado al efecto por ésta.

(v) El transporte de los medicamentos desde la farmacia dispensadora hasta el domicilio indicado por el usuario será responsabilidad de la farmacia.

Además, la venta a distancia de medicamentos no sujetos a prescripción deberá cumplir los requisitos en materia de información recogidos en la Ley 34/2002.

El art. 111. 2. c) 11ª del RDLeg 1/2015, califica como infracción muy grave "*vender medicamentos a domicilio o a través de internet o de otros medios telemáticos o indirectos, en contra de lo previsto en esta ley o incumpliendo las disposiciones que regulen dicha modalidad de venta*".

Advertida en el caso la venta ilegal de medicamentos por parte de una farmacia adscrita a la APP Telefarmacia, la Comunidad de Madrid impuso una sanción imputándole la venta de medicamentos, sujetos a prescripción y no sujetos a prescripción, "*por procedimiento telemático, sin contar con página web autorizada para el comercio de medicamentos y a través de intermediario*", al amparo del citado art. 111 RDLeg 1/2015.

2. Objeto del proceso

Si bien el objeto central de la sentencia se sitúa en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (la conformidad o no a Derecho de la resolución que impuso a la ahora demandante una sanción económica en cuantía de 90.001,00 euros por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 111.2.c).11ª del Real Decreto Legislativo 1/2015), el *quid* del debate procesal estriba en decidir si se ha realizado o no una venta a distancia de medicamentos: (i) prohibida, en el caso de los que requieren prescripción médica y, (ii) condicionada al cumplimiento de estrictos requisitos legales en el supuesto de no estar sometidos a tal prescripción (al amparo del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre). En este sentido, el TSJ despeja, previamente, si el sistema generado por el uso de la referida aplicación constituye efectivamente una venta a distancia de medicamentos o si se trata, tan solo, del recurso a un mandatario para su adquisición.

3. Posturas procesales

La farmacia sancionada sostiene que las ventas realizadas, a través de la aplicación telemática APP Telefarmacia, no pueden calificarse de ventas a distancia, sino de ventas directas en la farmacia por la titular de la misma. Argumenta al respecto que el paciente otorga un mandato para que una persona física lleve a cabo un servicio, que no es personalísimo del mandante del medicamento. El proceso se asimilaría -a su entender- a la venta que haría el farmacéutico con el familiar de un paciente o con una persona contratada por éste para las tareas del hogar o su cuidado personal, y no una venta

telemática de medicamentos. Defiende, en definitiva, que la infracción es inexistente pues se trata de una actividad legal, de encargo, lícita y de innegable frecuencia en la sociedad.

Para la Administración, se trataría de ventas realizadas a distancia (pues el adquirente no se desplaza hasta la farmacia), usando un servicio de la sociedad de la información que permite solicitar y pagar la compra de forma telemática.

4. Decisión del TSJ

El TSJ concluye que se trata de ventas realizadas a distancia. A su juicio esta modalidad de venta es incompatible con el cumplimiento de los requisitos relacionados con la dispensación de medicamentos y el resto de las obligaciones que la normativa sectorial de aplicación exige al farmaceútico. Argumenta el Tribunal que el acto de "dispensación" de un medicamento no sólo supone la entrega física del mismo, sino un debido asesoramiento al paciente sobre su uso. En este sentido, afirma que *"el acto de dispensación crea para el paciente una serie de derechos de información, consejo e instrucción sobre el uso de un medicamento que se emparejan con los correlativos deberes del farmacéutico/a o de la persona que, bajo la supervisión personal y directa de aquél/la, realice su dispensación*"[4]. Entiende el TSJ que el cumplimiento de tales obligaciones no resulta posible mediante el mecanismo de venta desencadenado por el uso de la APP, por lo que es necesario concluir que la venta de los medicamentos sujetos a prescripción médica se produjo incumpliendo la normativa sectorial de aplicación. Declara, por tanto, que el tipo infractor aplicado, tanto para los medicamentos no sujetos a prescripción como los que sí lo están, es correcto.

Dedica el Tribunal parte de su argumentación a justificar el carácter de "intermediario" y no de "mandatario" de la persona (mensajero de la APP) que recibe el medicamento directamente del farmacéutico para entregarlo al paciente en su domicilio. El mecanismo utilizado para la compra distorsiona la relación bilateral que se produce en las compras directas a través de la web de la farmacia, generando en estos casos una relación trilateral que obstaculiza el cumplimiento de los requisitos exigidos para las compras virtuales de medicamentos autorizadas.

Afirma el TSJ que "*desde una perspectiva puramente jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la venta por internet por la farmacia (que, recordemos, debe estar expresamente autorizada para una concreta Oficina de farmacia y sólo y exclusivamente para medicamentos no sujetos a prescripción médica) la relación contractual en este caso no es sólo una, es decir, no se desenvuelve de modo restringido entre paciente y Oficina de farmacia, con su farmacéutico titular, (como en la venta online cuando está autorizada) sino plural pues se debe dar, primero, un vínculo entre la Oficina de farmacia*

[4] *Vid.* STS de 2 de noviembre de 2021 (Rec. Cas. 1589/2020).

y la entidad mercantil que facilita la aplicación y su funcionamiento (contrato que obra en el expediente); segundo, un vínculo añadido (retribuido o no, esto es desconocido) entre el paciente que hace uso de la aplicación y la empresa titular de la APP Telefarmacia: TELEFARMACIA APP, S.L. Y, finalmente, el que nos importa conforme a la normativa sectorial, el que se ha de dar en virtud de la compraventa de un medicamento entre farmacéutico y paciente, que no se reduce, como hemos visto a una mera venta comercial sino a la "dispensación" de un medicamento; término que incluye dentro de sí mucho más que una simple operación de negocio de entrega al cliente de un producto a cambio de un precio. Esta última operación, que es propiamente la venta del medicamento, por el mecanismo de la APP Telefarmacia no se produce entre el farmacéutico y el paciente sino mediante persona interpuesta (en este caso, la persona jurídica titular de la APP) que actúa -lo describe la actora en su demanda- por cuenta de este paciente, gestionando el pedido, el pago y la recogida del medicamento, incluso del que está sujeto a prescripción médica y cuya venta telemática está radicalmente proscrita".

En definitiva, ningún pedido o encargo de medicamentos puede realizarse si no es directamente a través del sitio web habilitado al efecto por las oficinas de farmacia, con la ausencia de intermediarios. El uso de intermediarios en la compraventa infringe la normativa sectorial descrita.

Sin duda alguna, se trata de un régimen muy garantista para el consumidor final, más incluso que el establecido en las dispensaciones físicas tradicionales, en tanto que se pasa de una "dispensación informada" a una relación farmacéutico – paciente/consumidor constante, desde que se inicia el proceso de compra hasta después de su consumo (artículo 10.8 RD 870/2013[5]).

[5] Dispone el art. 10.8 RD 870/2013: "*La entrega al usuario del medicamento irá acompañada de la información necesaria para que el usuario pueda utilizar el servicio de seguimiento farmacoterapéutico por parte del farmacéutico*".