

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

2617 *Pleno. Sentencia 16/2017, de 2 de febrero de 2017. Conflicto positivo de competencia 1092-2013. Planteado por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución de 20 de diciembre 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 sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. 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:2017:16

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. 1092-2013, interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la resolución de 20 de diciembre 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 sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. Ha comparecido y formulado alegaciones la Letrada de la Junta de Andalucía. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 25 de febrero de 2013, el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno de la Nación, interpuso conflicto positivo de competencia contra la resolución de 20 de diciembre 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 sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud.

2. El presente conflicto de competencia se basa en los motivos que se recogen a continuación:

a) Comienza el escrito del Abogado del Estado recordando los antecedentes del conflicto y delimitando su objeto. Afirma que el Tribunal Constitucional ha reconocido la

aptitud para constituir el objeto de un conflicto de competencias a las circulares o meras comunicaciones (SSTC 33/1982, 27/1983, 143/1985 y 102/1988, entre otras). Por tanto, nada impide que pueda dirigirse el conflicto positivo de competencia contra la resolución de diciembre de 2012, que infringe gravemente las competencias exclusivas estatales previstas en el art. 149.1.1, 16 y 17 CE.

b) A continuación, analiza los títulos competenciales que considera vulnerados y la normativa en materia de prestación farmacéutica. Señala que, en desarrollo de los arts. 149.1.1, 149.1.16 y 149.1.17 CE, el Estado ha dictado la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de salud; la Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; el 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; la Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre, por la que se determinan los conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia, y por la que se regulan determinados aspectos del sistema de precios de referencia; y la resolución de 28 de diciembre de 2011, que determina los nuevos conjuntos de medicamentos que se dispensan en oficinas de farmacia a través de receta médica oficial u orden de dispensación, sus precios de referencia, y se revisan los precios de referencia fijados por Orden SPI/3052/2010, de 26 de noviembre.

Afirma que debe además tenerse en cuenta que el consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud aprobó por unanimidad, en su sesión extraordinaria de 18 de marzo de 2010, un acuerdo en el que se establecían medidas orientadas a promover una mayor eficiencia en el gasto sanitario. Como consecuencia de dicho acuerdo se dictó el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud y el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Ha de estarse asimismo para la resolución de este conflicto al Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011. Por último, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se dicta con la finalidad de racionalizar el gasto sanitario.

Tras este recordatorio de la normativa en materia de prestaciones farmacéuticas, analiza la competencia estatal en relación con el art. 149.1.1 CE y señala que, a la vista de la doctrina constitucional sobre este precepto, no hay dudas respecto al alcance que hay que dar a los criterios de igualdad y equidad manejados por la Ley 14/1986 y por la Ley 16/2003, como principios que, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, obligan al Estado a garantizar un mínimo común denominador, un nivel mínimo de prestaciones suficiente para hacer efectivo el derecho a la salud de todos los ciudadanos.

Por lo que se refiere a la competencia estatal en materia de «sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos» (art. 149.1.16 CE), tras analizar la doctrina constitucional, señala que la normativa estatal, al fijar 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 indispensable para las Comunidades Autónomas. Estas podrán añadir nuevas prestaciones con cargo a sus presupuestos en los términos del art. 8 *quinquies* de la Ley 16/2003 mediante la aprobación de carteras complementarias, pero en ningún caso podrán excluir ninguna de las previstas en la cartera común. Las Comunidades Autónomas no pueden regular a la baja el nivel de prestaciones garantizado para todo el Sistema Nacional de Salud y tampoco pueden rebajarlo de facto. En definitiva, constituyendo una de las prestaciones sanitarias incluidas en el catálogo, la prestación farmacéutica no es sólo el mínimo común normativo exigible en todo el territorio español para garantizar la igualdad de todos los españoles en el acceso a las prestaciones del

Sistema Nacional de Salud (art. 149.1.16 CE), sino una condición básica para todos los ciudadanos en el ejercicio de un derecho constitucional (art. 149.1.1 CE), como es el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE.

Por último, alude el Abogado del Estado a la competencia estatal en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social» (art. 149.1.17 CE). Señala que pese a que la asistencia sanitaria ha abandonado la partida presupuestaria especial de la Seguridad Social –caracterizada por el principio de caja única– y ha pasado al sistema general de financiación autonómica con el resto de partidas presupuestarias, esta nueva forma de financiación no puede significar la absoluta supresión de la conexión que existe entre la prestación farmacéutica y la Seguridad Social. Si atendemos a la propia Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, se observa que dicho sistema de financiación adopta como pilares básicos los principios de generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía y solidaridad; concretamente, este último principio «garantiza que las Comunidades Autónomas puedan prestar sus servicios en condiciones equivalentes» (exposición de motivos de la Ley 21/2001), que no idénticas; salvo en materia de prestación farmacéutica en atención a sus propias características que, por incluirse dentro de la asistencia sanitaria, constituye una prestación de la Seguridad Social.

En cualquier caso, añade, sea la financiación de la asistencia sanitaria por medio de la Seguridad Social, o se constituya en un sistema propio (Sistema Nacional de Salud) de carácter universal y con cargo a presupuestos públicos soportada de forma principal a través de impuestos, ha de entenderse inadmisibles que por un cambio de los sistemas de organización financiera de las prestaciones, los ciudadanos resulten perjudicados al recibir la asistencia sanitaria de los poderes públicos.

Concluye que, en definitiva, la financiación selectiva de medicamentos constituye un principio normativo estatal que inspira la incorporación de todo medicamento al Sistema Nacional de Salud. De este modo, parece quedar fuera de duda que el criterio de racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica ha sido cuidadosamente observado en la conformación del actual nomenclátor oficial de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud.

c) Seguidamente alude el Abogado del Estado al carácter básico de la normativa reguladora de las prestaciones sanitarias. A su juicio, se dan los requisitos formales y materiales para confirmar que el régimen contenido en los preceptos legales que sirven de parámetro de constitucionalidad constituyen bases de la sanidad, según lo previsto en el art. 149.1.16 CE.

Los preceptos de las Leyes 16/2003 y 29/2006 relativos a la ordenación de las prestaciones sanitarias cumplimentan la perspectiva formal que permite acreditar su carácter básico, al hallarse incluidos en norma de rango legal. Los contenidos en el Real Decreto 1030/2006 tampoco podrían tacharse de insuficiente rango, pues el Tribunal Constitucional ha admitido reiteradamente normas básicas aprobadas por reales decretos.

En la fijación por el Estado de una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud concurre indudablemente la exigencia material de lo básico, constituyendo así un nivel mínimo homogéneo susceptible de ampliación comunitaria.

d) Por lo que se refiere a las competencias de la Junta de Andalucía, recuerda que el art. 55 del Estatuto de Autonomía de Andalucía delimita las competencias de la Junta en materia de salud, sanidad y farmacia.

Señala que, atendiendo a las competencias estatutariamente asumidas, la Ley 16/2003 permite a las Comunidades Autónomas la fijación de carteras de servicios complementarias. La cartera de servicios estatal sólo resulta susceptible de ampliación o mejora por parte de las Comunidades Autónomas, nunca de restricción.

e) Una vez analizados los títulos competenciales, el Abogado del Estado se centra en analizar la inconstitucionalidad de la resolución impugnada.

Recuerda que el Decreto-ley 3/2011 prevé la celebración 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. La resolución de 20 de diciembre de 2012, dando cumplimiento a las previsiones del Decreto-ley 3/2011, anuncia la convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud sean prescritas o indicadas por principio activo.

Señala que 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 medicamentos. 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. Por medio del sistema de selección previsto en la norma objeto de conflicto se viene a establecer una cartera de prestaciones farmacéuticas del Servicio Andaluz de Salud diferente al del resto del Estado pues, en cuanto al principio activo objeto de la resolución impugnada, sólo cabrá la prescripción y la dispensación de la presentación que resulte adjudicataria, desapareciendo de la cartera del Servicio Andaluz de Salud el resto de medicamentos que figuran en el nomenclátor estatal.

f) Además, a su juicio, la resolución de 20 de diciembre de 2012 colisiona con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos, en relación con la dispensación de productos farmacéuticos y su sustitución.

Considera que las previsiones de la normativa autonómica inciden sobre el régimen de dispensación de productos farmacéuticos, en tanto que sólo se dispensarán en Andalucía los medicamentos y productos sanitarios seleccionados, restringiéndose el ámbito objetivo de la dispensación de los medicamentos en una parte del territorio del Estado.

Insiste en que el régimen andaluz habrá de producir fuertes distorsiones en el funcionamiento de la sanidad pública en esa Comunidad Autónoma, en cuanto es la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud quien decide, dentro de cada agrupación homogénea, qué concreto medicamento o producto sanitario se va a financiar en los próximos dos años, sustituyendo en esta función a las oficinas de farmacia. Las previsiones andaluzas eliminan la flexibilidad que, en beneficio del usuario del Sistema Nacional de Salud, establece la normativa estatal, en cuanto en éste la oficina de farmacia, de acuerdo con el paciente, puede elegir entre varias presentaciones o productos 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. Además, la normativa andaluza altera igualmente el régimen de sustitución de los medicamentos y productos sanitarios. En efecto, para el Abogado del Estado, 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 en materia de productos farmacéuticos y restringiendo gravemente los derechos de los usuarios de la sanidad pública.

g) Afirma el Abogado del Estado que del modelo andaluz se derivan importantes diferencias con el común: 1.^a) los descuentos que hacen los laboratorios en Andalucía repercuten exclusivamente en el Servicio Andaluz de Salud, no afectan al precio de venta del medicamento y, por tanto, no benefician al consumidor final en el porcentaje que deba satisfacer de la prestación farmacéutica; 2.^a) durante el plazo de vigencia de dos años del convenio, el suministro de un medicamento por agrupación homogénea se adjudica a un laboratorio, quedando excluidos el resto de ese mercado regional; 3.^a) en Andalucía no existen adaptaciones mensuales al precio más bajo que fija la legislación estatal, sino que, existirán modificaciones trimestrales, en función de la bajada del precio menor,

siempre que el laboratorio adjudicatario acepte la bajada. De no aceptarla se resolvería el convenio, debiendo el Servicio Andaluz de Salud realizar nuevas convocatorias.

Señala que debe tenerse en cuenta que en el Sistema Nacional de Salud se realizarán revisiones mensuales de los precios más bajos, mediante concurrencia entre las empresas farmacéuticas, debiendo dispensarse a esos precios por las oficinas de farmacia. En el sistema andaluz sólo se impone a las empresas farmacéuticas adjudicatarias la adaptación a las revisiones trimestrales de los precios menores. En el caso de que tales empresas no se adapten, el Servicio Andaluz de Salud debe resolver el convenio y proceder a una nueva convocatoria; con esto la acomodación del Servicio Andaluz de Salud a los precios más bajos estatales se diferiría todavía más en el tiempo, poniéndose de manifiesto las rigideces del sistema. Por otro lado, en el modelo andaluz, el descuento que hagan las empresas farmacéuticas beneficia exclusivamente al Servicio Andaluz de Salud y no se repercute en el paciente que adquiere las medicinas: el Servicio Andaluz de Salud se beneficia de descuentos, pero el ciudadano debe pagar precios más altos por los medicamentos en Andalucía que en el resto de España.

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.

Añade que 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, para el marco de toda la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, excluye de la 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.

Insiste en que de la aplicación del sistema previsto por la normativa andaluza resulta que el Servicio Andaluz de Salud paga por cada medicamento un precio reducido; sin embargo, el porcentaje que debe satisfacer el beneficiario de la prestación farmacéutica se calcula sobre el precio íntegro de venta al público. El resultado es obvio: 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.

Según el art. 94 de la Ley 29/2006, es competencia del Gobierno de la Nación 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 usuario 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.

En cuanto a 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.

Concluye el Abogado del Estado afirmando que, con la normativa andaluza impugnada, las condiciones de dispensación de los productos farmacéuticos variarán en función del lugar de España en el que residan o se desplacen los usuarios del Sistema Nacional de Salud. El comprensible objetivo de reducir el gasto farmacéutico, no puede perseguirse vulnerando frontalmente la normativa estatal en la materia, que configura una mínima homogeneidad que es la que precisamente permite hablar de un Sistema Nacional de Salud.

3. Por providencia de 12 de marzo de 2013, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, 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 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), así como publicar la incoación del conflicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

4. La Letrada de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones el día 16 de abril de 2013, instando la desestimación del conflicto en atención a las razones que se resumen a continuación.

a) Comienza su escrito de alegaciones haciendo alusión al objeto del conflicto, para pasar a analizar los distintos títulos competenciales invocados por el Estado.

Afirma que 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 entre paciente, farmacéutico y Administración, sino la relación entre farmacéutico, laboratorio y 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. 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 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, este último como específico y prevalente en la materia.

Además, en tanto que política de gasto público, pretende hacer posible el cumplimiento de lo previsto en el art. 189 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el mandato del art. 135.6 CE.

b) 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 específico regula la prestación farmacéutica –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, 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 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía (añadidos por el Decreto-ley 3/2011), que dan cobertura a la resolución impugnada, no inciden en la legislación estatal sobre productos farmacéuticos, ya que no resulta 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 Nacional 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 el ahorro en el gasto sanitario. La financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios es un aspecto esencial de la regulación básica en materia de prestaciones farmacéuticas; 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 22/2007 (añadido por el Decreto-ley 3/2011) 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 en 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 este último presuponga el primero.

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 de Sanidad. La dispensación de medicamentos por principio activo 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, mientras su financiación la asume el servicio sanitario público de Andalucía. El art. 60 *bis* de la Ley 22/2007 (añadido también por el Decreto-ley 3/2011) pretende incidir precisamente sobre dicha opción. Mediante el sistema de concurso, la elección del producto de precio menor (más bajo), que venía correspondiendo al farmacéutico de forma absolutamente libre, se ejercitaría a través de unas pautas regladas. Se pretende que el poder de decisión corresponda al comprador y no al dispensador al público; esto 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).

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

Señala que la cláusula 4 c) del convenio tipo andaluz 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 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 la regulación andaluza 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: 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 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.

Afirma que la convocatoria impugnada solo afecta a la relación entre el farmacéutico y la distribuidora de medicamentos, pero no a la relación entre el ciudadano y el sistema público de salud, 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.

5. Por providencia de 31 de enero de 2017 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de febrero del mismo 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 20 de diciembre 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 la Junta 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 esta Sentencia, el Tribunal, tras llevar a cabo el análisis propio de un juicio de constitucionalidad indirecta o mediata, 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 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 para concluir con la desestimación de este conflicto positivo de competencia (en el mismo sentido, STC 7/2017, de 19 de enero).

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. 1092-2013.

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

Dada en Madrid, a dos de febrero 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.