

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7213 *Pleno. Sentencia 137/2013, de 6 de junio de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4764-2007. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, productos farmacéuticos y seguridad social: nulidad de los preceptos legales forales que alteran el deber de dispensación de medicamentos impuesto a los titulares de las oficinas de farmacia por la normativa básica estatal; interpretación conforme del precepto legal que hace referencia a las condiciones económicas de la atención farmacéutica como objeto susceptible de concertación entre los titulares de las oficinas de farmacia y el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (STC 136/2012).*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra. Han intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Parlamento de Navarra y el Gobierno de Navarra, así como el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 25 de mayo de 2007, complementado por otro de fecha 18 de junio de 2007, tuvo entrada el Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA). Se acompaña testimonio del recurso de casación núm. 4018-2004 que se tramita ante dicha Sección.

2. Los hechos de los que trae causa esta cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) En el recurso contencioso-administrativo tramitado con el núm. 1168-2002, interpuesto contra el acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de mayo de 2002, por el que se aprueba el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia, se interesó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 29.2, 30.4 y 31.2 de la Ley Foral 12/2000.

b) El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 15 de febrero de 2004, con el Voto particular de uno de los Magistrados integrantes de la Sala, que consideró que debió haberse planteado la indicada cuestión de inconstitucionalidad.

c) En otrosí al escrito de formalización del recurso de casación interpuesto contra dicha Sentencia, tramitado con el núm. 4018-2004, se interesa nuevamente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ahora en relación con los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, por considerar que el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia es concreción y aplicación de los citados preceptos legales, que se consideran viciados de inconstitucionalidad por vulneración de la legislación estatal básica, en concreto de los arts. 107.4 de la Ley general de Seguridad Social, 93 y 97 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en consecuencia por vulneración del art. 149.1, apartados 1, 16 y 17, CE, y de los arts. 53.1 y 54.1 a) LORAFNA.

d) Una vez concluida la tramitación del recurso de casación, y estando el proceso en trámite de Sentencia, la Sección, mediante providencia de 5 de diciembre de 2006, acordó conferir plazo común de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

e) Evacuado dicho trámite, por Auto de 17 de abril de 2007 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, por posible vulneración de los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, así como de los arts. 53.1 y 54.1 a) LORAFNA.

3. El Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 2007, fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que, resumidamente, se exponen a continuación.

a) El acuerdo marco de concertación de las oficinas de farmacia aprobado por el Gobierno de Navarra el 13 de mayo de 2002, objeto de la *litis*, se limita a desarrollar y dar cumplimiento a los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, cumpliéndose por tanto los requisitos establecidos por el art. 35 LOTIC.

b) El Estado dispone de competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), en el establecimiento de las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), y en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE). Por su parte, según el art. 54 LORAFNA, a la Comunidad Foral de Navarra le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la Seguridad Social, y la gestión de dicho régimen económico.

El Estado ha ejercido las citadas competencias mediante lo dispuesto, entre otros, en el art. 107 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social (LGSS) de 30 de mayo de 1974, precepto vigente según la disposición derogatoria única a 1) de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y la disposición adicional séptima de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. Dicho art. 107 establece que la dispensación de los medicamentos se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar tal dispensación, y que la Seguridad Social concertará con laboratorios

y farmacias, a través de sus representantes legales sindicales y corporativos, los precios y demás condiciones económicas.

La competencia estatal se ha ejercido, asimismo, mediante los arts. 93 y 97 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que reconocen el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, estableciendo que los mismos se dispensarán por las oficinas de farmacia.

Completa el régimen estatal el art. 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el establecimiento de 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.

Con cita de las SSTC 124/1989, de 7 de julio, y 195/1996, de 28 de noviembre, y de la propia doctrina del Tribunal Supremo en relación con el art. 107.4 LGSS de 1974, deduce el Auto que, mediante la regulación citada, el Estado ha establecido un sistema de concertación general y universal para determinar las condiciones económicas en las que las oficinas de farmacia deberán dispensar los medicamentos financiados por el sistema público de Seguridad Social. Esa concertación, que ha de realizarse con los representantes de los farmacéuticos y que tiene carácter vinculante, persigue un doble objetivo: de un lado, evitar que los beneficiarios de la Seguridad Social tengan que adelantar en el acto de la dispensación del medicamento el importe total del mismo y, de otro, paliar la gran carga que representaría para la Seguridad Social atender al reembolso individualizado de todo o parte del precio de cada receta que se encuentre financiada por el seguro público.

c) Dicho régimen se ve sustancialmente alterado por los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, en diversos aspectos. El art. 28, al regular la Comisión de Atención Farmacéutica, no establece la composición paritaria entre farmacéuticos elegidos por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra y los demás miembros, según dispone el art. 107.4 LGSS 1974. Además, al regular la subcomisión negociadora del acuerdo marco, aunque se establece la composición paritaria, ésta se refiere a los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia y no a los representantes elegidos por el Colegio, cuando la legislación estatal se refiere a los representantes elegidos por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos.

El art. 29 reconoce a los farmacéuticos un derecho a la concertación, cuando en la materia tienen obligaciones ineludibles, y refiere la eficacia y el valor de la concertación únicamente a los propietarios titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco. Con ello se altera el sistema establecido por la legislación estatal, que regula un sistema unitario y universal que garantice a todos los ciudadanos la dispensación de medicamentos en condiciones de efectiva igualdad, sin olvidar que no se regula la situación en que quedarían las farmacias que no se adhieran al acuerdo marco, ni la forma en que esas farmacias dispensarían los medicamentos, ni si los usuarios pueden acudir a ellas, y en qué condiciones.

El art. 30, además de referirse a los órganos regulados en el art. 28 cuya composición no resulta conforme con la normativa estatal, mantiene la distinción entre farmacias adheridas y no adheridas, sin previsión alguna para las farmacias no adheridas en caso de desacuerdo total o ausencia de acuerdo marco, lo que no resulta compatible con el régimen unitario y universal establecido en la legislación estatal.

El art. 31 extiende el concierto a materias no previstas en el art. 107.4 LGSS, que se refiere únicamente a los precios y demás condiciones económicas, y, al incluir en el concierto aspectos tales como el horario de apertura y cierre y los turnos de guardia, deja sin regulación sobre estas cuestiones a las farmacias no adheridas al acuerdo marco.

Por último, el art. 32, además de insistir en la diferencia entre farmacias concertadas o no concertadas, excluye del concierto a las farmacias cuyos titulares se encuentren en

determinados supuestos, posibilitando nuevas excepciones al régimen unitario, general y universal establecido por la normativa estatal.

4. Mediante providencia de 3 de julio de 2007, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera de este Tribunal, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 y reservarse para sí el conocimiento de la misma, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno, y al Fiscal General del Estado, así como al Gobierno y al Parlamento de Navarra, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Igualmente se acordó comunicar esta resolución a la Sección proponente a efectos de lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Navarra».

5. El Presidente del Senado comunicó a este Tribunal, mediante escrito registrado con fecha 5 de septiembre de 2007, que la Mesa de la Cámara adoptó el acuerdo de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntica comunicación efectuó el Presidente del Congreso de los Diputados mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha 13 de septiembre de 2007.

6. Mediante providencia de 11 de septiembre de 2007, el Pleno acordó, a solicitud del Letrado del Parlamento de Navarra, solicitar a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-administrativo núm. 1168-2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y una vez recibido dar traslado a las partes personadas, concediéndoles un plazo adicional de quince días para completar, en su caso, las alegaciones formuladas.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional en nombre del Gobierno y formuló alegaciones mediante escrito registrado el 10 de septiembre de 2007, solicitando que se dictase Sentencia declarando la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, por las razones que se resumen a continuación.

a) Siguiendo la doctrina recogida en la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5, considera que la cuestión relativa a los precios de los medicamentos que se suministran a cargo (al menos parcialmente) del Sistema Nacional de Salud, como prestación sanitaria, se encuadra en el título competencial recogido en el art. 149.1.16 CE, en el inciso que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «bases y coordinación general de la sanidad» y en el art. 53.1 LORAFNA, que atribuye a la Comunidad Foral la competencia de desarrollo legislativo y ejecución. Expone las líneas generales de la doctrina general de este Tribunal sobre la caracterización formal y material de las bases, y la doctrina específica en materia de sanidad, concretamente la recogida en la ya citada STC 98/2004 en relación con el sistema de precios de referencia de los medicamentos.

b) Aborda a continuación el análisis de la legislación estatal vigente en la materia, señalando en primer lugar que la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, citada en el Auto de planteamiento, ha sido expresamente derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, norma con la que debe contrastarse la norma autonómica cuestionada, en atención a la doctrina recogida en la STC 167/1997, de 2 de octubre, FJ 7.

La legislación estatal está integrada, además, por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que tiene como objetivo la equidad del Sistema, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio, según su exposición de motivos, lo que se plasma en el principio general de prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, recogido en el art. 2.a) y desarrollado en el art. 23. Por su parte, el art. 30 atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo la decisión sobre la financiación pública y la fijación del precio de los

medicamentos y productos sanitarios, estableciendo su art. 33 que las oficinas de farmacia colaborarán con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica, correspondiendo al Ministerio, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecer los criterios generales y comunes para el desarrollo de dicha colaboración, 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. Por tanto, en aplicación del principio general de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias, de cuyo catálogo forma parte la prestación farmacéutica (art. 7.1), se impone a los conciertos con las oficinas de farmacia y, en consecuencia, a la normativa que los regule, que garanticen a los ciudadanos la dispensación de los medicamentos en condiciones de igualdad efectiva, de modo que una normativa autonómica que no asegure la realización de ese principio esencial devendría inconstitucional por vulnerar el mínimo común básico.

Por su parte, la Ley 29/2006, al regular la receta médica en el art. 77.8, dispone que el Gobierno determinará con carácter básico sus requisitos mínimos, con el fin de asegurar la accesibilidad de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad efectiva, a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, recogiendo una concreción del principio básico que inspira todo el modelo diseñado por el legislador estatal. En el mismo sentido, el art. 88.1 de esta Ley establece el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de los medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Recuerda asimismo que el precio de venta al público de los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud es único en todo el territorio nacional y se fija por el Ministerio de Sanidad y Consumo por agregación de los costes de la comercialización al precio industrial máximo (art. 90.4), regulándose en el art. 93 la financiación pública a través de los precios de referencia y su forma de determinación.

En cuanto a la concertación con las oficinas de farmacia, el art. 96 de la Ley 29/2006 prevé la concertación con las oficinas de farmacia, pero con dos requisitos inexcusables: (i) siempre quedarán sometidas a las obligaciones establecidas en la ley y su normativa de desarrollo, y tales obligaciones no pueden ser objeto de concertación; y (ii) la concertación con el Sistema Nacional de Salud ha de realizarse conforme a los criterios establecidos en el art. 88 de la propia Ley.

Siendo principio y obligación derivado de la legislación básica estatal el establecimiento de garantías para la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica, no sería pues conforme con aquella un sistema de concertación que no lo garantice suficientemente.

Señala que el art. 2.1 de la Ley 29/2006 fija la obligación de las oficinas de farmacia de suministrar y dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, añadiendo el art. 84.3 que dichas oficinas vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los ciudadanos como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

Por último, en el bloque de la legislación estatal aplicable, analiza el art. 107 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974, precepto declarado vigente por la disposición derogatoria única a) 2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social. Se trata de un precepto preconstitucional, respecto del cual sería legítimo dudar acerca de su carácter básico a la luz de la doctrina constitucional (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9), dado que el legislador básico estatal ha ejercitado su competencia con aparente plenitud mediante las Leyes 16/2003 y 29/2006. No obstante, considera que, como complemento indispensable de la legislación básica postconstitucional, participa de ese carácter, teniendo presente que las citadas leyes postconstitucionales no contienen

regulación de los conciertos, sin duda por considerarlo innecesario, dada la vigencia del citado art. 107, también con carácter básico.

No cabe duda de que, para garantizar la igualdad en el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, resulta imprescindible el contenido de dicho precepto, que disciplina el modelo de concertación estableciendo los principios básicos del mismo para garantizar un mínimo común denominador en todo el territorio nacional, que se concretan en los cuatro siguientes: (i) total gratuidad de los medicamentos dispensados directamente en los tratamientos que se realicen en el Sistema Nacional de Salud, (ii) obligación del beneficiario de pagar una parte de los medicamentos que se suministren a través de las oficinas de farmacia mediante recetas, (iii) obligación de las oficinas de farmacia de dispensar dichos medicamentos, y (iv) carácter vinculante de los conciertos, que fijan de modo obligatorio las condiciones económicas para la prestación farmacéutica.

La composición de la Comisión es una cuestión puramente organizativa, que admite divergencias autonómicas sin perturbar la vigencia de dichos principios, que son complemento indispensable, básico, del sistema, porque sin la imperatividad para todas las oficinas de farmacia de las condiciones económicas concertadas se rompería la esencial garantía de acceso universal a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad.

En definitiva, el modelo básico estatal, en garantía del acceso igualitario a la prestación farmacéutica, se funda en dos pilares: los criterios generales y comunes establecidos por el Estado, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que vinculan a los distintos servicios de salud en la concertación con las oficinas de farmacia (art. 31.2 Ley 16/2003); y el carácter vinculante del concierto que se celebre por cada servicio de Salud con las representaciones de las oficinas de farmacia, sin necesidad de adhesión o negociación individual [arts. 2 a) y 23 de la Ley 16/2003, 88.1 de la Ley 29/2006 y 107 LGSS 1974].

c) En la concertación con las oficinas de farmacia, los preceptos cuestionados establecen una regulación que rompe gravemente con el modelo básico.

El art. 30.4 determina que las condiciones del acuerdo marco o las que, en su defecto, fije el Gobierno de Navarra, otorgan a las oficinas de farmacia la posibilidad de adherirse voluntariamente a tales condiciones. Respecto de las oficinas voluntariamente adheridas, el art. 29.2 dispone que el servicio de salud viene obligado a concertar la dispensación con los propietarios-titulares de las farmacias abiertas al público. El carácter voluntario e individual de esta concertación resulta también del art. 29.1, cuando proclama el derecho de los propietarios titulares de concertar, y del art. 32.2 b), que prevé la modificación de la titularidad de la oficina de farmacia como causa de extinción del concierto. La regulación cuestionada agrava las consecuencias de su aplicación si se tiene en cuenta la amplitud de las condiciones generales de la concertación, que se extiende no sólo a las condiciones económicas, sino también al horario de apertura o a los turnos de guardia [art. 31.1 a), f) y h)].

Queda así sometido a la voluntad individual de cada oficina de farmacia la garantía del acceso en Navarra a la prestación farmacéutica, prestación pública de carácter vital. Es obligación del legislador básico estatal establecer un sistema sanitario que garantice un nivel mínimo homogéneo de acceso a la prestación farmacéutica, pudiendo las Comunidades Autónomas incorporar mejoras en función de sus disponibilidades financieras (STC 98/2004). No cabe, sin embargo, que éstas rompan el modelo básico estatal en perjuicio de los perceptores de la prestación y de la igualdad de acceso a la prestación farmacéutica, como resulta de los preceptos cuestionados en este proceso, que devienen inconstitucionales.

8. Con fecha 10 de septiembre de 2007, el Letrado de la Comunidad Foral de Navarra se personó en nombre del Gobierno de Navarra y formuló alegaciones, complementadas mediante escrito presentado con fecha 8 de noviembre de 2007, que concluye interesando que se dicte Sentencia desestimatoria, en atención a los argumentos que seguidamente se sintetizan.

a) De la mera lectura de los preceptos cuestionados se infiere con claridad que la materia sobre la que versa la presente cuestión de inconstitucionalidad se refiere a la

gestión de una prestación sanitaria, cual es la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, cuya prestación y financiación corresponde a la Comunidad Foral de Navarra. No se refiere por tanto a derechos de los ciudadanos ni al régimen económico de la Seguridad Social, sino que trata de articular la colaboración de los farmacéuticos con el Servicio Navarro de Salud en relación con dicha prestación sanitaria de dispensación de medicamentos.

Descartando la aplicación del resto de los títulos competenciales citados en el Auto de planteamiento, encuadra las competencias estatales y autonómicas en el ámbito del art. 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación general de la sanidad, y de los arts. 53.1 y 58.1 g) LORAFNA, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Foral la competencia, bien exclusiva, bien de desarrollo legislativo y ejecución, en materia de sanidad y productos farmacéuticos, incluyendo la concertación con titulares de oficinas de farmacia para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, en cuyo ejercicio habrá de respetar las normas básicas que dicte el Estado sobre la materia.

El art. 33 de la Ley 16/2003 no puede constituir en ningún caso parámetro de constitucionalidad de los preceptos cuestionados, toda vez que dicha ley entró en vigor con posterioridad a la Ley Foral 12/2000, siendo evidente que ésta no pudo tener en cuenta aquella regulación.

De la Ley 25/1990 se deriva la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para dictar normas sobre concertación entre titulares de oficinas de farmacia y el Servicio Navarro de Salud para la dispensación de medicamentos. Y los preceptos cuestionados han respetado la legislación básica estatal contemplada en los arts. 107.4 LGSS 1974 y 93 y 97 de la Ley 25/1990.

b) La regulación que establece el art. 97 de la Ley 25/1990, que tiene carácter básico, presenta algunas diferencias con la que contenía el art. 107.4 LGSS 1974, que si bien no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto Legislativo 1/1994, únicamente se mantiene vigente en lo que no se oponga al art. 94 de la Ley 25/1990, de acuerdo con la disposición adicional séptima de este texto legal.

Del contraste entre ambas regulaciones, se extraen dos diferencias fundamentales: en primer lugar, la Ley 25/1990 configura la concertación con carácter opcional, frente al carácter necesario previsto en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974; y, en segundo lugar, la Ley 25/1990 contempla la concertación con las oficinas de farmacia, a diferencia del citado texto refundido de 1974, que preveía la concertación a través de los colegios oficiales de farmacéuticos, limitándola a los precios y las condiciones económicas. A la vista de tales diferencias, cabe concluir que la regulación estatal básica en materia de conciertos está recogida en el art. 97.2 de la Ley 25/1990. Esta regulación prevé la concertación, de carácter opcional, entre el Sistema Nacional de Salud y las oficinas de farmacia, sin limitar el contenido de los conciertos únicamente a las condiciones económicas.

La Ley Foral 12/2000 no prevé dos tipos de farmacias, sino que reconoce el derecho de todos los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público a la concertación con el Servicio Navarro de Salud (art. 29.1), así como la obligación de dicho servicio de concertar con todos los que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha concertación (art. 29.2). La concertación con los propietarios-titulares es equiparable a la concertación con las oficinas de farmacia, ya que la legislación básica estatal ha consagrado la titularidad exclusiva de los licenciados en Farmacia (arts. 29 y 32).

Tampoco el art. 32 prevé dos tipos de farmacias, siendo de aplicación las consideraciones realizadas precedentemente respecto del art. 29.2 del mismo texto legal. En cuanto al establecimiento de varias causas para la extinción del concierto, no son contrarias al supuesto régimen unitario, universal y general establecido por la legislación básica estatal, pues no puede entenderse que estemos ante un *numerus clausus* de causas de extinción. El art. 49.1 d) LORAFNA reconoce a la Comunidad Foral de Navarra competencia exclusiva sobre contratos y concesiones, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado, entre los que no se cuentan las

causas de extinción. En desarrollo de esta competencia, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos, a la que remite expresamente el art. 32 de la Ley Foral 12/2000, establece una serie de causas de extinción que no coincide con las indicadas en la legislación estatal.

El art. 31 de la Ley foral tampoco es contrario al art. 107.4 LGSS 1974. El precepto estatal se refiere a la concertación de la Seguridad Social con laboratorios y farmacias de los precios y demás condiciones económicas sobre adquisición y dispensación de medicamentos, en tanto que el precepto cuestionado en ningún caso regula precios de los medicamentos o márgenes comerciales de los farmacéuticos, sino aspectos relacionados con la gestión de la prestación farmacéutica. De ahí que se extienda a una serie de cuestiones que no exceden de su objeto, sino que se encuentran estrechamente vinculadas con dicha prestación, tales como el horario de apertura o la calidad de prestación del servicio, respecto de los farmacéuticos que se adhieran a la concertación. No queda sin regulación el horario y turnos de guardia de las farmacias no adheridas, como se deduce del art. 22 de la Ley Foral 12/2000.

El art. 28, al regular la composición de la Comisión de Atención Farmacéutica, no vulnera la legislación estatal. Es un órgano de encuentro de todos los implicados en la prestación farmacéutica, que no tiene las mismas funciones que la Comisión de Atención Farmacéutica estatal, y que constituye manifestación de la potestad organizativa de la Comunidad Foral. También son extensibles estas consideraciones al art. 30.

9. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 7 de septiembre de 2007, complementado por otro escrito presentado el 14 de noviembre de 2007, la representación procesal del Parlamento de Navarra se personó en nombre del mismo y formuló las alegaciones que se resumen a continuación.

a) La regulación cuestionada contiene como elementos más destacados el reconocimiento legal expreso del derecho de los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público a la concertación con la Administración, la cual a su vez queda obligada a concertar la dispensación de los medicamentos con cobertura pública del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito de un acuerdo marco que previamente ha establecido las condiciones de dicha concertación. En un plano estrictamente organizativo, las condiciones de la concertación son negociables a través de una Subcomisión paritaria, cuyos acuerdos han de ser ratificados por la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra, configurada como un órgano de encuentro de todos los implicados en materia de prestación farmacéutica.

El marco normativo básico que afecta a las oficinas de farmacia aparece integrado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad, cuyo título IV establece la regulación básica de los conciertos sanitarios, la Ley 16/1997, de 5 de abril, por la que se regulan los servicios de oficinas de farmacia, y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, que ha sustituido a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

Dentro del Sistema Nacional de Salud se integra una serie de prestaciones públicas tendentes a hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud, entre ellos el derecho a obtener medicamentos y productos sanitarios (art. 10 de la Ley 14/1986), si bien la prestación farmacéutica, como prestación pública sanitaria, comprende asimismo el conjunto de actuaciones precisas para que los beneficiarios reciban y utilicen adecuadamente aquéllos, con la información precisa y al menor coste posible. Esta concepción integral es la que preside el régimen legal específico de la colaboración con las oficinas de farmacia (art. 96 de la Ley 29/2006), que se materializa tanto a través de determinaciones normativas como mediante el mecanismo del concierto sanitario, porque las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios pero de titularidad privada y, en consecuencia (art. 90 de la Ley 14/1986), para la dispensación de medicamentos sujetos a algún tipo de cobertura pública sanitaria, resulta preciso instrumentar la colaboración a través del concierto, que será el que determine las condiciones de la misma en todos los aspectos que afectan a la dispensación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica.

La regulación foral cuestionada tiene un sólido anclaje en la normativa estatal y respeta el marco básico, desarrollando las competencias de la Comunidad Foral (arts. 53 y 54 LORAFNA) al concretar las condiciones para la prestación del servicio farmacéutico a través de la figura del acuerdo marco, bajo el principio del reconocimiento expreso del derecho a la concertación.

b) Con independencia de su grado de vigencia y aplicabilidad (disposición adicional séptima de la Ley 25/1990), resulta inexacto considerar que el art. 107 LGSS 1974 sea desarrollo de las competencias estatales enunciadas en el Auto de planteamiento, por su naturaleza preconstitucional, por la no integración de sus contenidos en ninguna de las normas dictadas por el Estado en desarrollo del art. 149.1.16 CE y, en definitiva, por no reunir los requisitos de índole formal y material exigidos por la jurisprudencia constitucional (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, y 101/2005, de 5 de abril), ya que ni está calificado como básico ni regula cuestiones esenciales y fundamentales en materia de sanidad. Cabe deducir que pudiera haber estado temporalmente vigente como mera legislación estatal aplicable en el ámbito de competencias de la Administración estatal hasta que culminó la plena descentralización de la asistencia sanitaria y, a lo sumo, como Derecho supletorio (art. 149.3 CE), habiendo sido desplazado en la Comunidad Foral de Navarra con la aprobación de la Ley Foral 12/2000.

El régimen de control e intervención de los precios de los medicamentos se concreta en la actualidad en los arts. 90 y siguientes de la Ley 29/2006, atribuyendo a órganos estatales el régimen general de fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica, las cuantías económicas correspondientes a su distribución y dispensación, y la determinación del precio de venta al público. Por tanto, el régimen del art. 107.4 LGSS 1974 quiebra ya en su pieza esencial, su objeto. De estar vigente, se ha visto profundamente afectado por el art. 97 de la Ley 25/1990, que suprime el carácter obligatorio de la concertación, modifica las previsiones sobre los sujetos llamados a suscribir los conciertos y omite cualquier referencia a la representación corporativa. Su alcance y finalidad no sería ya concertar los precios de los medicamentos, sino la articulación de un mecanismo por el que el farmacéutico, sin cobrar el importe íntegro de las recetas del Sistema Nacional de Salud, recupera después este importe de la Administración, y ello reduce el objeto a un procedimiento de facturación y reintegro.

Lo anterior excluye que el precepto tenga incidencia alguna sobre el régimen económico de la Seguridad Social, como tampoco la tienen los arts. 28 a 32 de la Ley Foral 12/2000, porque su contenido no guarda relación con la financiación pública de los medicamentos ni con el alcance de la aportación económica de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, y tampoco tiene vinculación con el derecho a la prestación farmacéutica en condiciones de igualdad efectiva, con el que no guarda ninguna conexión objetiva.

La prestación farmacéutica no es una prestación de la Seguridad Social, y por ello no cabe integrarla en el régimen económico de la Seguridad Social, al no financiarse con cargo a sus fondos y ser, como disponen los arts. 7, 10 y 16 de la Ley 16/2003, una prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, cuya responsabilidad financiera corresponde a las Comunidades Autónomas. Este planteamiento ha sido ratificado por la STC 98/2004, FJ 9.

c) Los arts. 93 y 97 de la Ley 25/1990 actualmente encuentran su correspondencia en los arts. 88 y 96 de la Ley 29/2006, de los que no es posible deducir contradicción alguna con la normativa navarra. Tampoco existe colisión entre las previsiones de la Ley Foral y las funciones atribuidas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en dicho art. 88 o las que el art. 33 de la Ley 16/2003 atribuye al Ministerio de Sanidad.

Desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE, si bien cabría relacionar la regulación estatal con el principio de igualdad efectiva en las prestaciones básicas de salud, esa conexión es indirecta, instrumental, porque se refiere más a aspectos organizativos que prestacionales. Tanto el art. 96 de la Ley 29/2006 como el art. 33 de la Ley 16/2003 se encuadran, fundamentalmente, en las bases y coordinación general de la sanidad del art. 149.1.16 CE. Para contrastar una regulación autonómica con la regla del art. 149.1.1 CE, habría que

acudir necesariamente a aquellas normas estatales que recojan los contenidos mínimos y sustantivos que conforman la prestación sanitaria de que se trate, y el derecho del ciudadano a recibirla. Y ese contenido remite al catálogo de prestaciones, a los derechos reconocidos en relación con la prestación farmacéutica y a las garantías necesarias para hacerlos efectivos, esto es, a los arts. 7, 10, 12, 16 y 23, entre otros, de la Ley 16 /2003, sin que parezca necesario verificar la adecuación de la regulación foral a este régimen prestacional básico, porque los preceptos que lo integran no han sido invocados en el Auto de planteamiento, faltando así el canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 109/2003, de 5 de junio, 152/2003, de 17 de julio, y 98/2004, de 25 de mayo).

d) Entrando en el análisis individualizado de los preceptos cuestionados, el art. 28, apartados 1 y 3, regula un órgano colegiado que busca el equilibrio de intereses entre la representación social y corporativa de los farmacéuticos, y que la Comunidad Foral ha creado en ejercicio de sus facultades de autoorganización (STC 251/2006, de 25 de julio) y de la competencia que tiene atribuida en virtud del art. 53, apartados 1 y 2, LORAFNA. Ni siquiera resulta posible llevar a cabo un juicio comparativo con el art. 107.4 LGSS 1974, ya que éste no prevé órgano colegiado alguno, salvo en caso de desacuerdo para el concierto o por imposibilidad de su aplicación. Tras la entrada en vigor de la Constitución, con un reconocimiento pleno del derecho de asociación, la representación de intereses no puede ser monopolizada por las organizaciones corporativas, habiendo sido derogado el art. 5.c) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que les atribuía la función de servir de vía de participación orgánica en las tareas de interés general. Hoy los colegios profesionales tienen la función representativa que establezcan las leyes, concepto referido tanto a las estatales como a las autonómicas, siempre que se dicten en el ámbito de sus respectivas competencias.

El carácter voluntario de la adhesión al acuerdo marco recogido en el art. 29.2 no entra en contradicción con la normativa básica reguladora de los conciertos, ni con el régimen jurídico básico aplicable a las oficinas de farmacia. No cabe objetar que la dispensación de medicamentos es un deber legal que se impone a las oficinas de farmacia, con el efecto del automatismo en la concertación. Las pretendidas diferencias entre el carácter voluntario u obligatorio de la concertación no existen, pues tanto en la regulación estatal (art. 97 de la Ley 25/1990) como en la autonómica se configura como obligatorio para el sujeto público, y como voluntaria para el farmacéutico. La obligación de dispensación es genérica y se predica de las oficinas de farmacia; pero, en todo caso, la responsabilidad en relación con la prestación farmacéutica es pública, y corresponde al Sistema Nacional de Salud hacerla efectiva, sin que se transfiera el deber de prestación a la oficina de farmacia, cuya función se circunscribe al ámbito de la colaboración necesaria que permita materializar la prestación. No obstante, tal colaboración no es incondicionada ni automática, sino que debe realizarse cumpliendo los requisitos legales, entre los que se encuentran los vinculados al régimen de concertación. Al titular de la oficina de farmacia se le podrá reconocer en abstracto un derecho-deber en relación con la dispensación de medicamentos, pero no la obligación de atender las recetas del Sistema Nacional de Salud si no ha concertado con la Administración sanitaria y, por ello, no se encuentra en la situación de poder exigir el importe económico de la aportación pública.

El carácter voluntario de la concertación para las oficinas de farmacia no choca con el deber de prestación farmacéutica, que subsiste como deber general, con independencia del sistema (voluntariamente concertado o no) de articulación de dicha prestación, como se deduce del art. 97 de la Ley 25/1990.

Tampoco el carácter voluntario del concierto puede producir efectos perjudiciales al beneficiario de la prestación, puesto que el sistema de planificación establecido en la Ley Foral permite garantizar las prestaciones y su accesibilidad, mediante el incremento del número de farmacias (art. 26.2).

Afirmar la exigencia de concierto corporativo supone negar a los titulares de las oficinas de farmacia derechos elementalísimos como el de contratar o el de percibir directamente los ingresos que se deriven de su actividad, sin necesidad de intermediación

colegial, que impone restricciones a la libertad que no encuentran cobertura alguna en la legislación sobre colegios profesionales. La discrepancia real estriba en una cuestión burocrática: si se factura individualmente o a través del colegio profesional. Y dicha discrepancia carece de contenido constitucional, teniendo en cuenta además que esa función colegial ha sido sustancialmente modificada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, que modifica el art. 5 p) de la Ley 2/1974 para establecer que los colegios podrán encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales sólo cuando el colegiado lo solicite libre y expresamente.

En cuanto al régimen de las farmacias no adheridas, como todas las demás, por su consideración como servicio de interés público, están sometidas a la legislación vigente tanto estatal como autonómica, por lo que quedarían únicamente exceptuadas de las obligaciones directamente vinculadas a la concertación, pero manteniéndose en plenitud el régimen de intervención administrativa que disciplina la actividad. Así lo dispone el art. 22 de la Ley Foral 12/2000 y el Decreto Foral 129/2003, de 26 de mayo.

Finalmente, la regulación del art. 32 no guarda relación con el proceso *a quo*, por lo que no resulta necesario su enjuiciamiento por el Tribunal.

Concluye el primer escrito de alegaciones solicitando la inadmisión de la cuestión en relación con los arts. 28, 1 y 3, 29.1 y 32, y la desestimación en lo demás, si bien el segundo solicita la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, y la declaración de constitucionalidad de todos los artículos afectados por el Auto de planteamiento.

10. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 28 de septiembre de 2007, interesando la estimación parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad, concretamente en lo que se refiere a los arts. 29, 31.2 f) y 32 de la Ley Foral 12/2000, por los motivos que se resumen a continuación.

a) Tras constatar que no concurren óbices procesales, y que no existe duda alguna respecto del juicio de relevancia efectuado en el Auto de planteamiento, inicia el estudio de fondo sobre las dudas de inconstitucionalidad exponiendo el contenido de la legislación estatal aplicable (arts. 107.4 LGSS 1974, 93 de la Ley 25/1990 y 33.2 de la Ley 16/2003) y la doctrina constitucional relativa a la normativa básica, con cita de la STC 109/2003, de 1 de julio, FJ 4, entre otras, para concluir que los arts. 93 de la Ley 25/1990 y 33.2 de la Ley 16/2003 han sido formalmente identificados por las Cortes Generales como preceptos básicos, deduciéndose igualmente tal condición de su contenido, desde una perspectiva material, en la medida en que regulan un núcleo de interés general a modo de común denominador regulativo de la materia afectada, la dispensación de medicamentos a los ciudadanos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, principio ahora explicitado en el art. 88 de la Ley 29/2006.

Sin embargo, en lo que respecta al art. 107.4 LGSS 1974, su carácter de norma preconstitucional y la falta de pronunciamiento explícito del legislador al respecto, hace que el entendimiento de este precepto como norma básica deba abordarse con cautela y precise de matizaciones de partida. Entiende que, pese a no haber sido derogado expresamente, el precepto no se ha visto confirmado en su totalidad por la normativa postconstitucional e incluso es opuesto en cierta medida a ella y, en cualquier caso, no articula un modelo único de concertación en cuanto a contenido y sujetos concertantes que necesariamente deba ser reproducido a nivel autonómico. Concretamente, considera que, en cuanto a la obligación de las oficinas de farmacia de dispensar los medicamentos, el contenido del precepto ha sido confirmado por el legislador postconstitucional [arts. 88.1.d) y 93.2 de la Ley 25/1990 y 84.3 de la Ley 29/2006].

No es el caso del segundo de los aspectos regulados por el precepto, el modelo de concierto con laboratorios y farmacias a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, que resulta determinante para la inconstitucionalidad de las normas autonómicas cuestionadas. En este caso, el legislador postconstitucional ha establecido criterios no coincidentes (arts. 93.3, 94.6 y 97.2 de la Ley 25/1990 y 96.2 de la Ley 29/2006), que conducen a estimar que el modelo de concertación que establece ni es único ni forzosamente ha de ser reproducido a nivel autonómico, resultando más bien ya

inaplicable como tal modelo. Al margen de que ello afectase al carácter obligatorio de la concertación y a los sujetos concertantes, lo cierto es que el sistema de precios que instauró la Ley 25/1990 y desarrolló el Real Decreto 1035/1999, de 18 de junio, por el que se regula el sistema de precios de referencia en la financiación de medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, ha sido derogado por la Ley 29/2006, que introduce una regulación detallada en sus arts. 90 a 93, y el Real Decreto 1338/2006, de 21 de noviembre, dictado al amparo de la competencia estatal sobre legislación de productos farmacéuticos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 149.1.16 CE.

En el ordenamiento vigente (art. 90 de la Ley 29/2006), corresponde al Consejo de Ministros establecer el régimen general de fijación de los precios industriales y las cuantías económicas correspondientes a su distribución y dispensación, a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos fijar el precio industrial máximo, y al Ministerio de Sanidad y Consumo establecer el precio de venta al público mediante agregación de los anteriores. Considerado como legislación sobre productos farmacéuticos dictada al amparo del art. 149.1.16 CE, no cabe abrigar dudas acerca de tal carácter y de su condición, en el peor de los casos, de común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias.

El art. 88 de la Ley 29/2006 reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar su prescripción y utilización que puedan adoptar las Comunidades Autónomas, y de todo ello cabe deducir que la materia atinente al precio de los medicamentos es cuestión de exclusiva competencia estatal, sea entendida como legislación farmacéutica (art. 149.1.16 CE) o como elemento a incluir en el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), con lo que ello implica conforme a la STC 195/1996, de 28 de noviembre, citada en el Auto de planteamiento. Por tanto, sobre esta materia no cabe reconocer competencias normativas a las Comunidades Autónomas ni disponibilidad que permita a éstas concertar sobre tal aspecto con laboratorios u oficinas de farmacia, por lo que la referencia al art. 107.4 LGSS 1974 en este aspecto y el pretendido empleo de su contenido para sostener que ello se pueda hacer por la Comunidad Autónoma, y necesariamente con la representación corporativa de las oficinas de farmacia, simplemente no debe entenderse admisible desde la perspectiva constitucional, recordando al respecto que el art. 54.1 LORAFNA sólo concede a Navarra competencia en materia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

b) De tales premisas cabe deducir la inconstitucionalidad del art. 31.2 f) de la Ley Foral 12/2000, relativo a las condiciones económicas de la atención farmacéutica y de provisión de medicamentos a los ciudadanos a incluir en el concierto, salvo que se entendiera que las mismas no tienen relación alguna con el precio de los medicamentos, lo cual es harto difícil de sostener sin introducir una indeseable ambigüedad, origen de conflictos y desigualdades respecto del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad dentro del Sistema Nacional de Salud (arts. 93.1 de la Ley 25/1990 y 88.1 de la Ley 29/2006), que, por su conexión con el derecho a la salud (art. 43 CE), afectaría al art. 149.1.1 CE y supondría un riesgo de quiebra del sistema unitario y universal, perteneciente a la esfera de competencia exclusiva estatal para garantizar las debidas condiciones de igualdad en materia de obtención de medicamentos, dentro del régimen público general de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE).

En otro orden de consideraciones, aunque el art. 107.4 LGSS 1974 sólo contempla la concertación sobre precio y condiciones económicas, y aunque dialécticamente se planteara y admitiera su vigencia, no puede concluirse que sólo está autorizada la concertación sobre esta concreta materia. Para el resto, el régimen aplicable dispone que 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 del derogado art. 93.3 de la Ley 25/1990 y del actual art. 88.2 de la

Ley 29/2006 y, en su caso, de las condiciones generales acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 88.2 de la Ley 29/2006).

En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden concertar sobre materias no excluidas de la concertación y, desde la perspectiva constitucional, no se deriva la consecuencia obligada de que la representación de las oficinas de farmacia haya de ser –en los supuestos en los que proceda la concertación– necesariamente atribuida a la proporcionada por el Colegio de Farmacéuticos, pudiendo haber otras soluciones válidas, cuya pertinencia parece más bien una cuestión de legalidad ordinaria. En definitiva, aunque en el modelo estatal la concertación se realizase con dicha representación corporativa, ello no es una cuestión de relevancia constitucional; y mucho menos cabe entender que dicho modelo deba ser reproducido por las Comunidades Autónomas, pues ello contravendría su capacidad de autoorganización.

Por ello se entiende que el art. 28.1 de la Ley Foral 12/2000, que diseña la Comisión de Atención Farmacéutica y establece su composición, no invade ni constituye una quiebra de la normativa básica estatal, sino que es mera expresión de las facultades de autoorganización administrativa, invocando al respecto la STC 364/2006, de 20 de diciembre. Y, por idéntica razón, tampoco el art. 28.3 presentaría contenido contrario a la Constitución.

Por el contrario, procede la declaración de inconstitucionalidad del art. 29, en la medida en que refiere la eficacia y el valor de la concertación únicamente a los propietarios titulares de oficinas de farmacia que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco, estableciendo así dos tipos de farmacias en colisión con lo dispuesto por la normativa estatal, y sin regular, como advierte el Auto de planteamiento, la situación de las farmacias no adheridas, dejando en la mayor incertidumbre la garantía del derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad dentro del Sistema Nacional de Salud.

Salvados los aspectos anteriormente reseñados, no se advierte en el art. 30 una contradicción con la normativa básica estatal, pudiendo ser interpretado constitucionalmente, en la medida en que no deriva del mismo necesariamente un régimen distinto para farmacias concertadas y no concertadas, pues cabe interpretar que, ante la inexistencia de acuerdo o desacuerdo parcial, las condiciones mínimas de la prestación farmacéutica son comunes a todas ellas.

Por lo que atañe al art. 31, salvedad hecha de lo ya expuesto en el apartado 2 f) en cuanto a las condiciones económicas en la atención farmacéutica y la provisión de medicamentos a todos los ciudadanos, es admisible la concertación sobre el resto de los aspectos contemplados en el precepto, de contenido no económico, en la medida en que una interpretación contraria podría vaciar de contenido la competencia autonómica en materia de desarrollo de la legislación básica, de ejecución de los servicios sanitarios y, más particularmente, de medidas tendentes a racionalizar la prescripción y utilización de los medicamentos (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3, y las allí citadas).

Finalmente, comparte las razones del Auto de planteamiento para considerar inconstitucional el art. 32, por partir de la existencia de dos tipos de farmacias, concertadas y no concertadas, alterando el régimen unitario, universal y general establecido en la referida normativa básica estatal, al excluir del convenio, por extinción, a las farmacias cuyos titulares se encuentren en determinados supuestos. Como apunta el órgano judicial proponente, algunas de esas causas pudieran motivar la privación o suspensión de derechos al farmacéutico, o incluso el cierre de la farmacia, al igual que sucede en la normativa estatal, tras el oportuno expediente sancionador y por el tiempo que la ley autorice, pero no es aceptable que ello pueda ocurrir de forma definitiva y por la mera aplicación del concierto.

11. Por providencia de 4 de junio de 2013 se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 6 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considera en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 que los arts. 28, 1 y 3, 29, 30.4, 31.2 y 32 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, pueden ser contrarios a los arts. 149.1, apartados 1, 16 y 17 CE, y a los arts. 53.1 y 54.1.a) de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA).

Entiende el órgano judicial que en dichos preceptos se altera sustancialmente el régimen establecido en la legislación básica estatal, consistente en un modelo de concertación general y universal para la dispensación de medicamentos por parte de las oficinas de farmacia, que garantiza la efectiva igualdad de todos los ciudadanos, fijando las condiciones económicas en las que aquéllas deberán suministrar los medicamentos financiados por el sistema público de Seguridad Social, concertación que tiene carácter vinculante y que ha de realizarse con los representantes colegiales de los farmacéuticos.

El Abogado del Estado considera que la regulación cuestionada resulta inconstitucional por quebrar el modelo sanitario básico que, en garantía del acceso igualitario a la prestación farmacéutica, se funda en los criterios generales y comunes establecidos por el Estado, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y en el carácter vinculante del concierto que se celebre por cada servicio de salud con las representaciones de las oficinas de farmacia, sin necesidad de adhesión o negociación individual.

El Fiscal General del Estado interesa la estimación parcial de la presente cuestión de inconstitucionalidad, concretamente en lo que se refiere a los arts. 29, 31.2 f) y 32, al considerar que se establecen dos tipos de farmacias en colisión con lo dispuesto en la normativa estatal, dejando sin regulación la situación de las farmacias no adheridas al concierto, y que la materia atinente al precio de los medicamentos es cuestión de exclusiva competencia estatal.

Por su parte, las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Navarra estiman que la Ley Foral 12/2000 se ha dictado en ejercicio de las competencias que corresponden a la Comunidad Foral en materia de sanidad, habiéndose respetado la legislación básica estatal.

2. En los términos que han quedado sucintamente expuestos, y extensamente detallados en los antecedentes, la cuestión de inconstitucionalidad sometida a nuestro juicio es de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción del orden constitucional de distribución de competencias en que pudiera haber incurrido la Ley Foral 12/2000 derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la normativa estatal básica.

Resulta por tanto obligado abordar en primer lugar algunas cuestiones relativas a la determinación de la normativa estatal que ha de servir como parámetro de la constitucionalidad mediata de la Ley Foral 12/2000 objeto de este proceso constitucional, sobre el que las partes expresan diversas discrepancias.

a) Es criterio reiterado de este Tribunal que «la doctrina del *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia (por todas, STC 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y las allí citadas), no resulta aplicable, como ha precisado este Tribunal, a las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 4/2011, de 14 de febrero, FJ 3; 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 3; y 86/2012, de 18 de abril, FJ 3)» (STC 191/2012, de 20 de octubre, FJ 2). Como razonamos en la STC 178/2004, de 21 de octubre, la regla general en las cuestiones de inconstitucionalidad es la utilización, como canon de enjuiciamiento, de la legislación vigente en el momento de referencia para la aplicación por el órgano judicial *a quo* de la norma cuestionada, considerando que la «frecuente explicación de la cuestión de inconstitucionalidad con apoyo en la idea de la “prejudicialidad” y de la “colaboración” entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional fundamenta la diferencia de los

criterios generales sobre el canon de enjuiciamiento aplicable a la cuestión y al recurso de inconstitucionalidad» (FJ 5).

Por tanto, la evolución legislativa estatal posterior «no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados, los cuales se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*» [por todas, STC 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1 c)].

Según consta en el testimonio del recurso de casación que acompaña al Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de mayo de 2002, por el que se aprueba el acuerdo marco de concertación con las oficinas de farmacia (publicado en el «Boletín Oficial de Navarra» de 9 de agosto de 2002), fue interpuesto con fecha 24 de octubre de 2002. Por tanto, en razón a su posterior entrada en vigor, la doctrina expuesta determina que, en este proceso constitucional, queden excluidas de nuestro análisis tanto la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, como la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

b) El carácter preconstitucional del art. 107 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, no excluye *a radice* su relevancia en este proceso constitucional, ya que «es doctrina consolidada que la dimensión material de las normas básicas permite que pueda extraerse de las normas preconstitucionales (que, obviamente, no pueden atender a la exigencia de explicitación formal como normas básicas) los principios o criterios que pudieran tener tal carácter ... sirviendo, así, de parámetro de contraste con la norma objeto de la presente cuestión» (STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 9). No obstante y en esta misma Sentencia hemos advertido que «la operación de deducir bases normativas de la legislación preconstitucional ha de realizarse con suma cautela y teniendo siempre presentes las categorías contenidas en la Constitución respecto del reparto constitucional y el alcance de las mismas» [FJ 10 b)].

En consecuencia, y en los antedichos términos, no cabe excluir de antemano que el art. 107 LGSS 1974 integre el bloque normativo que ha de servir como parámetro de la constitucionalidad mediata de la Ley Foral 12/2000, sin perjuicio de lo que resulte de su análisis material, inexcusable para dilucidar en qué medida cabe inferir de dicho precepto estatal bases normativas que sean relevantes en este proceso constitucional.

3. En relación con el ámbito material en el que debe incardinarse la regulación cuestionada, dijimos ya en la STC 109/2003, de 5 de junio, que la configuración de las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios» (art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad) lleva al encuadramiento competencial de las normas que regulen su régimen jurídico en la materia regida por el art. 149.1.16 CE. Confirmamos así los pronunciamientos de las SSTC 32/1983, de 28 de abril, y 80/1984, de 20 de julio, «al señalar que “la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir, a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados” (STC 80/1984, FJ 1)» (FJ 3).

Por su parte, la STC 98/2004, de 25 de mayo, abordó específicamente el análisis de la prestación farmacéutica, en su dimensión de prestación sanitaria del Sistema Nacional de

Salud, tomando en consideración lo dispuesto por los arts. 93 y 94 de la Ley 25/1990. Rechazamos entonces su encuadramiento en el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), «pues en tanto que el precepto aquí impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el “Sistema Nacional de Salud”, nuestro control de la constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea el de la ‘sanidad’ (art. 149.1.16 CE) y no el de la “Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE). En efecto, el “Sistema Nacional de Salud” tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa», entre las que se incluye «la “prestación farmacéutica” (configurada tanto por los “medicamentos” como por los “productos sanitarios” necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios), siendo esta última a la que el precepto impugnado se refiere, al regular uno de los aspectos que garantizan el acceso a ella a través de la financiación pública selectiva del medicamento». Por tanto, pese a «la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social ... no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos», añadiendo que «ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias» (FJ 5).

En lo relativo a la invocación del 149.1.1 CE, «dada la función uniformadora que ha de cumplir la normativa básica, ha de señalarse que tal competencia queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, que es más específica y puede dotarse también de un mayor contenido» (STC 109/2003, FJ 3).

En consecuencia, habremos de analizar la constitucionalidad de los preceptos objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad desde la perspectiva de la distribución de competencias en materia de sanidad, en cuya virtud corresponde al Estado la competencia de dictar las bases y ejercer funciones de coordinación general, ex art. 149.1.16 CE, en tanto que el art. 53 LORAFNA dispone que en «materia de sanidad interior e higiene, corresponden a Navarra las facultades y competencias que actualmente ostenta, y además, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado» (apartado primero), precisando el apartado segundo que, dentro de su territorio, «Navarra podrá organizar y administrar todos los servicios correspondientes a la materia a la que se refiere el apartado anterior y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones relacionadas con las mismas».

Así encuadrado el debate, y como recordamos en la STC 109/2003, de 5 de junio, al ser la inconstitucionalidad denunciada «de naturaleza mediata o indirecta ... por derivar, no de una contradicción formal con la Constitución, sino de la colisión con un precepto pretendidamente básico, este Tribunal debe determinar inicialmente si la norma estatal que opera como canon en el control de constitucionalidad de la ley autonómica tiene, en efecto, carácter básico ... Y es que, según indicamos en la STC 156/1995, refiriéndonos a las disposiciones autonómicas presuntamente vulneradoras del orden competencial, en el caso de las leyes que desarrollan legislación básica del Estado, tal vulneración sólo se produce

cuando la propia ley básica es respetuosa con dicho orden (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3)» (FJ 7).

4. Antes de iniciar el examen de los preceptos cuestionados, y en aras de la claridad expositiva, conviene resumir de modo sistemático los rasgos principales del régimen establecido por la Ley Foral 12/2000 para la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud.

Se establece con carácter general que los profesionales implicados en la atención farmacéutica tienen, entre otras, las obligaciones de suministrar o dispensar los medicamentos que se les soliciten en las condiciones legal o reglamentariamente establecidas [art. 11.2 a)] así como de atender las recetas oficiales prescritas por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, percibiendo en el acto de dispensación únicamente la aportación establecida con cargo al beneficiario en la normativa del Sistema Nacional de Salud o en el concierto acordado con la representación de los titulares-propietarios de las oficinas de farmacia [art. 11.2 j)].

El concierto al que hace referencia el art. 11.2.j) se regula en la sección cuarta del capítulo II del título II, bajo la rúbrica «Comisión de Atención Farmacéutica y concertación de los propietarios-titulares de oficinas de farmacia con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», de la que forman parte los preceptos que constituyen el objeto de este proceso constitucional. Conforme a lo previsto en dicha sección, la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud se rige por el sistema de concierto. Se reconoce a los propietarios-titulares de oficinas de farmacia abiertas al público en Navarra el derecho de concertación (art. 29.1), y se establece el correlativo deber del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea de concertar con aquellos propietarios-titulares que se hayan adherido voluntariamente al acuerdo marco sobre condiciones para dicha dispensación, aprobado por el Departamento de Salud (art. 29.2).

El mencionado acuerdo marco es objeto de negociación en una subcomisión creada en el seno de la Comisión de Atención Farmacéutica (art. 28.3), a partir de la propuesta general elaborada por el Departamento de Salud, que contendrá los elementos a considerar en el mismo, así como aquellos condicionantes cuya inclusión se considere necesaria para una adecuada asistencia farmacéutica (art. 30.1). La subcomisión, de carácter paritario, estará compuesta por tres miembros de la Comisión de Atención Farmacéutica que representan al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y otros tres designados entre los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia (art. 28.3).

En caso de alcanzarse un consenso sobre el contenido del acuerdo marco, éste será vinculante para la Comisión de Atención Farmacéutica y para el propio Departamento de Salud [art. 30.3 a)]. Corresponde a este último su formalización, aprobando y publicando las condiciones para los conciertos de las oficinas de farmacia, y otorgando a los titulares-propietarios la posibilidad de adherirse a las mismas mediante la formalización de un concierto con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (art. 30.4), siempre que reúnan los requisitos establecidos en el art. 78 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud (art. 32).

El concierto que se formalice en este marco deberá cumplir las condiciones generales contempladas en el art. 30.1, por remisión a la citada Ley Foral 10/1990, y comprenderá los siguientes aspectos: horario de apertura al público; calidad en la prestación del servicio (número de farmacéuticos que presten atención farmacéutica, en relación con el volumen de dispensación de medicamentos y productos sanitarios); recursos materiales (adecuación de las existencias de medicamentos, efectos y accesorios existentes en la oficina de farmacia al perfil de utilización existente en la zona básica de salud); acreditación para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales de acuerdo con las normas de correcta elaboración; participación en los programas de uso racional del medicamento y educación sanitaria a la población que establezca la zona básica de salud; condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de medicamentos a los ciudadanos; promoción de la utilización de medicamentos genéricos; realización de los turnos de guardia que establezca el Departamento de Salud; y

colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la atención farmacéutica y sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria (art. 31.2).

En caso de desacuerdo total o ausencia de acuerdo marco, el Gobierno de Navarra, a propuesta del Departamento de Salud, establecerá con carácter provisional las condiciones mínimas de la provisión de las prestaciones farmacéuticas, con los efectos previstos en el art. 30.4, es decir, abriendo la posibilidad de adhesión de los propietarios-titulares en los términos anteriormente descritos (art. 30.5).

5. Expuesta la regulación autonómica, analizaremos en primer lugar si el derecho de concertación reconocido en los arts. 29 y 30.4 resulta compatible con la legislación básica estatal.

a) De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la Ley general de sanidad regula, junto a actividades sanitarias públicas, otras privadas, para cuyos establecimientos reconoce tanto la incidencia del interés público cuanto la libertad de empresa a la que aquel interés puede sujetar a restricciones diversas. Pues bien, los distintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito inciden directamente sobre el modo y la forma en que los establecimientos sanitarios privados sirven al interés público sanitario (la dispensación de medicamentos en el caso de las farmacias). De modo que, cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, estaremos, indudablemente, ante materia propia de las bases y, por lo tanto, competencia del Estado» (STC 109/2003, FJ 8).

De la normativa estatal se desprende que el régimen de concierto con las oficinas de farmacia no sólo no está vedado, sino que forma parte del ámbito de colaboración público-privado en el que se desenvuelve la prestación del servicio farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud. En efecto, de acuerdo con el art. 103.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en su título IV, en el que está expresamente contemplado el régimen de concierto para la prestación de servicios sanitarios (art. 90.1). Esta apreciación se corrobora mediante la lectura del art. 97.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que dispone que, con independencia de las obligaciones legal y reglamentariamente establecidas, 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 del art. 93.3. Tal normativa resulta básica tanto desde la perspectiva formal (arts. 2.1 de la Ley 14/1986 y 2.2 de la Ley 25/1990) como material, al incorporar un modelo de concertación voluntaria directamente conectado con el servicio al interés público sanitario, al que hicimos referencia en la citada STC 109/2003.

Por su parte, el art. 93.3 de la Ley 25/1990 prevé 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. Es oportuno precisar al respecto que tales acuerdos, adoptados en el seno de un órgano de cooperación y coordinación, deben ser interpretados en los términos de la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que determinamos que «[l]a necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida implica la creación de instrumentos que permitan articular la actuación de las diversas Administraciones públicas, entre los que se encuentran las Conferencias sectoriales», sin que el legislador estatal pueda incidir «en el ejercicio de las competencias que, de acuerdo con el esquema constitucional de distribución de las mismas, hayan asumido las Comunidades Autónomas. De aquí que dichas conferencias no puedan sustituir a los órganos propios de las Comunidades, ni sus decisiones puedan anular las facultades decisorias de los mismos; las conferencias sectoriales han de ser órganos de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción ... No obstante,

es preciso señalar que entre las competencias estatales figura de forma explícita la coordinación en diversos preceptos de la Constitución, con el alcance previsto en cada uno de ellos, y, en estos casos en que existe una atribución constitucional expresa, el alcance de los acuerdos de los órganos coordinadores será el que se derive del ejercicio de la correspondiente competencia» (FJ 13).

No obstante, importa destacar que, a efectos de este proceso constitucional, no nos corresponde examinar si el acuerdo objeto del proceso *a quo* resulta contrario a un eventual acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que, por su contenido, pudiera tener la naturaleza coordinadora que, en los términos de la citada Sentencia, deriva del propio art. 149.1.16 CE, lo que habría de ser, en su caso, objeto de un juicio de legalidad ordinaria. Lo relevante aquí es que el marco básico descrito despeja la primera duda acerca de la constitucionalidad de la Ley Foral 12/2000, toda vez que el régimen de conciertos con las oficinas de farmacia previsto en la misma no sólo no entra en contradicción con la legislación básica estatal, sino que es uno de los instrumentos que ésta contempla en el ámbito de la colaboración de las farmacias con el Sistema Nacional de Salud, como reza la rúbrica del citado art. 97 de la Ley 25/1990.

b) En este contexto, y avanzando un paso más, procede ahora examinar si la dispensación de medicamentos puede ser objeto específico del régimen de concierto o, si por el contrario, se trata de una obligación de origen legal que no consiente la adhesión voluntaria.

De acuerdo con el art. 107.3 LGSS 1974, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social «se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar su dispensación». A estos efectos el apartado 4 del mismo precepto previó un sistema de concierto entre la Seguridad Social y los laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, regulando asimismo el procedimiento a seguir en los casos de falta de acuerdo o falta de aceptación del régimen pactado por parte de uno o varios laboratorios.

Sin embargo, tal régimen de concertación general fue establecido en relación con la prestación farmacéutica de la Seguridad Social en sentido estricto, formando así parte de un ámbito material ajeno al encuadramiento competencial de este debate procesal, como ha quedado expuesto en el fundamento jurídico 3. Baste pues señalar, sin entrar a dilucidar la vigencia total o parcial del art. 107 LGSS 1974, que, a la vista de la posterior evolución legislativa, no es posible identificar las prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social y del actual Sistema Nacional de Salud, en el contexto de descentralización autonómica de la prestación del servicio sanitario. Hito de esta transición es el art. 3.2 de la Ley general de sanidad, al extender la asistencia sanitaria pública a toda la población española y proclamar que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva y, en concreto y en lo que aquí interesa, al reconocer el derecho de todos a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado (art. 10.14). En la misma línea, el art. 93.1 de la Ley 25/1990 reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional, dentro del Sistema Nacional de Salud.

Este derecho tiene su deber reflejo en el art. 88.1 de la misma Ley 25/1990, que remite a las Administraciones sanitarias competentes la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta, entre otros criterios, el previsto en su apartado d), a cuyo tenor las oficinas de farmacia «vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas». La efectividad del deber de dispensación aparece por tanto condicionada en el propio precepto básico, al requerir un complemento normativo sin el cual no podría exigirse su cumplimiento, por elementales razones de seguridad jurídica. Así lo hemos señalado previamente, indicando que el art. 88.1 d), «amén de establecer ese núcleo esencial, también hace mención expresa a que la obligación de dispensación lo sea en 'las condiciones reglamentariamente establecidas',

lo que implica, obviamente, una explícita remisión a la colaboración reglamentaria», estando las Comunidades Autónomas «habilitadas por el propio art. 88.1 de la Ley del medicamento, que establece que las Administraciones sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán la de las oficinas de farmacia conforme, entre otros, al criterio de garantizar la adecuada asistencia farmacéutica» (STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 3). Tal consideración resulta también válida, evidentemente, para la normativa autonómica de rango legal, pues como determinamos en la STC 161/2011, de 19 de octubre, «el titular de un establecimiento de farmacia presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan» (FJ 3).

La normativa de desarrollo del deber básico establecido en el art. 88.1.d) de la Ley 25/1990 deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos «no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). En este sentido, es necesario resaltar que el art. 43.2 CE llama a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, debiendo ser la ley la que establezca los derechos y deberes de todos al respecto. Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1.d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal vacía de contenido efectivo.

Al abordar este desarrollo normativo, necesariamente habrá de respetarse el núcleo esencial del deber de dispensación, que es de naturaleza legal y de indiscutible naturaleza básica, por estar vinculado al interés público sanitario y a la garantía de acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva para todos los ciudadanos. Ello supone que la Comunidad Foral de Navarra, competente para el desarrollo de este precepto básico, podrá y deberá fijar las condiciones en que deberá efectuarse la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, pero tal normativa de desarrollo no puede poner en entredicho la existencia misma del deber legal de dispensación, ya que con ello se vulnera la normativa básica. Así sucede con el derecho de concertación que la Ley Foral 12/2000 reconoce a los propietarios titulares de oficina de farmacia, que incluye la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, dando lugar a un régimen dual que aparece descrito en su exposición de motivos en los siguientes términos: «[l]a doble condición de las oficinas de farmacia como establecimientos privados de interés público se refleja en la presente Ley Foral en la distinción de unas disposiciones de carácter general aplicables a todas las oficinas de farmacia, en cuanto a requisitos a cumplir para obtener la oportuna licencia de apertura, y de otras condiciones más específicas en relación al modo, manera y condiciones de prestación farmacéutica, y cuya concertación compete al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como responsable de la gestión de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra».

Se enerva de esta manera el cumplimiento del deber legal de dispensación, que queda al arbitrio de la libre y voluntaria decisión de los propietarios-titulares de las oficinas de farmacia, en abierta contradicción con lo previsto en el art. 88.1.d) de la Ley 25/1990. Por este motivo, incurre en inconstitucionalidad el art. 29 de la Ley Foral 12/2000, al reconocer su apartado 1 un derecho de concertación directamente vinculado, en su apartado 2, a la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, que se hace así depender de la adhesión voluntaria de los propietarios titulares de las oficinas de farmacia al acuerdo marco tantas veces mencionado. Por el mismo motivo, resulta asimismo inconstitucional el art. 30.4, en

el inciso «y otorgará la posibilidad de que los titulares-propietarios puedan adherirse a las mismas mediante su formalización con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», dado que reitera el indicado régimen de adhesión voluntaria.

6. De la conclusión alcanzada en el fundamento jurídico anterior, empero, no cabe deducir la inconstitucionalidad del entero régimen de concertación establecido por la Ley Foral 12/2000. Así lo impone el principio de conservación de la ley, que obliga a «apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y apreciar la invalidez sólo de aquellos cuya incompatibilidad resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (por todas, STC 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 7).

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la legislación básica estatal ha optado por fijar un modelo basado en dos pilares: un genérico deber de dispensación cuya efectividad requiere de norma heterónoma [art. 88.1.d) de la Ley 25/1990], y un régimen de concertación potestativo con las oficinas de farmacia, «con independencia de las obligaciones establecidas en esta Ley y las que reglamentariamente se determinen», como expresamente se recoge en el art. 97.2 de la Ley 25/1990. Por tanto, una vez que la Ley Foral 12/2000 ha quedado depurada de la inconstitucionalidad derivada de la infracción del primero de dichos pilares, y constatando que la normativa básica abre la posibilidad de concertación voluntaria siempre que quede al margen de la misma el cumplimiento de las obligaciones de origen legal, nos corresponde analizar bajo esta óptica el resto de los preceptos cuestionados, que no se refieren expresamente a la dispensación de medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

a) Entre los aspectos que quedan comprendidos en el concierto, el art. 31.2.f) incluye las «condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de los medicamentos a los ciudadanos», lo que se reputa contrario al régimen de precios establecido por la legislación básica estatal en relación con la financiación de especialidades farmacéuticas en el Sistema Nacional de Salud.

Al respecto, hemos de recordar que en la STC 98/2004, antes citada, afirmamos el carácter formal y materialmente básico de la normativa estatal que regula la prestación farmacéutica y su financiación pública, aludiendo concretamente a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo art. 16 remite a lo dispuesto en la Ley 25/1990, que constituye la norma relevante para determinar la constitucionalidad indirecta o mediata en este proceso constitucional, según lo razonado en el precedente fundamento jurídico 2 a). Dijimos entonces que «la financiación pública del medicamento, a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente, es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado ... De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» (FJ 7).

Pero también precisamos a continuación que «esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)». Por tanto, el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad «presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad

Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión» (FJ 7). A partir de este razonamiento, concluimos en dicha Sentencia en una interpretación de conformidad, entendiendo que la facultad atribuida en aquel caso al Gobierno de Canarias «lo es sólo para fijar precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal» (FJ 8).

Precisamos asimismo en la STC 136/2012, de 19 de junio, que «la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional» (FJ 5).

En atención a esta doctrina, el precepto admite una interpretación conforme, con apoyo adicional en el art. 47.4 s) de la propia Ley Foral, que en la tipificación de las infracciones distingue nítidamente entre el incumplimiento de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas por la legislación estatal, y otras condiciones económicas comprendidas en el acuerdo marco que sirve de base a los conciertos. Procede entender, por tanto, que la fijación mediante concierto de las «condiciones económicas en la atención farmacéutica y de la provisión de los medicamentos a los ciudadanos» no resulta inconstitucional, siempre que dichas condiciones se refieran a aspectos distintos de las condiciones económicas sobre aportación del beneficiario establecidas en la legislación estatal.

Así interpretado, el precepto no vulnera la legislación básica estatal, y así se dispondrá en el fallo.

b) Los restantes elementos que deben formar parte del contenido del concierto, según el art. 31.2, encajan sin ninguna dificultad en las previsiones de la legislación básica estatal.

En lo relativo a los horarios, turnos de guardia o vacaciones, el art. 6.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, dispone que las oficinas de farmacia «prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia». Tal precepto básico tiene su reflejo en el art. 22.1 de la Ley Foral 12/2000, que ha sido desarrollado mediante la aprobación del Decreto Foral 129/2003, de 26 de mayo, por el que se establece el horario de atención al público, el servicio de guardia y el cierre temporal por vacaciones de las oficinas de farmacia, de aplicación a todas las oficinas de farmacia autorizadas en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra (art. 1). Ello preserva la atención farmacéutica prestada por el conjunto de las oficinas de farmacia, sin que resulte incompatible con este régimen general la previsión de un régimen concertado sobre estos aspectos.

En lo demás, el contenido del concierto en relación con aspectos tales como los programas de calidad, el uso racional del medicamento, la educación sanitaria o la promoción de medicamentos genéricos, se integra con naturalidad en el ámbito de colaboración de las oficinas de farmacia, en su condición de establecimientos sanitarios, para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud (arts. 87 y 97.1 de la Ley 25/1990). Es más, según el art. 93.1 de la Ley 25/1990, el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en el Sistema Nacional de Salud se reconoce «sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias», por lo que no es posible hallar contradicción alguna entre las previsiones de la normativa básica y el contenido mínimo del concierto previsto en este precepto de la Ley Foral 12/2000.

c) En atención al mismo principio de conservación de la ley, tampoco resulta incompatible con la legislación básica estatal el art. 32 de la Ley Foral 12/2000, toda vez que se limita a regular con carácter general los requisitos y causas de extinción de los conciertos que suscriban las oficinas de farmacia con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, y como ha quedado expuesto, tal concertación es una posibilidad expresamente contemplada por el art. 97.2 de la Ley 25/1990, siempre que no afecte al deber de dispensación.

7. Procede, por último, examinar los aspectos organizativos que han sido cuestionados en el Auto de planteamiento, por apartarse de lo dispuesto en el art. 107.4 LGSS 1974, a cuyo tenor los precios y demás condiciones económicas de la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas se concertarán por la Seguridad Social con laboratorios y farmacias, «a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas».

a) Debemos señalar en primer lugar que no es posible confrontar la composición de la Comisión de Atención Farmacéutica de Navarra establecida en el art. 28.1 de la Ley Foral 12/2000 con las previsiones del art. 107.4 LGSS 1974, si se repara en que las funciones de aquella no se circunscriben a la concertación de los precios y demás condiciones económicas de la adquisición y dispensación de productos farmacéuticos, sino que, según el apartado 2 del mismo precepto, alcanzan también a otras funciones de carácter consultivo, en relación con aspectos tales como la atención farmacéutica continuada, los proyectos de normas reglamentarias, la revisión de la planificación farmacéutica, o los expedientes sancionadores, entre otros.

Se configura así un órgano de participación y consulta en el ámbito de las competencias de la Comunidad Foral, que es manifestación de su potestad de autoorganización, por lo que no es susceptible de reproche de inconstitucionalidad.

b) La duda que se nos ha planteado debe pues enfocarse únicamente sobre el art. 28.3, que crea la subcomisión negociadora del acuerdo marco sobre las condiciones de concertación de las oficinas de farmacia, compuesta por los tres miembros de la Comisión de Atención Farmacéutica que representan al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y otros tres designados entre los representantes de los farmacéuticos con oficina de farmacia.

Si bien, como hemos señalado previamente, el carácter preconstitucional de la norma estatal de contraste no excluye la posible inferencia de criterios materialmente básicos, tratándose de una norma organizativa, es preciso traer a colación la doctrina recopilada en la STC 251/2006, de 25 de julio, FFJJ 9 y 10, en la que hemos recordado que, en esta esfera, conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, y establecer cuáles son los órganos e instituciones que configuran las respectivas Administraciones, son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito. (SSTC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2, 165/1986, de 18 de diciembre, FJ 6, y 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)».

Ciertamente, en la STC 251/2006 admitimos también que el Estado «puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas ... de modo que el establecimiento de normas básicas sobre la estructura o composición de estos órganos [colegiados], aunque pueda en determinados supuestos concretarse, sólo resultará legítima en su perspectiva constitucional cuando ello resulte imprescindible para garantizar la igualdad de trato de los ciudadanos en el segmento correspondiente de actividad administrativa, es decir, cuando dicha igualdad no quede garantizada, como será la regla habitual, mediante la sujeción de la actuación del órgano colegiado a las reglas jurídicas sustantivas de aplicación en dicho segmento de actividad» (FJ 10).

No es éste, sin embargo, el caso del art. 107.4 LGSS 1974. A lo que ya hemos señalado en el precedente fundamento jurídico 5.b), procede añadir ahora que, pese a no haber sido derogado expresamente (disposición derogatoria única.a).2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de

junio), el precepto no se ha visto confirmado en su totalidad por la normativa postconstitucional, como señala el Fiscal General del Estado. En cualquier caso, de la discutida y discutible derogación tácita, no cabría inferir conclusiones diferentes. Baste pues con afirmar que carecería de sentido deducir del citado art. 107.4 LGSS 1974 un modelo organizativo que pudiera considerarse básico, si se tiene en cuenta que, de las tres partes llamadas a la concertación en el mismo, en la vertiente administrativa la competencia no corresponde ya a la Seguridad Social, y en la vertiente sindical resulta obvio que el precepto alude a la representación asignada a la antigua Organización Sindical que fue suprimida ya en la etapa preconstitucional, como advertimos en la STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2. Por sí sola, esta constatación sería suficiente para descartar que el elemento restante del modelo, la representación corporativa, un aspecto meramente parcial y fragmentario del mismo, pueda considerarse básico, ya que ni los restantes sujetos ni, sobre todo, el propio objeto de la concertación son coincidentes con los examinados en este proceso constitucional.

En definitiva, la profunda transformación del ordenamiento aplicable, tanto en la vertiente del tránsito de la prestación farmacéutica desde del sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud, como en la vertiente de la descentralización y consiguiente asunción de la gestión de los servicios sanitarios por parte de las Comunidades Autónomas, impide que consideremos aplicable, como normativa básica, un modelo organizativo regulado a partir de una concepción sindical-corporativa ajena por completo a los principios de libertad de asociación, libertad sindical y pluralismo constitucionalmente consagrados, con los que resulta manifiestamente incompatible.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 29 y 30.4, en el inciso «y otorgará la posibilidad de que los titulares-propietarios puedan adherirse a las mismas mediante su formalización con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea», de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

2.º Declarar que el art. 31.2.f) de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, no es inconstitucional, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico.6.a) de esta Sentencia.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4764-2007 en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Toledo, a seis de junio de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.