Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1890 *Pleno. Sentencia 7/2017, de 19 de enero de 2017. Conflicto positivo de competencia 1923-2012. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con la resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, farmacia y Seguridad Social: STC 210/2016 (constitucionalidad de las previsiones legales autonómicas relativas a la selección, mediante la correspondiente convocatoria pública, por el servicio de salud, de los medicamentos o productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se prescriban por principio activo o denominación genérica).*

ECLI:ES:TC:2017:7

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 1923-2012, promovido por el Gobierno de la Nación contra la resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo. Ha comparecido y formulado alegaciones la Letrada de la Junta de Andalucía. Ha sido ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. **Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 2 de abril de 2012, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, promueve, de modo directo, conflicto positivo de competencia contra la resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo. Se basa en los motivos que, sucintamente, se exponen a continuación.

a) Los vicios de inconstitucionalidad que afectan a la resolución impugnada derivan del Decreto-ley de Andalucía 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, que modifica determinados preceptos de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, norma sometida, en el momento de interposición del conflicto, al mecanismo conciliador del art. 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Sin esperar al resultado del mismo, se interpone este conflicto al objeto de evitar la consolidación de los irreparables perjuicios que la tramitación y resolución de la convocatoria podrían ocasionar para el Sistema Andaluz de Salud, para el Sistema Nacional de Salud y, en particular, para los usuarios del servicio público de la sanidad en Andalucía.

b) Los títulos competenciales del Estado que se invocan en el presente conflicto son los recogidos en el art. 149.1.1, 16 y 17 CE.

La competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE faculta al Estado para la consecución de la igualdad efectiva en el ámbito prestacional sanitario, como manifestación del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Invocado en diversas controversias competenciales, este título competencial, interpretado en forma completa y sistemática por la STC 61/1997, de 20 de marzo, FFJJ 7 y 8, ha quedado plasmado tanto en la Ley 4/1986, de 25 de abril, general de sanidad (arts. 3, 16 y 81) como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (arts. 2.1, 23 y 33.2). La prestación de la asistencia sanitaria es un ámbito material que concentra de modo preferente la preocupación del legislador por garantizar la igualdad efectiva de todos los ciudadanos con independencia de su lugar de residencia, preocupación que se traduce en la formulación de unas reglas básicas comunes sobre el contenido de las prestaciones sanitarias y sobre las condiciones en las que éstas se materializan en todo el territorio nacional. Concretamente, la regulación del catálogo de prestaciones sanitarias (art. 7.1 de la Ley 16/2003) fija el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas.

De las materias sobre las que el art. 149.1.16 CE reserva competencias al Estado, son relevantes para la resolución de este conflicto las relativas a las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Sobre la prestación farmacéutica, el art. 16 de la Ley 16/2003 dispone su contenido y se remite a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, a la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables. Por su parte, el art. 8 de la Ley 16/2003 establece que la cartera de servicios, para hacer efectivas las prestaciones sanitarias del catálogo, habrá de acordarse en el seno del consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud, remitiendo a los artículos 20 a 22 la regulación del desarrollo y actualización de la cartera de servicios. La STC 98/2004, de 25 de mayo, confirmó que tanto el establecimiento de determinada prestación sanitaria como su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de sanidad (FJ 7).

De este modo, la ley estatal, al fijar, con la colaboración el reglamento (Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización), el catálogo de prestaciones sanitarias, define el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas. Mediante este catálogo de prestaciones se establecen las condiciones básicas y comunes para una atención integral, por lo que su contenido es indisponible para las Comunidades Autónomas. Éstas podrán añadir nuevas prestaciones con cargo a sus presupuestos, pero no podrán excluir ninguna de las previstas en el catálogo general. Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud establecidas en las normas citadas constituyen auténticos derechos subjetivos que los beneficiarios podrán reclamar en vía jurisdiccional, como proclama el art. 1 de la Ley 14/1986.

La legislación sobre productos farmacéuticos, con el alcance reconocido en las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 8, y 152/2003, de 17 de julio, FFJJ 7 a 9, comprende la regulación relativa a la dispensación de productos farmacéuticos, recogida en lo que aquí interesa en los arts. 30 y 31 de la Ley 16/2003, en los arts. 85, 86 y 90 a 93 y en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, teniendo en cuenta las modificaciones incorporadas por el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, y la normativa de desarrollo.

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

El título competencial del art. 149.1.17 CE [SSTC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3; 195/1996, de 28 de noviembre, FFJJ 6 y 7, y 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 8 d)] ampara, entre otros, los arts. 88 y 89 de la Ley 29/2006.

Las competencias de la Junta de Andalucía en materia de salud, sanidad y farmacia, recogidas en el art. 55 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAAnd), se hallan condicionadas a la absoluta indemnidad de las estatales reconocidas en la Constitución. Precisamente atendiendo a las competencias estatutariamente asumidas, la citada legislación estatal permite a las Comunidades Autónomas la fijación de carteras de servicios propias, respetando lo establecido por el Estado en materia de productos farmacéuticos financiados, respeto que necesariamente se traduce en la íntegra asunción por tales entidades de la cartera de servicios común del Sistema Nacional de Salud (STC 98/2004, FJ 7). El sistema de precios de referencia establecido por el Estado al objeto de determinar el alcance de la financiación pública de los medicamentos y, por supuesto, el conjunto de medicamentos incluidos a través del nomenclátor en el Sistema Nacional de Salud, forma parte de esa normativa mínima que las Comunidades Autónomas han de respetar en su integridad.

c) La Comunidad Autónoma de Andalucía ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente conflicto en aplicación del art. 60 *bis*.1 y concordantes de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, modificada por el Decreto-ley 3/2011. El citado precepto atribuye a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud (SAS) la realización de convocatorias públicas para la selección de los medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando, en el marco del sistema sanitario público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento se identifique por principio activo o el producto sanitario se prescriba por denominación genérica.

Con arreglo a dicha regulación, el Servicio andaluz de salud sólo financiará en Andalucía la presentación que aparezca en el primer lugar del listado que se elabore, de menor a mayor, en función del coste final de los mismos para el Servicio andaluz de salud. En Andalucía quedan, por tanto, fuera de la cartera de servicios comunes de la prestación farmacéutica aprobada para todo el Sistema Nacional de Salud, las restantes presentaciones que figuran en el Nomenclátor estatal y que, sin embargo, no resulten seleccionadas a través del concurso aquí impugnado. Es decir, se viene a establecer un catálogo de prestaciones farmacéuticas del Servicio Andaluz de Salud diferente al del resto del Estado pues, en cuanto al principio activo subastado, sólo cabrá la prescripción y la dispensación de la presentación adjudicada, desapareciendo del catálogo del Servicio Andaluz de Salud el resto de medicamentos que, con el mismo principio activo y presentación, figuran en el nomenclátor estatal. Resulta así obvia la vulneración y la invasión de las competencias propias y exclusivas del Estado para el establecimiento de una prestación farmacéutica uniforme en todo el territorio nacional, prevista en los apartados 1 y 16 del art. 149.1 CE.

Además, la resolución impugnada colisiona con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos, en relación con la prescripción de productos farmacéuticos y su sustitución, en tanto que sólo se dispensarán en Andalucía los medicamentos y productos sanitarios seleccionados, como se deduce del art. 60 *quinquies* de la Ley 22/2007. Igual consecuencia resulta de la resolución, que alude a los medicamentos «a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía» y de su anexo II, al determinar el convenio tipo en la cláusula tercera a). Estas previsiones inciden gravemente en la normativa estatal que establece el régimen de dispensación de los productos farmacéuticos, consignado en los arts. 85, 86, 91, 92, 93 y en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 29/2006. De estos preceptos resulta que el sistema nacional puede sintetizarse en los siguientes puntos: (i) los médicos, con carácter general, han de prescribir por principios activos, salvo que excepcionalmente razones terapéuticas justifiquen la prescripción de una presentación o medicamento por su denominación comercial (artículo 85); (ii) las oficinas de farmacia, cuando se haya prescrito un concreto medicamento, deben dispensarlo; pero cuando se recete por principio activo deben

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

dispensar el medicamento de menor precio, de entre los que figuren en una misma agrupación homogénea de las que determine la dirección general de farmacia estatal (artículo 85.1).

El régimen andaluz, por tanto, habrá de producir fuertes distorsiones en el funcionamiento de la sanidad pública en esa Comunidad Autónoma, por cuanto: (i) es la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud el órgano que decide, dentro de cada agrupación homogénea, qué concreto medicamento se va a financiar en los próximos dos años, sustituyendo en esta función a las oficinas de farmacia que, en función de los precios de cada día, son las que en el modelo estatal asumen la función de dispensar la presentación de menor precio; (ii) en el modelo andaluz no se resuelve qué ocurre cuando el médico receta una presentación concreta no incluida entre las que financia el Servicio Andaluz de Salud, siendo posible que, de la propia ejecución del sistema previsto en la Ley 22/2007 y en la resolución, las propias oficinas de farmacia de Andalucía carezcan de aquellos medicamentos no incluidos entre los financiados por el Servicio Andaluz de Salud, tal y como resulta de la convocatoria aquí impugnada; (iii) las previsiones andaluzas eliminan la flexibilidad que, en beneficio del usuario del Sistema Nacional de Salud, establece la normativa estatal, en cuanto en ésta la oficina de farmacia, de acuerdo con el paciente, puede elegir entre varias presentaciones que tengan igual precio (el menor) y formen parte de la misma agrupación, cuál conviene más a las necesidades del ciudadano, en función de qué presentación esté acostumbrado a utilizar y de la conveniente adherencia a un tratamiento concreto.

La normativa andaluza altera igualmente el régimen de sustitución de los medicamentos y productos sanitarios (art. 85.1 y disposición adicional decimocuarta de la Ley 29/2006). La obligación impuesta por la Junta de Andalucía a las oficinas de farmacia de dispensar únicamente los medicamentos y productos sanitarios seleccionados por el Servicio Andaluz de Salud, restringe o directamente elimina las facultades de sustitución o intercambio en la dispensación prevista en la legislación estatal, vulnerando así las competencias estatales de legislación exclusiva en materia de productos farmacéuticos y restringiendo gravemente los derechos de los usuarios de la sanidad pública.

También resulta ignorada la competencia exclusiva del Estado en materia de financiación pública de las prestaciones farmacéuticas en el Sistema Nacional de Salud, pues al diseñar un mecanismo de selección de un único medicamento en los términos expuestos, excluye de financiación pública aquellos medicamentos que, reuniendo los requisitos establecidos para ser dispensados ante una prescripción por principio, no hayan sido seleccionados mediante el procedimiento establecido. Esto tiene una repercusión directa en materia de financiación de productos farmacéuticos, cuya regulación básica corresponde al Estado, *ex* art. 149.1.16 y 17 CE. La previsión estatal de que todos los medicamentos y productos sanitarios incluidos en el catálogo del Sistema Nacional de Salud se financien con cargo a fondos públicos resulta frontalmente contravenida por la resolución andaluza, al excluir de dispensación y de financiación todas las presentaciones incluidas en el catálogo estatal que no resulten seleccionadas en Andalucía tras la oportuna convocatoria pública.

Según el art. 94 de la Ley 29/2006, es competencia del Gobierno determinar, en los casos de financiación de medicamentos y productos sanitarios con cargo al Sistema Nacional de Salud, los supuestos de dispensación gratuita o la participación en el pago a satisfacer en cada caso. La regulación concreta sobre este extremo (aportación normal, reducida o exención de pago) se contiene en el Real Decreto 1030/2006. En los casos de participación del ciudadano en el pago de la prestación farmacéutica, el Estado fija para todo el Sistema Nacional de Salud un porcentaje sobre el precio de venta al público, que debe satisfacer el prestatario del servicio. De la aplicación del sistema previsto por la normativa andaluza resulta que el Servicio Andaluz de Salud paga por cada medicamento un precio reducido y, sin embargo, el porcentaje que debe satisfacer el beneficiario de la prestación farmacéutica se calcula sobre el precio íntegro de venta al público. Como resultado, el beneficiario está soportando un porcentaje final sobre el precio reducido, que paga el Servicio Andaluz de Salud, superior al fijado por el Estado para todo el territorio nacional.

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

En cuanto los medicamentos y productos farmacéuticos que no resulten seleccionados para su financiación por el Servicio Andaluz de Salud, la Comunidad Autónoma de Andalucía estaría infringiendo las reglas estatales aplicables al procedimiento para la financiación pública contenidas en el art. 89 de la Ley 29/2006, dictado al amparo de la competencia estatal reconocida en el art. 149.1.17 CE, pues ello supone una afectación del régimen económico de la Seguridad Social.

d) Los objetivos que se persiguen con el Decreto-ley de Andalucía 3/2011 y la resolución impugnada ya vienen recogidos en la Ley 29/2006, especialmente tras sus reformas, a través de las cuales el Estado, en ejercicio de sus competencias, impulsa una política legislativa de control del gasto que contribuye a un uso más eficiente de los recursos públicos y a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, para conseguir la racionalización del gasto en Andalucía no se precisa de una actuación autonómica, claramente divergente con el modelo estatal, y gravemente restrictiva de los derechos de los usuarios.

De acuerdo con el marco competencial constitucionalmente establecido, la inclusión o exclusión de medicamentos y productos sanitarios en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud corresponde única y exclusivamente al Estado, como garante de la equidad y cohesión del sistema. La exclusión de fármacos incluidos por el Estado en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud supondría una ruptura de la igualdad en el acceso a la prestación farmacéutica reconocida como mínima y común por la normativa estatal, quedando discriminados los pacientes andaluces.

La financiación pública de una sola presentación por principio activo no garantiza los derechos de los pacientes, ya que en el nomenclátor no figuran principios activos sino todos los medicamentos registrados como financiables por el Sistema Nacional de Salud y, por tanto, incluidos en la prestación farmacéutica. Los ciudadanos andaluces se resentirán en el tratamiento farmacológico que reciban, en cuanto la Comunidad Autónoma demandada parte de la premisa errónea de que dos medicamentos con el mismo principio activo son siempre intercambiables, cuando muchas veces no es así y cuando, en todo caso, habrá de ser el facultativo, y no la Administración, quien decida si un paciente mantiene el tratamiento o lo cambia.

Igualmente, en Andalucía no podrá garantizarse la continuidad de determinados tratamientos a pacientes procedentes de otra Comunidad Autónoma, que no podrán seguir su tratamiento actual, si su medicamento queda fuera de los financiados en función de la selección que resulte de la convocatoria. Esto compromete seriamente la adherencia a los tratamientos, particularmente, en los mayores polimedicados.

2. Por providencia de 8 de mayo de 2012, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el conflicto positivo de competencia y dar traslado de la demanda y documentos presentados a la Junta de Andalucía, al objeto de que, en el plazo de veinte días, aportara cuantos documentos y alegaciones considerara convenientes. Asimismo, se tuvo por invocado por el Gobierno el art. 161.2 CE, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 64.2 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la resolución impugnada desde el día 2 de abril de 2012, fecha de interposición del conflicto, lo que se comunicó al Presidente de la Junta de Andalucía. Finalmente, se acordó comunicar la interposición del presente conflicto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por si ante la misma estuviere impugnado o se impugnare la resolución, en cuyo caso se suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto, según dispone el art. 61.2 LOTC, así como publicar la incoación del conflicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

3. La Letrada de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones el día 11 de junio de 2012, instando la desestimación del conflicto en atención a las razones que se resumen a continuación.

a) La resolución tiene su causa directa en el art. 60 *bis*.1 de la Ley 22/2007, en la modificación operada por el Decreto-ley de Andalucía 3/2011, y tuvo plena efectividad mediante la adjudicación y los convenios de cumplimiento de 23 de marzo de 2012. Habría pues desaparecido el objeto inmediato del conflicto, al haberse agotado sus efectos, por lo que no cabe sino un pronunciamiento de alcance general sobre la titularidad de la competencia ya ejercitada (STC 302/1992, de 23 de noviembre).

Sometido el Decreto-ley de Andalucía 3/2011 al procedimiento del art. 33.2 LOTC, se exponen los acontecimientos procedimentales en los que la Comunidad Autónoma ha expresado en diversas ocasiones la necesidad de la inmediata activación del grupo de trabajo, dada la inminente resolución del concurso convocado, que no obtuvieron respuesta del Estado. Este procedió sin embargo a la impugnación de la misma resolución en vía contencioso-administrativa, solicitando la apertura de pieza de medidas cautelares de suspensión, y posteriormente la suspensión del curso de los autos por prejudicialidad constitucional.

Así las cosas, cuando el Estado plantea el presente conflicto, es plenamente conocedor de que el mismo solo puede tener utilidad en orden a la consecución de la suspensión de la resolución impugnada, porque la verdadera clave del asunto se halla en la discusión de la constitucionalidad del art. 60 bis introducido por el Decreto-ley 3/2011, siendo así que respecto de esa posibilidad se ha iniciado (y dejado en vía muerta por el Estado) el procedimiento del art. 33.2 LOTC.

b) En referencia a los distintos títulos competenciales invocados por el Estado, la resolución impugnada no ha afectado al art. 149.1.1 CE, que no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica (STC 239/2002, de 11 de diciembre). En todo momento se respetan las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos, sin cambiar en modo alguno la relación paciente-farmacéutico-Administración, sino solo la relación farmacéutico-laboratorio-Administración.

La resolución impugnada tampoco afecta al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), en atención a la doctrina recogida en la STC 98/2004, de 25 de mayo, pues no afecta a sus recursos financieros ni a la vigencia del principio de «caja única» por el que se rige.

El encuadramiento de la resolución es el propio del Sistema Nacional de Salud (art. 149.1.16 CE), en cuanto forma parte del conjunto de servicios y prestaciones sanitarias a proporcionar a todos los ciudadanos. Y dentro de este sistema, se enmarca en el ámbito propio de la competencia autonómica de regulación de la función de dispensación de medicamentos de las farmacias en el ejercicio ordinario de su actividad. La resolución se inserta perfectamente en el mínimo común denominador normativo establecido por el Estado en consideración a su competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad.

Respecto de la competencia estatal relativa a la legislación sobre productos farmacéuticos, recogida asimismo en el art. 149.1.16 CE, no debe confundirse con los títulos autonómicos en las materias de ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos, pues todos versan sobre la dispensación de medicamentos, si bien en distintos aspectos (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 7). Partiendo del contenido disciplinado (la ordenación de los servicios y establecimientos farmacéuticos), el Decreto-ley 3/2011 se ha dictado al amparo de los arts. 149.1.16 CE y 55 EAAnd, este último como específico y prevalente en la materia. Además, en cuanto que política de gasto público, pretende hacer posible el cumplimiento de lo previsto en el art. 189 EAAnd y del mandato del art. 135.6 CE.

c) El mínimo común igualitario del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 7 de la Ley 16/2003), entre las que se encuentran las prestaciones farmacéuticas (art. 16 de la Ley 16/2003), que corresponde establecer al Estado *ex* art. 149.1.16 CE, se verifica a través de la «cartera común de servicios» (art. 8 de la Ley 16/2003 y Real Decreto 1030/2006). Este marco general se completa con la legislación que con carácter

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

específico regula la prestación farmacéutica, con la Ley 29/2006 (modificada en diversas ocasiones) como regulación actual de cabecera. A partir de ahí comienza el terreno propio del desarrollo normativo y ejecución en materia de ordenación farmacéutica, en cuanto posibilidad de regular, dentro del marco estatal, la dispensación de medicamentos desde la perspectiva de la actividad ordinaria de las oficinas de farmacia, y en el marco de la necesaria racionalización del gasto público, como viene sancionado en el art. 88 de la Ley 29/2006.

Los arts. 60 *bis* y 60 *ter* de la Ley andaluza que da cobertura a la resolución impugnada no inciden en la legislación estatal sobre productos farmacéuticos, ya que no se ve afectado el ámbito propio de la ordenación de los medicamentos en cuanto sustancias (STC 98/2004), sino en su dimensión de prestación farmacéutica del sistema de salud y, más concretamente, en el aspecto relativo a la dispensación farmacéutica ordinaria, en cuanto modo de incidir por vía indirecta en la rebaja de los costes de financiación pública. No se innova ni contradice la legislación básica estatal en materia de financiación pública de medicamentos; por el contrario, se parte de dicha legislación para procurar la racionalización del gasto sanitario, ahorrando gastos al sistema en Andalucía. La financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios es un aspecto esencial de la regulación básica en materia de prestaciones farmacéuticas, y su piedra angular es el denominado «precio de referencia» (art. 93 de la Ley 29/2006, que ha sufrido en los últimos tiempos múltiples modificaciones, la última a través del Real Decreto-ley 16/2012, cuya entrada en vigor ha sido posterior a la resolución impugnada).

Ni el art. 60 *bis* de la Ley andaluza ni la resolución que se impugna interfieren en el sistema de precios de referencia, y por lo tanto tampoco en la competencia estatal, dado que se mueven en el ámbito autonómico de la ordenación farmacéutica: la dispensación de medicamentos de las oficinas de farmacia. Por consiguiente, queda extramuros de esta regulación el supuesto de prescripción y, en consecuencia, el de dispensación de medicamentos por marcas comerciales. Por ello el encuadramiento correcto de la cuestión no está en el título VII de la Ley 29/2006 («Sistema de financiación pública de medicamentos y productos sanitarios»), sino en su título VI, sobre «uso racional de los medicamentos», y más concretamente en el capítulo IV, sobre el uso racional de los medicamentos en las oficinas de farmacia. El concepto esencial a estos efectos no es pues el «sistema de precios de referencia» (artículo 93), sino el que denomina «sistema de precio menor» (artículo 85.3), aun cuando en este complejo, este último presuponga el primero, entramado normativo.

El precepto esencial para la resolución de esta controversia es pues el art. 85 de la Ley 29/2006, que contiene dos principios fundamentales: la preferencia de la prescripción y dispensación por principio activo, y la dispensación por el farmacéutico del medicamento de «menor precio» (redacción según el Real Decreto-ley 9/2012) o «precio más bajo» (redacción según la corrección de errores del Real Decreto-ley 16/2012), de acuerdo con las agrupaciones homogéneas determinadas por el Ministerio. La dispensación de medicamentos por principio activo, que debe referirse a agrupaciones homogéneas (concepto no equivalente al conjunto de los precios de referencia), presupone una labor farmacéutica de selección de lo prescrito por los médicos, cuando sucede que su financiación la asume el sistema sanitario público de Andalucía. El art. 60 bis de la Ley andaluza pretende incidir precisamente sobre dicha opción, de modo que, mediante el sistema de concurso, la elección del producto de precio menor/más bajo que ahora corresponde al farmacéutico de forma absolutamente libre sea ejercitada a través de unas pautas regladas. Se pretende que el poder de decisión corresponda al comprador, y no al dispensador al público, lo que permite que sea la Administración pública la que se beneficie de los descuentos que por volumen de ventas o pronto pago ofrecen los distribuidores (admitidos en el art. 3.6 de la Ley 29/2006).

Esta razón absolutamente económica es la que lleva a la Comunidad Autónoma en tiempos de grave crisis económica, y necesidad de cumplimiento de los objetivos de déficit, a asumir dicha elección de dispensación, que de otro lado es la de mayor eficacia administrativa (art. 103 CE), sin afectación al sistema de financiación sanitario nacional ni

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

al sistema prestacional público. La seguridad del paciente queda en todo caso salvaguardada dado que el medicamento ha sido prescrito por el profesional médico, y el producto dispensado se encuadra en los listados respectivos (precios de referencia y precios menores más bajos) elaborados por el Ministerio. La única afectación en su caso posible es la que atañe a la relación del farmacéutico con los distribuidores de farmacia, lo que se inserta plenamente en la competencia autonómica de ordenación farmacéutica, y ahorra al erario público el margen de incentivos por volumen de compra o pronto pago.

La cláusula 4 c) del convenio tipo es garantía del cumplimiento de la normativa básica, al establecer en todo caso la necesidad de aplicación de la normativa estatal sobre precio menor autorizado. El laboratorio queda sujeto a la normativa estatal de tal forma que, si no mantiene el precio igual o por debajo del precio menor correspondiente, se resolverá el convenio. Por tanto, ni se vulnera el procedimiento de fijación de precios del Estado, ni se establece un mecanismo de precios distinto, previéndose la aplicación de las normas estatales en la ejecución del convenio.

Con el sistema andaluz, no quedan fuera de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud las presentaciones que, figurando en el Nomenclátor oficial, no resulten seleccionadas en el concurso. El Nomenclátor es un fichero técnico que recoge todos los medicamentos y productos sanitarios, que se elabora a efectos de facturación, y no de financiación pública. La modificación de la cartera de servicios de prestación farmacéutica solo se produciría si al médico se le limitara o impidiera la prescripción de alguna de las distintas composiciones de aquel listado, pero el marco normativo de prescripción no se altera en lo más mínimo, por lo que no puede sostenerse que se modifica la cartera básica de una prestación que, por definición, es de prescripción facultativa.

La convocatoria impugnada solo afecta a la relación farmacéutico-distribuidora de medicamentos, pero no a la relación ciudadano-sistema público de financiación, desde el momento en que, ya se aplique el descuento a la oficina de farmacia, ya se aplique al erario público, el precio final que satisface el ciudadano es siempre el mismo.

4. Por ATC 147/2012, de 6 de julio, el Tribunal acordó levantar la suspensión de la resolución impugnada en este conflicto positivo de competencia.

5. Por providencia de 17 de enero de 2017 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. **Fundamentos jurídicos**

Único. El objeto de esta Sentencia es resolver el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación contra la resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo.

La resolución impugnada se ha dictado en aplicación del art. 60 bis.1 y concordantes de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, en la redacción dada por el Decreto-ley de Andalucía 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía. Dicho marco normativo, impugnado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4539-2012, ha sido enjuiciado en la STC 210/2016, de 15 de diciembre. En la citada resolución, el Tribunal, tras llevar a cabo el análisis propio de un juicio de constitucionalidad indirecta o mediata, respecto de la dispensación de medicamentos concluye en los siguientes términos: «la inclusión de un medicamento en ese nomenclátor [estatal] es condición necesaria pero insuficiente para su financiación en cada caso concreto, pues a ello ha de añadirse que para su dispensación es preciso que se trate del medicamento de menor precio dentro de los incluidos en la correspondiente agrupación homogénea, y, por otro que, en la actualidad, y como consecuencia de la aprobación del sistema de precios seleccionados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es

garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, recogido en el art. 99 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, la normativa estatal también excluye de la financiación por el Sistema Nacional de Salud a los medicamentos y/o productos sanitarios que superen el precio máximo financiable seleccionado a pesar de figurar en el nomenclátor. En consecuencia, debemos afirmar que la selección por el Servicio Andaluz de Salud, a través de la correspondiente convocatoria pública, de los medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia no establece diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios.» (FJ 8).

Como se desprende de las alegaciones de las partes que han quedado resumidas en los antecedentes, la controversia trabada en esta ocasión versa cabalmente sobre la constitucionalidad del marco legal que da cobertura a la resolución impugnada en este proceso, por lo que, sin necesidad de consideraciones adicionales, bastará con remitirse íntegramente a la fundamentación de la STC 210/2016, de 15 de diciembre, para concluir con la procedente desestimación de este conflicto positivo de competencia.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el conflicto positivo de competencia núm. 1923-2012.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de enero de dos mil diecisiete.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

cve: BOE-A-2017-1890
Verificable en http://www.boe.es