

Tratamiento de datos de facturación de farmacias por los Colegios y el Consejo General. Informe 126/03

I

La consulta plantea diversas cuestiones relacionadas con los ficheros mantenidos por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y por su Consejo General relacionados con la facturación del gasto farmacéutico. En particular, se plantea si los Colegios y el Consejo General han de ser considerados responsables de los ficheros creados a tal efecto y si dichos ficheros podrían ser objeto de notificación para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos como ficheros de titularidad privada, aun como solución transitoria al problema planteado en la consulta.

II

Como se ha señalado, la primera cuestión que debe analizarse en el presente informe es la de determinar si los Colegios Oficiales de Farmacéuticos han de ser considerados responsables de los ficheros mantenidos para la gestión de la facturación del gasto farmacéutico o si dichas Corporaciones tienen únicamente la naturaleza en relación con dichos tratamientos de encargados del tratamiento, siendo responsables del mencionado tratamiento los órganos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas competentes en materia de sanidad.

El artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, define al responsable del tratamiento como "Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". Por su parte, es encargado del tratamiento, según dispone el artículo 3 g) de la mencionada Ley "La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".

En consecuencia, la diferenciación entre ambas figuras dependerá de la delimitación de la existencia de un poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, que sólo existirá en el caso del responsable del tratamiento, de modo que el encargado deberá limitar su actuación a, conforme dispone el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, tratar los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, no aplicarlos o

utilizarlos con fin distinto al que figure en el contrato, ni comunicarlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

A la vista de lo que se ha indicado si la actuación de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos se limita a la recogida, almacenamiento y custodia de los datos referidos a la facturación de las Oficinas de Farmacia, con la exclusiva finalidad de poner dicha información a disposición de los servicios autonómicos de salud para que por los mismos se proceda a la facturación del gasto farmacéutico podría considerarse que dichas corporaciones tendrían la consideración de encargado del tratamiento, en caso de que así se dispusiera en los conciertos respectivos, a los que se refiere la consulta. Si, por el contrario, la actividad de los Colegios Oficiales y del propio Consejo General excede de la indicada con anterioridad, los mismos no podrían ser considerados encargados, toda vez que, siendo precisa la utilización de los datos para otra finalidad distinta, deberían ser considerados responsables del tratamiento, conforme a lo establecido en el artículo 12.4 de la Ley Orgánica 15/1999.

III

Tal y como dispone el párrafo primero del artículo 107.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo “La Seguridad Social concertará con laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, los precios y demás condiciones económicas que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas a que se refieren los dos números anteriores”.

El mencionado precepto debe considerarse vigente, tal y como se desprende de lo señalado en el Fundamento de derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (Ar. 7898), en que se hace referencia a la aplicación del mismo, así como del artículo 107.3 del citado Texto Refundido de 1974, según el cual “En todo caso, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las Instituciones a que se refiere el número anterior se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar tal dispensación”.

En similares términos, el artículo 97.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, señala que “Con independencia de las obligaciones establecidas en esta Ley y las que reglamentariamente se determinen, las oficinas de farmacia podrán ser objeto de concertación en el Sistema Nacional

de Salud, de acuerdo con el Sistema General de Contratación Administrativa y conforme a los criterios generales a que se refiere el artículo 93.3”, disponiendo este precepto que “El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá acordar las condiciones generales de planificación, coordinación, contratación, adquisición y suministro de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud”.

Por último, el artículo 33.2, párrafo primero, de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud reitera este régimen, al disponer que 2. En el marco de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia.

Las funciones de colaboración de las Oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud y con los órganos competentes en materia sanitaria en cada una de las Comunidades Autónomas son asumidas por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y por el Consejo General, en función de las competencias atribuidas a los mismos por la Ley 2/1974, de 12 de febrero de Colegios Profesionales.

En este sentido se pronunciaba la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos, en resolución de archivo dictada en el expediente E/0255/1998, dictada en abril de 1999, en que se señalaba lo siguiente:

“En lo que se refiere a las actuaciones que, en virtud del Concierto, deben realizar los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en el proceso de facturación de las recetas y de la grabación de los datos necesarios para el correcto control de la prestación farmacéutica, deben tenerse en cuenta las previsiones del art. 97 LM.

De dicho precepto, que regula la colaboración farmacias-Sistema Nacional de Salud, cabe destacar lo siguiente: la calificación de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, el deber de colaboración que se les impone para garantizar el uso racional de los medicamentos y la posibilidad de ser objeto de concertación en cuestiones distintas a las obligaciones legales, que se les imponen.

Por su parte, la Ley 21/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP) configura a estas Corporaciones como de Derecho Público, y les atribuye la representación de la profesión y el ejercicio de las funciones que les sean encomendadas por la Administración. Por último, la LCP regula los Consejos Generales de los Colegios como Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad. Entre sus funciones incluye las de los propios colegios, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional (arts. 1, 5 y 9 LCP).

Atendiendo a las normas citadas debe estimarse que las actuaciones que el Concierto exige de los Colegios Profesionales en relación al tratamiento automatizado de datos personales contenidos en las recetas, constituye un supuesto de cesión de datos entre administraciones públicas regulado por el art. 19 de la LORTAD. En el caso presente, dicha cesión es legalmente posible dado que no se realiza para el desempeño de competencias diferentes o que versen sobre materias distintas, pues todas ellas se refieren a la facturación de recetas y al control de la prestación farmacéutica.”

IV

Como se puede comprobar, la mencionada Resolución ya viene a indicar que la transmisión de información entre los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y la Administración sanitaria constituye una comunicación o cesión de datos, por lo que no sería posible considerar que una de las partes intervinientes en la relación ha de ser considerada encargada del tratamiento de la otra. Sin embargo, conviene aclarar y precisar esta circunstancia, dado que el marco regulador de la prestación sanitaria y de la farmacéutica se han visto sustancialmente modificados desde el momento en que se dictó la Resolución reproducida, habiéndose asimismo producido la íntegra transferencia de las competencias del INSALUD a los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

Como se indica en la resolución reproducida, la primera finalidad que justificaría el tratamiento de los datos por parte de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos se derivaría de las funciones atribuidas a los mismos por el artículo 5 de la Ley 2/1974, en cuanto a “Ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta mediante la realización de estudios, emisión de informes, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa” (apartado b) y “Ostentar la

representación que establezcan las leyes para el cumplimiento de sus fines” (apartado c).

De este modo, los Colegios vienen a encauzar la obligación de las Oficinas de Farmacia de colaborar con el servicio de salud al que corresponda el abono del correspondiente gasto farmacéutico, establecida en el artículo 97 de la Ley del medicamento, mediante la ordenación de toda la información referente al mencionado gasto para su remisión al servicio de salud autonómico, que podrá asimismo confrontar el importe de su obligación de abono con la información que a tal efecto custodiarán los Colegios.

En cuanto a las funciones del Consejo General, se derivarán de lo dispuesto en el artículo 9.1 a) de la Ley 2/1974, que otorga al mismo “Las atribuidas por el artículo quinto a los Colegios Profesionales, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional”.

V

Sin embargo, junto con esta finalidad, la Ley atribuye a las Oficinas de Farmacia y, en la representación que ostentan, a los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y al Consejo General otras funciones distintas de la de ser cauce para la facturación del gasto farmacéutico. Dichas funciones se derivan de lo dispuesto en la propia Ley del Medicamento y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Según dispone el artículo 2 de la Ley 16/2003, son finalidades de la misma “La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad” (apartado b) y, en particular, “La colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica” (apartado h).

El artículo 97 de la Ley del Medicamento dispone en su apartado 1 que “Las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta Ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud”.

Del mismo modo, según establece el artículo 33.1 de la Ley 16/2003 “Las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento. Para ello los farmacéuticos actuarán coordinadamente con los médicos y otros profesionales sanitarios”.

En todo caso, esta colaboración tiene por objeto garantizar “a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia”, tal y como establece el artículo 33.2 de la Ley 16/2003, anteriormente reproducido.

Asimismo, establece el artículo 93.1 de la Ley del Medicamento que “Se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”.

En resumen, de los preceptos que se han venido reproduciendo se desprende que las Oficinas de Farmacia, bien directamente, bien a través de los Colegios Oficiales y del Consejo General tienen como misión colaborar con el Sistema Nacional de Salud a fin de garantizar un uso racional del medicamento que, además, se produzca en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, con independencia de la competencia en cada lugar el correspondiente Servicio de Salud Autonómico y sin perjuicio de las competencias que al mismo pudieran corresponder.

En este sentido, el artículo 33.3 de la Ley 16/2003 dispone que “Entre los criterios del apartado anterior se definirán los datos básicos de farmacia, para la gestión por medios informáticos de la información necesaria para el desempeño de las actividades anteriormente mencionadas y para la colaboración con las estructuras asistenciales del Sistema Nacional de Salud. Se ajustarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a las especificaciones establecidas por los servicios de salud de las Comunidades Autónomas”.

A fin de lograr el adecuado cumplimiento de los principios de uso racional del medicamento y de igualdad en la prestación farmacéutica, el artículo 30 de la Ley 16/2003 establece las competencias de la Administración General del Estado en materia de farmacia, señalando que “Corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo el ejercicio de las competencias del Estado en materia de evaluación, registro, autorización, vigilancia y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los productos sanitarios, así como la decisión sobre su financiación pública y la fijación del precio correspondiente, en los términos previstos en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, sin perjuicio de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas”.

Es decir, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y de la obligación de reintegrar por las mismas el gasto farmacéutico, la Ley reserva en exclusiva al Estado determinadas competencias encaminadas a determinar qué medicamentos serán financiados por el Sistema Nacional de Salud y cuál será el precio de los mismos, de forma que tal decisión será de obligado cumplimiento para las Comunidades Autónomas.

Por este motivo, el artículo 94.6 de la Ley del medicamento, introducido por la Disposición final tercera de la Ley 16/2003 regula el sistema de precios de referencia, consistente en “la cuantía máxima que se financiará de las presentaciones de especialidades farmacéuticas, incluidas en cada uno de los conjuntos que se determinen, siempre que se prescriban y dispensen a través de receta médica oficial”, señalando en su párrafo cuarto que “El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, determinará dichos conjuntos (de presentaciones de especialidades farmacéuticas financiada que tengan el mismo principio activo), así como sus precios de referencia”, imponiendo el penúltimo párrafo la dispensación de la especialidad genérica de menor precio.

VI

Pues bien, para la determinación de los precios de referencia y de los conjuntos de especialidades a las que se ha hecho referencia, así como para garantizar que la dispensación de especialidades farmacéuticas se produce en condiciones de igualdad en todo el territorio, dándose cumplimiento a la obligación de dispensación de la especialidad de menor coste, y que se garantice el uso racional de los medicamentos será preciso que la Administración General del Estado, a la que el artículo 30 de la Ley 16/2003 atribuye las competencias a las que se ha venido haciendo referencia, tenga conocimiento de la información referida al gasto farmacéutico efectuado en todo el territorio del Sistema Nacional de Salud.

Dicha información habrá de ser facilitada por las Oficinas de Farmacia, en virtud del deber de colaboración impuesto por los artículos 33.1 de la Ley 16/2003 y 97 de la Ley General del Medicamento, canalizándose la comunicación por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en aplicación de lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales, y por el Consejo General consultante, en virtud de las competencias que le atribuye el artículo 9 de la propia Ley.

De este modo, el artículo 98 de la Ley del Medicamento dispone que “La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas, así como el secreto estadístico. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial y al Estado en la información agregada del conjunto del Sistema Nacional de Salud”.

Como consecuencia de lo que se ha venido indicando resulta el tratamiento de la información efectuado por parte de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y del Consejo General Consultante tiene una doble finalidad:

- La comunicación a la Administración autonómica obligada al pago del gasto farmacéutico del efectivamente producido, a fin de que por la misma se abone el importe que corresponda a las Oficinas de Farmacia, a través del Colegio correspondiente.

- La comunicación a la Administración General del Estado de los datos referidos al consumo y gasto farmacéutico, a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de los principios consagrados en la Ley del Medicamento y en la Ley 16/2003, así como de las obligaciones impuestas por dichas leyes, todo ello con la finalidad de garantizar un uso racional del medicamento.

De este modo, el tratamiento llevado a cabo por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos no podrán en ningún caso considerarse circunscrito al cumplimiento de las funciones que le pudiera encomendar la Administración Estatal o Autonómica competente en el ámbito de sus competencias, sino que aparece relacionada con el ejercicio por las Corporaciones de sus competencias propias en el marco del deber de colaboración con las Administraciones Sanitarias, establecido en las normas cuya cita se ha producido en el apartado anterior de este informe.

VII

Una vez indicada la naturaleza de responsable del tratamiento de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y del Consejo General consultante en relación con los tratamientos a los que viene haciéndose referencia, debe ahora analizarse si procedería la notificación de dichos tratamiento como relativos a un fichero de titularidad públicas, a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999.

En este sentido, es doctrina reiterada de esta Agencia Española de Protección de Datos que los colegios profesionales ejercen auténticas potestades de derecho público bien por expresa atribución del legislador bien por delegación o desconcentración a las mismas de dichas potestades.

De ello no cabe sino concluir que la naturaleza de los colegios profesionales es la de ente de derecho público equiparable, al menos en lo referente al ejercicio de las potestades administrativas que expresamente le atribuye el legislador, a las Administraciones Públicas Territoriales. Ello se funda en el hecho de que, según se desprende de la jurisprudencia referenciada los colegios profesionales ejercen dichas competencias bien por expresa atribución del legislador, siendo así que la competencia originaria para el ejercicio de potestades administrativas sólo puede encomendarse a Administraciones Públicas, bien por delegación o desconcentración de la Administración tutelante, dado que las mismas no podrían tener lugar a favor de quien no ostenta la naturaleza de Administración Pública.

Así se refleja en lo establecido en la propia normativa reguladora de los colegios profesionales.

En particular, el artículo 1.3 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, si bien incluye entre los "fines esenciales de estas Corporaciones" la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, debe recordarse que, con anterioridad a dicha finalidad incluye como esencial "la ordenación del ejercicio de las profesiones".

Como consecuencia de esta "finalidad esencial", evidentemente pública el artículo 5 atribuye a los Colegios las competencias para "ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración" (apartado b), "ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial" (apartado i), "adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional" (apartado l) o "cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiados en materia de su competencia" (apartado u).

Además, la tesis que se ha venido indicando resulta asimismo confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bien por el hecho mismo de que su Sala Tercera ha venido ininterrumpidamente conociendo de los recursos planteados contra los actos dictados por los órganos de los Colegios, bien por el análisis efectuado por la Sala Primera cuando ante la misma se han planteado recursos de casación referentes a actos emanados de los órganos colegiales.

En este punto, y sin ánimo de resultar en exceso exhaustivos, la Sentencia de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 1998\7289) recuerda en su único Fundamento de derecho que los Colegios Profesionales "tienen facultades de autoadministración sobre sus miembros y sus decisiones están sujetas al control jurisdiccional que es el contencioso-administrativo cuando se trata de defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, así como los actos de aprobación de presupuestos".

En el mismo sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 26 de noviembre de 1998 (Ar. 1998\8758), tras recordar la naturaleza dual de los Colegios Profesionales indica claramente que los mismos "desarrollan, a la par, una serie de actividades propias de un ámbito de derecho público, de servicio público e interés general, y otras de orden privado restringidas a su relación interna con los integrantes de las corporaciones y que carecen de toda eficacia externa o pública". Así reiterando la jurisprudencia citada, la sentencia concluye que "en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público, (los Colegios) están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo".

En resumen, los colegios profesionales, en cuanto dicten actos relacionados, entre otros, con las materias reseñadas por la jurisprudencia, ejercen

auténticas potestades administrativas, siendo tales decisiones auténticos actos administrativos.

La consecuencia de todo lo que se ha venido indicando, aplicando lo dispuesto en la LOPD, es que los ficheros creados o gestionados por los Colegios Profesionales o sus Consejos para el ejercicio de las potestades a las que se ha venido haciendo referencia se encontrarán sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública, contenido en los artículos 20 y siguientes de la Ley Orgánica.

Pues bien, como se ha indicado en lugares anteriores de este informe, los ficheros creados por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y por el Consejo General para las finalidades que se han venido describiendo tienen en todo caso la naturaleza de ficheros de titularidad pública, derivados directamente de las atribuciones establecidas en la Ley de Colegios Profesionales, la Ley del Medicamento, la Ley 16/2003 y el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, no pudiendo en ningún caso dichos ficheros ser considerados como ficheros de titularidad privada, no resultando conforme a la Ley Orgánica 15/1999 su notificación al Registro General de Protección de Datos como ficheros de dicha naturaleza.

Por el contrario, los ficheros tendrán la naturaleza de ficheros de titularidad pública, debiendo adoptarse la disposición prevista en el artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, pudiendo la misma adoptarse por el órgano de gobierno de la correspondiente Corporación, tal y como ha venido indicando esta Agencia Española de Protección de Datos.

VIII

Ala vista de lo que se ha venido indicando, cabe deducir las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos son responsables de los ficheros relacionados con los datos de facturación de las oficinas de farmacia, encontrándose dicho tratamiento amparado en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales. Del mismo modo, el Consejo general será responsable del fichero, amparándose el tratamiento en el artículo 9 de la propia Ley.

SEGUNDA.- Los datos objeto de tratamiento habrá de ser comunicados tanto al Servicio autonómico de salud que corresponda, para el abono del gasto farmacéutico como a la Administración General del Estado para el ejercicio de las competencias de la misma en relación con la garantía del uso racional del medicamento y de la igualdad de la prestación farmacéutica en todo el territorio, consagrados por la Ley del Medicamento y la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

TERCERA.- El fichero al que viene haciéndose referencia tendrá en todo caso la condición de fichero de titularidad pública, no siendo posible la notificación del mismo como fichero de titularidad privada, debiendo adoptarse la correspondiente disposición de carácter general por el órgano de gobierno del correspondiente Colegio Oficial de Farmacéuticos o por el Consejo General, tal y como establece el artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999.