

de parte (entre muchas, SSTC 53/1983, de 20 de junio, FJ 2; 90/1987, de 3 de junio, FJ 1; 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 107/1995, de 3 de julio, FJ 2; 77/1999, de 26 de abril, FJ 2; 208/2001, de 22 de octubre, FJ 2; 69/2003, de 9 de abril, FJ 2)».

Y, como advierte el Ministerio Fiscal, en este caso la demanda de amparo se presentó el 3 de abril de 2003, mientras que en el testimonio de los autos recibido tras su admisión consta escrito de fecha 31 de marzo de 2003 dirigido a la Audiencia Provincial promoviendo incidente de nulidad de actuaciones ex art. 240 LOPJ -hoy art. 241 LOPJ, en la redacción derivada de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre- frente a la Sentencia de apelación, fundándose como en este recurso en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Esta circunstancia, conocida por este Tribunal al recibir el testimonio de los autos de los órganos judiciales después de acordar su admisión a trámite, hace forzoso pronunciarse sobre la posible incidencia de tales circunstancias sobre este proceso constitucional [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC].

3. Como señalábamos en la STC 15/2003, de 28 de febrero (FJ 2), es necesario recordar, de un lado, que los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo deben de ser examinados teniendo en cuenta como marco temporal de referencia el momento en que fue interpuesta (SSTC 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 44/2002, de 25 de febrero, FJ 2; y 189/2002, de 14 de octubre). Y, de otro, que, para que entre en funcionamiento la justicia constitucional, es preciso que estén agotadas las vías judiciales, habiendo declarado este Tribunal que, cuando por su propia decisión el ciudadano ha intentado un remedio procesal o recurso contra la resolución judicial impugnada en amparo, el proceso constitucional no puede iniciarse hasta que la vía judicial, continuada a través de ese remedio o recurso, no se haya extinguido (SSTC 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3, y 189/2002, antes citada). Y ello es así porque el aseguramiento de su carácter subsidiario exige que el acceso al recurso de amparo no quede abierto en tanto no se hayan agotado los recursos utilizados en la vía ordinaria, siendo contraria a dicho carácter la coexistencia temporal con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria, como se ha producido en este caso. Esa anomalía acontece cuando se inicia el proceso de amparo antes de que se resuelvan los recursos interpuestos en la vía judicial ordinaria contra la resolución jurisdiccional que se recurre en amparo (SSTC 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 225/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 44/2002, de 25 de febrero, FJ 2). En el mismo sentido se pronuncia la reciente STC 72/2004, de 19 de abril.

En el caso que ahora se examina, el demandante de amparo prolongó por su propia voluntad la vía judicial previa al promover un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que le condenó en segunda instancia por un delito contra la seguridad del tráfico, y sin que aquél estuviera resuelto interpuso recurso de amparo ante este Tribunal impugnando la misma resolución dictada en apelación y también con fundamento en la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Resulta claro, así, el carácter prematuro del recurso y, por tanto, su inadmisibilidad, pues nuestra reiterada doctrina declara que no puede acudir ante este Tribunal por la vía de amparo quien ha considerado procedente la utilización de un recurso o remedio procesal en la vía ordinaria en tanto ésta no haya concluido, ya que de lo contrario se estaría afectando a la naturaleza subsidiaria del recurso, resultando improcedente la coexistencia temporal de un proceso de amparo con la vía judicial (por todas,

SSTC 44/2002, de 25 de febrero, FJ 2, 189/2002, de 14 de octubre, 15/2003, de 28 de enero, 72/2004, de 19 de abril, y 82/2004, de 10 de mayo).

En definitiva, como consecuencia de lo expuesto ha de concluirse que la demanda incumple de manera manifiesta e insubsanable el requisito previsto por el art. 44.1 a) LOTC, que exige para demandar amparo frente a actos u omisiones de un órgano judicial que se hayan agotado previamente los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 50.1.a LOTC).

FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir la demanda de amparo interpuesta por don Ignacio Losada Domínguez.

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

Dada en Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

10774 *Pleno. Sentencia 98/2004, de 25 de mayo de 2004. Recurso de inconstitucionalidad 1297/1997. Promovido por el Presidente del Gobierno respecto al art. 51 y una disposición adicional de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997.*

Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos, régimen económico de la Seguridad Social e igualdad básica: precios de referencia en especialidades farmacéuticas. Interpretación de precepto autonómico. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, promovido por el Presidente el Gobierno contra el artículo 51 y la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997. Han intervenido el Parlamento de Canarias y el Gobierno de Canarias. Ha sido Ponente el Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 26 de marzo de 1997 tuvo entrada en este Tribunal un escrito del Abogado del Estado en el que, en nombre del Presidente del Gobierno, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el art. 51 y la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997, por vulneración de los títulos competenciales previstos en los arts. 149.1.1, 149.1.16, 149.1.17 y 149.1.18 de la Constitución española. Además, solicita la suspensión de la vigencia de dichos preceptos al amparo del art. 161.2 CE.

2. El Abogado del Estado imputa, de un lado, al art. 51 de la citada Ley, la lesión de tres títulos competenciales del Estado (los recogidos en los arts. 149.1.1, 149.1.16 y 149.1.17 CE) y de otro lado, a su disposición adicional vigésimo quinta la lesión de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.18 CE sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

En primer lugar, y con relación al art. 51, mantiene la vulneración de: 1) El art. 149.1.1 CE, que establece la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Conectado este precepto con el art. 43 CE, resulta un título competencia atribuido al Estado sobre el establecimiento de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la protección de la salud; 2) El art. 149.1.16 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación de productos farmacéuticos; y c) El art. 149.1.17 CE, en virtud del cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

En desarrollo de esos títulos competenciales, el Estado ha dictado, entre otras, la Ley 25/90, de 20 de diciembre, del medicamento, cuyos arts. 94 (ampliado con el núm. 6 por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social) y 95 —declarados básicos por el art. 2.1 de la mencionada Ley al amparo de los arts. 149.1.1 y 149.1.17 CE— regulan el alcance de la financiación por parte del Sistema Nacional de la Salud de las especialidades farmacéuticas, distinguiendo la posibilidad de que el Gobierno determine y revise periódicamente la lista de aquéllas públicamente financiadas, o que establezca un sistema de precios de referencia de modo que el usuario pueda optar entre la especialidad que está dentro del límite o por otra más cara, en cuyo caso tendría que abonar la diferencia. Nos encontramos, por lo tanto, ante una materia que es de competencia exclusiva del Estado, en la que tanto los actos normativos como los ejecutivos que se dicten en cumplimiento del orden competencial establecido constitucionalmente, habrán de considerarse básicos, conforme a lo declarado en la STC 124/1989, que reconoce como competencia exclusiva del Estado todas las fases relativas a la disponibilidad de los fondos públicos de la Seguridad Social, es decir, no sólo los actos normativos sino también ejecutivos tales como la determinación de los precios y el alcance de la actuación de la financiación pública y privada de las especialidades farmacéuticas.

Sobre la base de lo anterior, se mantiene que el art. 51 de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996 ha vulnerado el orden competencial descrito, pues contiene una regulación cuya competencia es exclusiva del Estado y prevé un sistema de gestión que contradice el elegido por el Estado en desarrollo de su competencia.

La Comunidad Autónoma no puede infringir el carácter unitario del Sistema Nacional de Salud y su régimen económico decidiendo para su territorio qué especialidades farmacéuticas se financian y qué alcance tiene la aportación económica de los enfermos. El precepto impugnado contradice y vulnera la competencia normativa y las facultades de gestión y ejecución que corresponde ejercer al Estado. En efecto, cuando el art. 51 atribuye al Gobierno de Canarias la fijación de precios de referencia y el régimen de justificación, mediante informe complementario, para financiar públicamente especialidades más caras, está rompiendo la configuración constitucional del régimen económico del Sistema Nacional de Salud, que desde el punto de vista normativo y de gestión es frontalmente distinto. Con esta normativa se está produciendo una clara alteración de la fórmula de disposición de recursos del sistema sanitario que vulnera el régimen establecido que ha de mantener su carácter general para que se cumpla su fin y los mandatos constitucionales sobre competencias. Por lo tanto la inconstitucionalidad alegada se produce como consecuencia de una invasión competencial de la Comunidad Autónoma de Canarias que no puede dictar normas legales sobre esta materia. Por esta razón no influye en la vulneración competencial denunciada que la regulación estatal en parte sea posterior a la Ley autonómica, pues en primer lugar la Comunidad Autónoma no tiene competencia para regular esta materia y, en cualquier caso, siempre serían regímenes incompatibles y no coincidentes tanto si el término de comparación es la Ley anterior a la modificación de 30 de diciembre de 1996, como si se considera en relación con ésta.

En segundo término, y por lo que se refiere a la disposición adicional vigésimo quinta impugnada, el Abogado del Estado mantiene la vulneración del art. 149.1.18 CE que establece la competencia exclusiva del Estado, entre otras materias, sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. En este sentido, sostiene que se ha incumplido lo dispuesto en la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, en cuyos arts. 19.1 y 22.1 se establece el régimen de acceso a la función pública y de promoción interna. Según esos preceptos, que están declarados básicos por el art. 1.3 de esa misma Ley al amparo del título competencial contenido en el art. 149.1.18 CE, la promoción interna de los funcionarios públicos de un grupo de titulación a otro del inmediato superior requiere poseer la titulación exigida, tener una antigüedad de al menos dos años, así como reunir los requisitos y superar las pruebas que se establezcan. Los únicos procedimientos de selección válidos son, por lo tanto, los enumerados en dicho precepto, a saber, el concurso, la oposición o el concurso-oposición, que por su naturaleza y contenido permiten seleccionar a los funcionarios sobre la base de su capacidad y mérito garantizando el principio de igualdad. Es decir, en virtud de tales preceptos básicos, todo proceso selectivo de la Administración referido a funcionarios —ya sea de acceso, de promoción interna o de funcionarización de empleados laborales— debe someterse a los principios de mérito y capacidad. Estos últimos posibilitan el acceso a la función pública y la promoción interna de los funcionarios en condiciones de igualdad, garantizan los principios de eficacia y objetividad administrativa y permiten la revisión jurisdiccional de la selección al permitir comprobar si se han valorado objetiva e igualmente los méritos de todos los aspirantes. Sin embargo, la disposición adicional recurrida no regula un procedimiento de selección que respete los principios antes mencionados, al prever un sistema (cursos selectivos de formación) que no permite valorar los méritos y capacidad de los aspirantes. Además, y, a mayor abundamiento, la condición prevista en el apartado a) de esa disposición adicional resulta

discriminatoria al establecer que podrán concurrir a la promoción interna los que ostentaran la condición de funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias en la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/87, de 30 de marzo, de la función pública canaria. Con lo cual, los funcionarios transferidos a la Comunidad Autónoma que no perteneciesen a la función pública canaria en esa fecha no pueden acceder a esa promoción aunque el Estatuto de Autonomía (disposición transitoria quinta) y la Ley 30/1984 en su art. 12 (declarado básico por el art. 1.3) establecen que los funcionarios públicos transferidos se integran plenamente en la función pública de la Comunidad Autónoma con respeto a todos sus derechos, entre los que debe incluirse la antigüedad. En consecuencia, la condición exigida para concurrir a la promoción resulta discriminatoria para aquellos funcionarios que teniendo una antigüedad anterior a la entrada en vigor de la Ley de la función pública de Canarias fueron transferidos con posterioridad, en relación con los que ya pertenecían a esa función pública en ese momento. En virtud de todo lo cual, se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los dos preceptos impugnados y la suspensión de la entrada en vigor de los preceptos recurridos conforme a lo dispuesto en el art. 161.2 CE.

3. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 8 de abril de 1997, acordó admitir a trámite el recurso, dando traslado del mismo y de los documentos que le acompañan, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Gobierno de Canarias, por conducto de sus Presidentes, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Todo ello con publicación en el «Boletín Oficial de Estado» de la incoación del recurso (lo que se cumplimentó en el BOE núm. 95, de 21 de abril). Además, se tuvo por invocado por el Presidente de Gobierno el art. 161.2 CE, por lo que a tenor del art. 30 LOTC, se suspende la vigencia de la norma impugnada.

4. Por escrito fechado el día 15 de abril de 1997 (y registrado en este Tribunal el día 17 siguiente), el Presidente del Senado acordó que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Igualmente, con fecha del 15 de abril (y fecha de registro en este Tribunal del 18 de abril), se recibió otra comunicación del Presidente del Congreso de los Diputados, conforme a la cual dicha Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General.

5. Por escrito registrado el día 28 de abril de 1997, el Abogado del Estado comunica el desistimiento parcial del recurso en relación con la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 5/1996 de Canarias, que fue acordado, previa solicitud del Gobierno, en el Consejo de Ministros de fecha de 18 de abril de 1997.

6. Por escrito de 5 de mayo de 1997, don Aureliano Yanes Herreros se persona en el proceso en representación del Parlamento de Canarias y solicita la ampliación del plazo para formular alegaciones, al amparo del art. 34.2 LOTC.

7. Por escrito de 25 de abril de 1997, don Martín E. Orozco Muñoz, Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, solicita la prórroga del plazo conferido para la personación y alegaciones.

8. Por providencia de la Sección Tercera de 29 de abril de 1997, se prorroga en ocho días más el plazo para formular alegaciones.

9. Con fecha de 9 de mayo de 1997, el representante del Gobierno de Canarias presenta escrito mostrando la conformidad de esa parte en relación con el desistimiento parcial del recurso de inconstitucionalidad formulado por el Abogado del Estado y solicitando el levantamiento automático de la suspensión de la disposición adicional 25 de la Ley 5/1996, con efectos desde la fecha de la presentación del escrito de desistimiento, así como su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín de la Comunidad Autónoma de Canarias».

10. El 12 de mayo de 1997, el representante del Parlamento de Canarias presenta escrito en el que manifiesta que no se opone a la solicitud de desistimiento parcial formulado.

11. Por escrito de 14 de mayo de 1997, don Martín E. Orozco Muñoz se persona en representación del Gobierno de Canarias y, en contestación al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente de Gobierno, formula alegaciones en defensa de la constitucionalidad de los preceptos recurridos.

Se refiere, en primer término, al art. 51 de la Ley 5/1996; señala que el análisis de su constitucionalidad ha de partir necesariamente de la delimitación del contenido y finalidad del precepto, a fin de determinar su adecuación al marco constitucional y al régimen de distribución de competencias aplicable en la materia. Con ese propósito alega que:

a) El objeto de la norma es la imposición de un deber formal de motivación de la prescripción de determinadas especialidades farmacéuticas cuyo destinatario es el personal facultativo del Servicio Canario de Salud. Dicho deber consiste en la elaboración de un informe en el que se justifique, desde un punto de vista exclusivamente terapéutico, la elección de la prescripción de especialidades farmacéuticas cuando el medicamento prescrito tenga un precio superior a un determinado nivel —fijado como precio de referencia para la respectiva especialidad farmacológica— y existan en el mercado otros medicamentos registrados que contengan idéntico principio activo al prescrito y cuyo precio fuera igual o inferior al precio de referencia fijado para la indicada especialidad farmacológica.

b) La norma es de ámbito estrictamente interno ya que el deber que impone tiene como destinatario exclusivo a los facultativos del Servicio Canario de la Salud, siendo éste un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito a la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, creado por Ley territorial 11/1994, de 26 de julio, al que corresponde, conforme dispone su art. 50.3, el desarrollo de las competencias sanitarias de la Comunidad Autónoma, entre ellas, la prestación de asistencia sanitaria. Además, el precepto no impone precios de referencia a los fabricantes de productos farmacéuticos, ni interfiere en la determinación de tales precios, al ser el denominado precio de referencia un simple parámetro cuantitativo que determina —en el ámbito interno y exclusivo del Servicio Canario de Salud qué medicamentos exigen para la prescripción por sus facultativos, de informe terapéutico complementario—. En este sentido, se destaca cómo el apartado 1 del art. 51, después de atribuir al Gobierno canario la potestad de regular la fijación de precios de referencia, matiza que dicha regulación se circunscribe al «ámbito del Servicio Canario de Salud» y «a los efectos previstos en el apartado siguiente», esto es, a los efectos de la expedición del informe terapéutico complementario antes citado. En consecuencia el precepto citado no tiene

por finalidad intervenir ad extra en el régimen de precios de los productos farmacéuticos, ya que aunque el medicamento prescrito fuera superior al precio de referencia ello no es óbice para su financiación pública siempre que se acompañe el preceptivo informe del facultativo justificando la prescripción.

c) La norma tiene como finalidad que el Servicio Canario de Salud racionalice la prescripción de medicamentos, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.3. de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, según el cual «la prescripción y la dispensación de medicamentos deberá realizarse de acuerdo con los criterios básicos de uso racional que se establecen en la Ley». Ese precepto se desarrolla en el título VI de esa misma Ley que regula distintos aspectos destinados a la consecución de un «uso racional» del medicamento, englobando medidas tanto de carácter técnico (régimen de la prescripción) como económicas (limitación del gasto público destinado a la prestación farmacéutica o existencia de medicamentos a menor precio o inferior costo de tratamiento), encomendando su ejecución y regulación a las Administraciones públicas (art. 84) y, en especial, a las Comunidades Autónomas. En este sentido, el art. 93.1 compatibiliza «el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud», con «las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias». Es precisamente en este cometido de fomentar el uso racional de los medicamentos donde ha de encuadrarse el art. 51 de la Ley 5/1996, pues con él se pretende propiciar que en el Servicio Canario de Salud la prescripción de medicamentos por los facultativos responda, en primer lugar, a criterios estrictamente objetivos y terapéuticos y, en el supuesto de igualdad en la eficacia del medicamento, a criterios de economía y racionalización del gasto. En este sentido, se señala que la norma no excluye ni limita la libre facultad del médico de prescribir el medicamento que estime procedente a los efectos terapéuticos, con independencia del precio del medicamento prescrito, aun cuando sea superior a los precios de referencia que puedan establecerse. Sin embargo en el supuesto de que existieran varios medicamentos comercializados cuyo principio activo fuera idéntico, se viene a exigir del facultativo un acto de responsabilidad y de racionalización en la dispensación, imponiéndole exclusivamente el deber de motivar objetivamente la elección de una especialidad en detrimento de otra de contenido idéntico y más económica. En cumplimiento, pues, de los principios de economía y eficacia postulados constitucionalmente en el art. 31.2 CE, se pretende racionalizar el uso de los medicamentos por los servicios sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias. Consecuentemente, la norma se limita únicamente a imponer un deber de informe terapéutico que no limita la financiación pública del medicamento, sino que lo que hace es responsabilizar al facultativo en su función de prescripción, fomentando la objetividad y racionalidad de la decisión, evitando las influencias, ya promocionales ya comerciales, de las que pueda ser destinatario y beneficiario.

Llegados a este punto, y dado que la impugnación que realiza el Abogado del Estado descansa exclusivamente en la eventual vulneración competencial de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su potestad legislativa, se prosigue diciendo que en el presente caso concurren tres títulos competenciales, a saber, los de sanidad, seguridad social y autoorganización, estando delimitadas las normas del bloque de constitucionalidad, de un lado, por los arts. 149.1.16 y 17 CE, y de otra parte, por los arts. 30.1 y 30; 32.10 y 18; y 33.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias, modificado por Ley

Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. De acuerdo con dicho encuadramiento competencial, se afirma que la norma enjuiciada opera dentro de los límites competenciales de la Comunidad Autónoma en la materia, porque:

1) La Ley 25/1990, que constituye una «norma básica» en materia de sanidad dictada al amparo del art. 149.1.16 CE, en su art. 93.1 reconoce a las Comunidades Autónomas la competencia para adoptar y regular medidas de racionalización de la utilización de medicamentos.

2) La normativa básica estatal dictada al amparo de los apartados 16 y 17 del art. 149.1 CE, referentes a las bases de la sanidad y a la legislación básica sobre seguridad social, no contempla prescripción normativa alguna que pueda considerarse vulnerada por el art. 51 de la Ley 5/1996, pudiendo entenderse, por el contrario, que el requisito del deber de informe exigido por éste constituye un elemento complementario o adicional a la receta, regulada en el art. 85 de la Ley 25/1990, con carácter de norma básica al amparo del art. 149.1.16 CE.

3) La norma impugnada no incide en el régimen económico de la Seguridad Social (delimitado en la STC 124/1996), pues resulta inocua respecto al régimen de registro, precio y financiación pública de los medicamentos. Aunque el art. 51.2 *in fine* dispone que la aprobación del informe terapéutico constituye un «requisito para la financiación pública de la especialidad prescrita», con ello no se pretende establecer un régimen de financiación especial sino que lo que hace es añadir un requisito formal a la receta médica para que ésta tenga la virtualidad de prescripción cubierta por la financiación pública, sin que ello afecte ni al precio ni al régimen de financiación de los medicamentos. Por otra parte, la norma autonómica no contradice lo dispuesto en el art. 94.6 de la Ley 25/1990 pues opera sólo sobre aquellas especialidades farmacéuticas registradas y que son financiadas públicamente, cuya determinación es competencia estatal, ni tampoco incide en el ámbito de la legislación de productos farmacéuticos reservada por la Constitución al Estado.

4) El precepto impugnado es una norma exclusivamente de organización de la gestión y ejecución de la asistencia sanitaria pública, cuya competencia es de la Comunidad Autónoma (art. 30.1 y 30; y 32.6, en relación con el art. 33.3, todos ellos del Estatuto de Autonomía de Canarias).

Finalmente, en relación con la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 5/1996, y sin perjuicio de la posterior resolución del incidente de desistimiento que la afecta, el Gobierno de Canarias procede a formular alegaciones *ad cautelam*, sosteniendo su constitucionalidad. En este sentido, de un lado, afirma que el curso selectivo de formación que prevé la norma impugnada garantiza los principios de mérito y capacidad, toda vez que al ser un curso de «formación» avala la cualificación profesional del funcionario y al ser «selectivo» utiliza pruebas selectivas y competitivas a través de las cuales se eligen los funcionarios que se promocionan. De otra parte, niega que la norma discrimine en función de la fecha en la que el funcionario se integra como tal en la Comunidad Autónoma de Canarias, toda vez que hay que interpretar la disposición adicional recurrida con la disposición transitoria primera de la Ley territorial 2/1987, con el art. 25.1 y 26.1 de la Ley 12/1983, del proceso autonómico, y, con la base segunda 2, de los anexos I y II, de la Orden de 7 de abril de 1997.

12. El 16 de mayo de 1997 presenta escrito de alegaciones el representante del Parlamento de Canarias en el que se sostiene que el art. 51 de la Ley 5/1996 no comporta una contravención del régimen constitu-

cional de atribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias. En este sentido, se señala que la materia regulada en el art. 51 constituye una norma, que en virtud del título competencial previsto en los arts. 13.b, 60.1.c, y 61.1 del Estatuto de Autonomía (competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para elaborar, aprobar y fiscalizar sus Presupuestos) trata de mejorar la gestión de los recursos públicos a través de la contención del gasto relativo a las prestaciones farmacéuticas dispensadas en el Servicio Canario de Salud. La norma recurrida no recorta el derecho de los ciudadanos usuarios del Servicio, ni representa la adopción de medidas originales y exclusivas de la Comunidad Autónoma de Canarias, pues es la legislación estatal la que a través de la Ley 25/1990 regula la financiación pública de los medicamentos y las medidas para la racionalización del gasto farmacéutico en el sistema de la Seguridad Social (entre las que se incluye el régimen de precios de referencia sobre especialidades farmacéuticas equivalentes). Aunque el Estado tiene competencia legislativa plena sobre esta materia, la Comunidad Autónoma de Canarias ha asumido estatutariamente las competencias de ejecución (art. 33.3 de su Estatuto de Autonomía). Por ello, no es ilegítimo ni inconstitucional que el Parlamento de Canarias oriente desde parámetros presupuestarios el modo de ejercitar esa competencia de ejecución dentro de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, y por lo que se refiere a la disposición adicional vigesimoquinta, se solicita que en el caso de que no se acceda al desistimiento parcial del recurrente, se tengan por formuladas en este recurso las alegaciones efectuadas por el Parlamento de Canarias en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1259/97 promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley 5/1996, en la parte referida a la mencionada disposición adicional.

13. Por Auto de 20 de mayo de 1997 se tiene por desistido parcialmente al Gobierno de la Nación del recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, por lo que se refiere a la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, y se acuerda dejar sin efecto la suspensión de la vigencia de la citada disposición, acordada por providencia de 8 de abril de 1997, así como mantener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 51 de la mencionada Ley.

14. Por providencia de 23 de junio de 1997, la Sección Tercera acuerda que se oiga a las partes personadas en el proceso, Abogado del Estado y representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento de Canarias, para que en el plazo de cinco días, expongan lo que estimen oportuno acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión del art. 51 de la Ley 5/1996. A tal fin, y cumplimentando el trámite, el Abogado del Estado, por escrito registrado el día 30 de junio de 1997, solicitó el mantenimiento de la suspensión sobre la base de los perjuicios irreparables que la aplicación de la norma impugnada podría producir en el marco del derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad. Por su parte, el Parlamento de Canarias evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito presentado el día 1 de julio de 1997, en el que solicitó el levantamiento de la suspensión puesto que la aplicación de la norma no comportaba un recorte de las prestaciones farmacéuticas ni perjuicios irreparables, sino que, por el contrario, el aplazamiento de la aplicación de la medida repercutiría sobre el gasto público. Finalmente, el Gobierno Canario evacuó el trámite conferido por escrito presentado el día 7 de julio de 1997 en el que interesó el levantamiento de la suspensión en virtud de que de la aplicación de

la norma no se derivaban perjuicios irreparables, no se había producido una lesión competencial al Estado y existe una presunción de la constitucionalidad de la disposición recurrida.

15. Por Auto de 15 de julio de 1997, se acuerda mantener la suspensión de la norma impugnada.

16. El 13 de mayo de 2004, el Presidente acuerda, en uso de las facultades que le confieren el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con el art. 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asumir la ponencia del recurso, dado que en las pertinentes deliberaciones quedó en minoría la posición mantenida por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

17. Por providencia de 11 mayo de 2004, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en este recurso de inconstitucionalidad el art. 51 y la disposición adicional vigesimoquinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997. El art. 51 de la mencionada Ley, bajo la rúbrica «Precios de referencia en especialidades farmacéuticas» dispone que:

«1. El Gobierno de Canarias podrá regular gradualmente y por grupos de medicamentos, en el ámbito del Servicio Canario de Salud la fijación de precios de referencia en relación a las especialidades farmacológicas equivalentes, a los efectos previstos en el apartado siguiente. 2. Publicadas esas normas de regulación y con relación a los medicamentos en ellas incluidas, la prescripción por los facultativos del Servicio Canario de Salud, de especialidades farmacéuticas cuyo importe exceda de los precios de referencia fijados por orden departamental requerirá de un informe complementario por el facultativo en el que se justifique, desde el punto de vista terapéutico, la elección de la especialidad prescrita con preferencia al resto de los productos registrados que contengan idéntico principio activo y cuyo importe sea igual o inferior al precio de referencia. Dicho informe deberá ser aprobado por el órgano competente del Servicio Canario de la Salud que, al efecto, se determine por orden departamental, como requisito para la financiación pública de la especialidad prescrita en cuanto al exceso de su importe sobre el precio de referencia. 3. Por el Consejero de Sanidad y Consumo se dictarán las normas precisas para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo».

De otra parte, la también impugnada disposición adicional vigesimoquinta, establece textualmente que:

«Quedarán integrados en los Cuerpos Administrativo y de Gestión de la Administración aquellos funcionarios de carrera de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de los Cuerpos Auxiliar y Administrativo, respectivamente, que cumplan los siguientes requisitos:

Que ostentaran la condición de funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria que crea, en su disposición Adicional Primera, los Cuerpos y Escalas de funcionarios de carrera.

Poseer en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley de Presupuestos, los requisitos de titulación exigidos en el art. 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, para acceder a otro grupo inmediatamente superior.

Realizar un curso selectivo de formación sobre las materias específicas del Cuerpo en el que pretendan integrarse».

Se imputa al primero de los preceptos autonómicos citados la vulneración de los títulos competenciales estatales previstos en los arts. 149.1.1, 149.1.16 y 149.1.17 CE, relativos a la fijación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales, a la legislación sobre productos farmacéuticos y a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, respectivamente. Se sostiene, asimismo, que la citada disposición adicional invade el título competencial establecido en el art. 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Es necesario precisar en este momento procesal que el 25 de marzo de 1997 se interpuso otro recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo (núm. 1259/97) contra determinados preceptos de la misma Ley del Parlamento de Canarias 5/1996 y, entre ellos, contra la disposición adicional vigésimo quinta aquí impugnada, como consecuencia del cual se dictó posteriormente la Ley del Parlamento de Canarias 8/1998, de 20 de julio, por la que se deroga expresamente la citada disposición (BOC núm. 91, de 23 de julio; BOE núm. 185, de 4 de agosto) y que motivó la pérdida sobrevenida del objeto de aquel recurso en lo que a la citada disposición respectaba (como así fue declarado en la STC 274/2000, de 15 de noviembre). No obstante y con carácter previo a la citada derogación, al amparo del art. 86 LOTC, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y debidamente autorizado para ello por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 1997, presentó con fecha de 28 de abril de 1997 escrito de desistimiento parcial del recurso interpuesto, pero sólo respecto de la impugnación relativa a la citada disposición adicional, siendo dicha petición acogida por el Auto de este Tribunal de 20 de mayo de 1997, que tuvo por desistida parcialmente a la parte actora del presente recurso en lo relativo a esa impugnación, por lo que el objeto del presente proceso constitucional queda limitado a la primera de las impugnaciones efectuadas, a saber, la relativa al art. 51 de la Ley 5/1996 y, en consecuencia, nuestro enjuiciamiento sólo a ella se contraerá.

2. Hecha la anterior aclaración, nuestro enjuiciamiento se centra en determinar si el art. 51 de la Ley 5/1996 es inconstitucional por regular una materia que es de competencia exclusiva del Estado. Según el Abogado del Estado el precepto impugnado vulnera los títulos competenciales previstos en los arts. 149.1.1, 149.1.16 y 149.1.17 CE, al haber atribuido al Gobierno de Canarias competencia para regular una materia —alcance de la financiación pública de los medicamentos a través de la fijación de los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas— que se encuentra reservada al Estado. En este sentido afirma que el precepto impugnado prevé un sistema de gestión de los fondos públicos de la sanidad que contradice la fórmula de disposición de recursos del sistema sanitario establecido por la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que en desarrollo de los citados títulos competenciales regula, en sus arts. 94 y 95, la financiación de especialidades farmacéuticas en el Sistema Nacional de Salud.

Por su parte el Gobierno canario niega la inconstitucionalidad del precepto impugnado, en tanto en cuanto entiende que sólo desarrolla lo dispuesto en la normativa del Estado dentro de los límites competenciales que la Comunidad Autónoma tiene en la materia (arts. 30.1 y 30; 32.10 y 18; y 33.3 de la Ley Orgánica 10/1982,

de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, modificada por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre). Sobre este particular sostiene que el art. 51 de la Ley 5/1996 no supone una intervención en el régimen de precios de los productos farmacéuticos ni incide en la financiación pública de los medicamentos, sino que simplemente exige al facultativo un acto de responsabilidad y de racionalización en la dispensación, imponiéndole el deber de motivar objetivamente la elección de una especialidad farmacéutica en detrimento de otra de contenido idéntico y más económica, con la finalidad de racionalizar el uso de los medicamentos por el servicio sanitario público canario, al amparo de lo dispuesto en el art. 93.1 de la Ley 25/1990, que reconoce a las Comunidades Autónomas la competencia para adoptar y regular medidas de racionalización de la utilización de medicamentos.

El Parlamento canario también sostiene la constitucionalidad del precepto impugnado al entender que tiene cobertura en el título competencial previsto en los arts. 13.b, 60.1.c. y 61.1 del Estatuto de Autonomía, a saber, en la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para elaborar, aprobar y fiscalizar sus presupuestos, y que el art. 51 de la Ley 5/1996 es una disposición legal de naturaleza presupuestaria que tiene por finalidad la mejora de la gestión de los recursos públicos a través de la contención del gasto relativo a las prestaciones farmacéuticas dispensadas en el Servicio Canario de Salud.

3. Como se ha descrito, las partes mantienen posturas discordantes sobre cuáles son los títulos competenciales enfrentados en el conflicto. Por ello, el primer problema a resolver consiste en encuadrar el objeto de debate en la materia correspondiente de entre aquéllas que determinan el orden de competencias en nuestro bloque de la constitucionalidad. A tal fin, se hace preciso comenzar concretando el marco normativo en el que se desenvuelve la presente controversia, para lo cual, debemos partir necesariamente de la normativa estatal y, en concreto, de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. El capítulo V del título VI, de este texto legal, titulado «Del uso racional de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud», comienza con el art. 93 que, refiriéndose al «Principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado», en su apartado 1 reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Más adelante, el art. 94 se dedica a la regulación del «Procedimiento para la financiación pública de las especialidades farmacéuticas», en el que se establece que una vez registrada y autorizada una especialidad farmacéutica, se decidirá —con carácter previo a su puesta en el mercado— si se incluye o no en la prestación farmacéutica de la Seguridad Social con cargo a fondos de ésta o a fondos estatales afectos a la sanidad, indicándose algunos de los criterios que han de tenerse en cuenta (gravedad de la patología, utilidad del medicamento, limitación del gasto público o existencia de otras alternativas, entre otros). También se señalan cuáles son los medicamentos que no podrán financiarse públicamente (esto es, los que tengan indicaciones sintomatológicas o para síndromes menores, los que hayan sido expresamente excluidos por el Gobierno, y los que específicamente se determinan en ese precepto). Se hace igualmente referencia a la posibilidad de excluir —total o parcialmente— o someter a condiciones especiales de financiación los medicamentos ya incluidos en la prestación de la Seguridad Social, así como a la obligación de revisar y actualizar periódicamente el listado de los que son objeto de financiación pública.

Ese art. 94 fue modificado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 169.4), en virtud de la cual se le añadió un nuevo apartado 6 del siguiente tenor literal:

«6. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podrá limitar la financiación pública de medicamentos, estableciendo que, de entre las distintas alternativas bioequivalentes disponibles, sólo sean objeto de financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud las especialidades farmacéuticas cuyos precios no superen la cuantía que para cada principio activo se establezca reglamentariamente.

Esta limitación en la financiación de las especialidades farmacéuticas financiadas con fondos públicos no excluirá la posibilidad de que el usuario elija otra especialidad farmacéutica prescrita por el médico que tenga igual composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación y precio más elevado, siempre que, además de efectuar, en su caso, la aportación económica que le corresponda satisfacer de la especialidad farmacéutica financiada por el Sistema, los beneficiarios paguen la diferencia existente entre el precio de ésta y el de la especialidad farmacéutica elegida».

Posteriormente, la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 109.2), añade un último párrafo al apartado anteriormente transcrito, según el cual «Cuando la presentación de la especialidad farmacéutica prescrita supere la cuantía establecida como precio de referencia, el farmacéutico deberá sustituirla, excepto en el supuesto previsto en el párrafo anterior, por una especialidad farmacéutica genérica de idéntica composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación y de igual o inferior cuantía que la establecida».

Finalmente, ese apartado 6 del art. 94 de la Ley 25/1990, ha sido recientemente modificado por la disposición final tercera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que, concretando el sistema de precios de referencia al que se encuentra sometida la financiación pública del medicamento, atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo —previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud— la determinación de los conjuntos de especialidades farmacéuticas objeto de financiación y de los precios de referencia, especifica la forma de calcular estos últimos, y establece normas a seguir en el caso de prescripción de medicamentos que superen los precios de referencia.

Por su parte, y ya desde la perspectiva autonómica, es preciso recordar lo que el precepto cuya inconstitucionalidad se plantea, es decir, el art. 51 de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997, había establecido (transcrito *supra*).

4. Partiendo del contenido de los preceptos citados nos encontramos con que la titularidad de la materia discutida, esto es, la fijación de los precios de referencia de las diferentes especialidades farmacéuticas, se encaja por el Abogado del Estado en los títulos competenciales de las reglas 1, 16 y 17 del art. 149.1 CE, ya sea como condición básica del ejercicio de un derecho constitucional (el derecho a la salud), ya lo sea como legislación sobre productos farmacéuticos, o, en fin, como régimen económico de la Seguridad Social. Ahora bien, antes de entrar a realizar el contraste entre la disposición impugnada y los títulos competenciales esgrimidos por las partes es necesario realizar dos precisiones previas.

En primer lugar, que vamos a centrar nuestro examen en las reglas 16 y 17 del art. 149.1 CE, que atribuyen

al Estado la competencia respecto de la «legislación sobre productos farmacéuticos» y la «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social», respectivamente, pero con el matiz de que la regla 16 del art. 149.1 CE se refiere tanto a la «legislación sobre productos farmacéuticos» como a las «bases y coordinación general de la sanidad», siendo este último, como se verá, el título rector en que procede incardinar la controversia planteada.

La segunda precisión que conviene realizar se refiere a que el examen de la aducida vulneración del art. 149.1.1 CE se hará en último lugar, una vez que hallamos procedido al encuadramiento competencial de la controversia suscitada.

5. Como hemos dicho, debemos descartar el título competencial relativo a la «legislación sobre productos farmacéuticos» (de competencia exclusiva del Estado conforme al 149.1.16 CE), al no formar parte el precepto impugnado de ese conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto «sustancias» cuya fabricación y comercialización está sometida —a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia— al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen. Ciertamente la norma canaria no regula al medicamento en el sentido apuntado, sino que lo contempla en su dimensión de «prestación sanitaria» del sistema de salud, al tener por cometido la regulación de uno de los aspectos fundamentales del acceso a la prestación farmacéutica en términos de igualdad, a saber, el de la financiación selectiva de los medicamentos a través de la fijación de los «precios de referencia» de las especialidades farmacológicas equivalentes.

Rechazada la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial antes apuntado, es preciso analizar si es posible encuadrarla dentro del título —también esgrimido por el Abogado del Estado— relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE). Tal posibilidad, sin embargo, ha de ser rehusada, 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, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias (entre ellas, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario), los servicios de información y documentación sanitaria, y 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.

A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de

maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), 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. En este sentido, se aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de «caja única» por el que se rige. Y 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 (proceso este que ha culminado con la 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 de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía).

Lo anterior se confirma también por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que, según su art. 1, tiene por objeto el establecimiento del «marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias». Entre los principios generales que informan dicha ley, de acuerdo con su art. 2 a) y e), se encuentran «la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad» y «la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica», principios que se concretan en un catálogo de prestaciones entre las que se incluye la «prestación farmacéutica» (art. 7.1), siendo relevante que esta prestación, como las restantes previstas en dicha Ley son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada Ley 21/2001 (art. 10.1 y 2).

En suma, la cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la «sanidad» (art. 149.1.16 CE).

6. Alcanzada la anterior conclusión sobre la materia en la que la norma impugnada se incardina (sanidad) dentro del orden competencial previsto en el bloque de la constitucionalidad, es preciso examinar las competencias que sobre la misma tienen tanto el Estado como la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por lo que al Estado respecta, el art. 149.1.16 CE le reconoce competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, establece en su art. 32.7 que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene. Reformado posteriormente el citado Estatuto por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, la competencia de Canarias en esta materia se recoge en el nuevo art. 32.10, relativo al desarrollo legislativo y ejecución sobre

sanidad e higiene y coordinación hospitalaria. Asimismo, el art. 33.3 de la misma norma estatutaria prevé que le corresponde a esa Comunidad Autónoma la competencia de ejecución en la materia de gestión de las prestaciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina.

Concretado este marco competencial es preciso aclarar, en primer lugar, que cuando el art. 149.1.16 CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la «sanidad», este último vocablo hay que entenderlo referido a la «sanidad interior» por exclusión con el de «sanidad exterior» que previamente es utilizado en ese mismo apartado (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2). En segundo término, y en relación al concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 7; 24/2002, de 31 de enero, FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 8, en torno al concepto de lo «básico»). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3; 80/1985, de 4 de julio, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2).

7. Ya hemos visto en el precedente fundamento jurídico 5 que la Ley 16/2003 tiene entre sus finalidades la de configurar un catálogo de prestaciones sanitarias, entre las que figura la prestación farmacéutica. Ahora debemos dar un paso más y confirmar que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica.

Ello es claro en ambas perspectivas. En cuanto a la formal, por su inclusión en norma de rango legal. En cuanto a la material, porque 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. Partiendo del carácter básico

de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las «bases y coordinación general de la sanidad».

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. Sin embargo, 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).

Efectivamente, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12; y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de «sanidad», para asegurar —como se ha dicho— el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 de la propia Ley 16/2003, que establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva. Y siendo una de las citadas prestaciones el medicamento, es evidente que el acceso al mismo 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.

8. Sentado lo anterior, procede ahora determinar si a la luz del contenido del precepto impugnado (art. 51 de la Ley 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de Canarias) se ha producido la invasión competencial contra la que acciona el Gobierno de la Nación por regularse una materia relativa a la sanidad integrable en el ámbito de lo básico, o si, por el contrario, no se ha originado la vulneración denunciada por suponer el ejercicio de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución reconocidas estatutariamente a la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 32.10 y 33.3 del Estatuto). A tal fin, es preciso recordar que la norma autonómica recurrida faculta al Gobierno de

Canarias para fijar, dentro del ámbito del Servicio Canario de la Salud los «precios de referencia» en las especialidades farmacéuticas y posibilita, asimismo, la financiación pública de las especialidades que excedan de los citados precios siempre que exista informe complementario del facultativo del Servicio Canario de Salud en el que se justifique la elección del medicamento de coste superior al de referencia, informe éste que debe ser aprobado por el órgano competente del citado servicio.

Pues bien, se hace preciso tener presente en este momento que, de acuerdo con el criterio hermenéutico reiteradamente aplicado por este Tribunal (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6; 122/1983, de 16 de febrero, FJ 6; 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; y 152/2003, de 17 de julio, FJ 7) cuando son posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación.

En el presente supuesto el precepto impugnado admite dos interpretaciones. Partiendo de su estricta literalidad, cabe entender que la norma recurrida atribuye al Gobierno de Canarias la posibilidad de regular, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud, la fijación de los precios de referencia en relación a las diversas especialidades farmacológicas, sean cuales sean dichos precios y, en consecuencia, respeten o no los mínimos establecidos por la norma básica. Interpretada de ese modo, la norma impugnada sería inconstitucional. Ahora bien, en segundo lugar también cabe efectuar una interpretación conforme a la Constitución entendiéndose que la facultad que atribuye al Gobierno de Canarias el art. 51.1 de la Ley canaria 5/1996, lo es sólo para fijar precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal. Así entendida, la Ley canaria sería conforme a la Constitución pues, como hemos argumentado en los fundamentos jurídicos 6 y 7, las bases tienen el significado de mínimos a respetar por la legislación autonómica.

En conclusión, el precepto así interpretado no vulnera el art. 149.1.16 CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad.

9. Por último, hemos de examinar si el precepto impugnado vulnera, según aduce el Abogado del Estado, el art. 149.1.1 CE, en relación con el derecho a la salud (art. 43 CE). Nuestra respuesta ha de ser también negativa en este punto.

Así, partiendo de que el art. 149.1.1 CE habilita al Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que no conlleva la exclusión de las diferencias en las normas complementarias de las Comunidades Autónomas, debemos considerar aplicable aquí nuestra doctrina según la cual, puesto que «no se enuncia por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7)» [STC 109/2003, de 5 de junio, FJ

17; en igual sentido, STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 h)].

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 Que el art. 51.1 de la Ley del Parlamento Canario 5/1996, de 27 de diciembre, es conforme a la Constitución entendida del modo expresado en el fundamento jurídico 8 *in fine*.

2.º En consecuencia, desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación contra dicho precepto.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil cuatro.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 25 de mayo de 2004 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, al que se adhieren los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio

Con mi mayor respeto para el parecer mayoritario expresado en la Sentencia formulo, no obstante, Voto particular discrepante de él, que paso a fundar.

1. Considero que el recurso de inconstitucionalidad debería haberse estimado, y declarado la inconstitucionalidad y consecuente nulidad del art. 51.1 de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, por la contradicción entre el contenido de dicho precepto y la normativa básica estatal, en concreto de la Ley 25/1990, invadiendo así el título competencial del Estado del art. 149.1.16 en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

A mi juicio la fijación de precios de referencia de los medicamentos a los efectos de la financiación pública de los mismos corresponde al Estado, conforme lo determina el art. 94.6 de la Ley 25/1990, modificado sucesivamente por la Ley 13/1996 (art. 169.4), la Ley 66/1997 (art. 109.2) y 16/2003 (disposición final tercera), normativa básica estatal; por lo que la atribución de esa facultad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias al Gobierno de Canarias, así como la posibilidad de la financiación pública de los medicamentos por encima de los precios de referencia en las condiciones que el precepto impugnado establece, entran en insalvable contradicción con la normativa básica estatal referida.

2. Comparto sin reservas los seis primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia; pero disiento de los restantes en lo sustancial de los mismos.

El fundamento jurídico 7 opera con un concepto de uniformidad mínima en las condiciones de acceso al medicamento, en cuanto componente material de lo básico, que no puedo compartir.

A partir de tal utilización del concepto de uniformidad mínima se fija el presupuesto lógico para la ulterior pre-

tendida interpretación conforme, a la que se llega en el fundamento jurídico siguiente.

Es ahí donde se centra el núcleo de mi discrepancia de la Sentencia.

En el fundamento jurídico 7 de la Sentencia, al concretar el sentido material de lo básico, se habla de un nivel mínimo homogéneo que puede ser susceptible de mejora, centrando lo básico en ese nivel mínimo.

Creo que se violenta en este caso el concepto material de bases cuando éstas se conciben en el sentido de una uniformidad mínima, establecida por el Estado con la posibilidad de que ese mínimo sea susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas. A mi juicio tal concepción de lo básico no es correcta. Se sustenta sobre un deslizamiento conceptual de la idea metafórica del mínimo común denominador, que es propia de la idea de bases, hacia una visión cuantitativa de lo mínimo en el sentido de la contraposición dialéctica norma mínima-norma de mejora.

En mi personal visión lo básico tiene una propia entidad no cuantificable; es un elemento común, no susceptible de mejora, sino que tiene que ser reconocible como tal en su propia dimensión en todo caso. En tal sentido, si como base se establece la igualdad de los ciudadanos en el acceso a las prestaciones sanitarias, esa igualdad, en cuanto base y en cuanto mínimo común denominador del sistema, no puede desvirtuarse, convirtiendo la igualdad o la igualación de los ciudadanos en el disfrute del derecho a la prestación en una igualación en un mínimo de la prestación, al margen de cuya igualdad pueda abrirse el paso a una ulterior diferenciación de las prestaciones según los distintos territorios, en función de una posible mejora del mínimo estatal por cada Comunidad Autónoma, resultante del diferente ejercicio por ellas de su autonomía financiera. Creo que una concepción tal, que es la que se expresa en el texto del que disiento, no es respetuosa con la atribución del carácter básico a la igualdad de las prestaciones. Me parece inaceptablemente manipulativo hablar de igualdad básica y prestación mejorada. Eso, a mi juicio, no es igualdad. La exigencia de igualdad en este caso cubre la totalidad de la prestación posible, y no sólo un determinado contenido o nivel de ésta. Se opone a mi concepción de la igualdad la introducción en ella de factores cuantitativos o niveles, hasta el extremo de desembocar en la paradójica idea de la existencia de sujetos más iguales que otros.

Si el resultado final del juego de la norma mínima estatal y la norma de mejora autonómica es el de una diversa dimensión cuantitativa del coste de la dispensación de medicamentos, no veo cómo un resultado tal pueda conciliarse con la proclamación mantenida en el art. 93 de la Ley 25/1990 de que «se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud».

Creo que la igualdad efectiva, que proclama, según se indica en el propio fundamento jurídico 7 *in fine* respecto del que estoy expresando mi disidencia, el art. 23 de la Ley 16/2003 («Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva»), no se aviene con un sistema de mínimos mejorables en la financiación pública de los medicamentos.

3. Por lo que hace al fundamento jurídico 8 de la Sentencia, creo que, de las dos interpretaciones del precepto cuestionado que se expresan en él como posibles, la única adecuada es precisamente la que conduce a su calificación de inconstitucional, y que la interpretación alternativa de conformidad a la Constitución no se adecua al sentido lógico y normativo del precepto, sino que

se sustenta en una manipulación voluntarista del mismo, a su vez basada en el que anteriormente calificaba como deslizamiento conceptual de la idea de mínimo.

Cuando el precepto dice, como dice, que «el Gobierno de Canarias podrá regular gradualmente y por grupos de medicamentos, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud la fijación de precios de referencia en relación a la especialidades farmacológicas equivalentes», es indudable que está atribuyendo al Gobierno de Canarias una facultad reguladora no sujeta a límite alguno. Y no es interpretación del precepto, sino transformación manipulativa del mismo, la propuesta intelectual de que puede ser entendido en tanto que facultad del Gobierno de Canarias «para fijar precios de referencia, siempre que se respeten los mínimos establecidos en la norma básica estatal». Sencillamente, el precepto no dice lo que con la pretendida interpretación conforme a la Constitución se le hace decir en nuestra Sentencia. Esa interpretación, a su vez, se sustenta en un nuevo factor manipulativo, cuando se habla de «mínimos establecidos por la norma básica estatal», dado que, como he razonado antes, no es correcto hablar de «mínimos establecidos por la norma básica estatal», sino, sin más, de norma básica estatal, según la cual (art. 94 de la Ley 25/1990, del medicamento, modificada por el art. 169.cuatro de la ley 13/1998, y luego por la Ley 16/2003), es al Gobierno de la Nación al que corresponde regular dichos precios de referencia y limitar la financiación pública de los medicamentos; y ello (art. 93 de la Ley 25/1990), como un medio para llevar a cabo el «principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado», del que forma parte (apartado 1, art. 93 citado) el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud.

Creo que dicho precepto se opone a las bases estatales y es, consecuentemente, inconstitucional por las dos razones expresadas: porque se le atribuye al Gobierno de Canarias la facultad de fijar en su ámbito territorial precios de referencia, y porque por encima de esos precios se habilita, en las condiciones que el precepto recurrente regula, la posibilidad de la financiación pública del medicamento.

4. Me resulta difícilmente conciliable con el designio global de la Ley en la que se inserta el precepto recurrido la pretendida interpretación conforme de éste, en cuanto medio de apertura de una mejora autonómica de la financiación pública del medicamento respecto del mínimo estatal. Adviértase que se trata de una Ley autonómica que, según su preámbulo, pretende «realizar un importante esfuerzo de disciplina económica» (párrafo inicial), y que al referirse (párrafo final) a la «introducción de los precios de referencia en las especialidades farmacéuticas» se dice «que necesariamente contribuirán a frenar el ritmo de crecimiento de los gastos de esta naturaleza». Si el propósito que alienta el precepto es el de frenar el gasto, resulta casi paradójico que pueda interpretarse en el sentido, más bien contrario a aquel propósito, de mejorar el mínimo estatal, lo que supone en el nivel de mejora una ampliación del gasto en relación con el que supondría el mínimo estatal.

5. Por último no me resulta convincente la argumentación del fundamento jurídico 9, si bien no me parece necesario detenerme en el enjuiciamiento del recurso desde la óptica del art. 149.1.1 CE, al ser suficiente para la estimación el dato formal de la vulneración de la normativa básica estatal.

En tal sentido dejo emitido mi Voto.

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil cuatro.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la Sentencia del Pleno de 25 de mayo de 2004, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado

1. En uso de la facultad del apartado 2 del art. 90 LOTC formulo este Voto particular con pleno respeto a mis colegas del Pleno. La discrepancia con el criterio de la mayoría que lo motiva afecta al fallo de la Sentencia y a su fundamento jurídico 9, referente al art. 149.1.1 CE. Son únicamente dos cuestiones pero, como sostuve en la deliberación del recurso, ambas son esenciales. Por eso, al ser rechazadas las tesis que defendí sobre ellas, pedí del Pleno que se me relevara de figurar como Ponente y de asumir la redacción final de la Sentencia mayoritaria.

2. El artículo 1.1 de la Constitución define España como «Estado social y democrático de Derecho». Cabría preguntarse si el Estado social es una categoría constitucional carente de sustancia o si social es un término polisémico que, al enlazarse con el Estado y el Derecho, pierde significado para devenir, pura y simplemente, Estado de Derecho.

No creo que sea así. El Estado social de Derecho es un Estado orientado al bien común, ya que al Estado corresponde velar por el bien común, en la medida en que éste no resulta automáticamente de la concurrencia espontánea de las fuerzas sociales. El Estado social significa un paso más que el simple Estado de Derecho ya que, en todo Estado social, la Ley se colorea y se tiñe, en su contenido, con exigencias éticas y de justicia. No basta cualquier Ley para que se cumpla el lema del «Estado social de Derecho»; hace falta una Ley con un contenido ético y social determinado. Por eso los valores superiores de nuestro ordenamiento se definen —en el mismo art. 1.1 CE— como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El énfasis radica en este caso en el principio de igualdad. La cláusula del Estado social y democrático de Derecho del art. 1.1 CE obliga a considerar que el establecimiento de precios de referencia de productos farmacéuticos es una competencia exclusiva del Estado, también conforme al art. 149.1.1 CE.

El Estado social prescribe fines o principios rectores que habilitan a las normas que encomiendan al Estado tareas de configuración social. Así ocurre con el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. A pesar de encontrarse en el capítulo III del título I, dentro de lo que doctrinalmente son normas programáticas (art. 53.3 CE), la actuación de los poderes públicos ha de dirigirse necesariamente a dicha protección, tal y como exige el apartado 2 del citado art. 43. En circunstancias de escasez o de desbordamiento del billonario gasto sanitario las prestaciones farmacéuticas pueden retroceder y limitarse a una financiación selectiva de medicamentos «a precio razonable y con un precio público ajustado» (según la Exposición de Motivos de la Ley 25/1990, del medicamento, que recoge el fundamento jurídico 7 de la Sentencia mayoritaria). Cuando así acontece las exigencias de igualdad cobran, en ese retroceso en las conquistas del Estado social, una dimensión constitucional delicada.

3. En el caso que se examina la norma autonómica recurrida, que ha estado suspendida todos estos años (antecedente de hecho 15), facultará al Gobierno de Canarias para fijar, dentro del ámbito del Servicio Canario de la Salud, auténticos «precios de referencia» en las especialidades farmacéuticas (o lo que es lo mismo, para determinar las cuantías máximas que se financian con cargo a los fondos públicos). La norma autonómica va a tocar, por tanto, un aspecto básico de la Sanidad, pues

la costosísima financiación pública del medicamento es prestación emblemática del Estado social, conocido constitucionalmente como «*Estado de las prestaciones*».

Ocurre que esa financiación del medicamento es la que garantiza la accesibilidad de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva. La financiación pública de los medicamentos permite la eliminación de desigualdades en el acceso a la atención sanitaria y constituye uno de los cauces para garantizar el derecho a la protección de la salud que garantiza el art. 43.1 CE. La protección de la salud de sus ciudadanos constituye una de las actuaciones que el Estado Social de Derecho debe acometer pues, con ello, se asegura la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y se promueve el aseguramiento de la digna calidad de vida a la que se refiere el Preámbulo de nuestra Constitución. Es indudable que el derecho a la salud es una condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.

La Sentencia mayoritaria pone énfasis en el art. 149.1.16 CE (FJ 7) para garantizar lo que denomina una *uniformidad mínima* que, reconoce, le corresponde establecer al Estado pero incurre, dicho sea con el debido respeto, en una quiebra o salto lógico al no tomar en consideración obligada el artículo 149.1.1 CE. Dicho título competencial (sobre él, por todas SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FFJJ 7 y 8; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 103/1999, de 3 de junio, FJ 5; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 7/2002, de 14 de febrero, FJ 12; 54/2002, de 27 de febrero, FJ 3; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 9 y 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10) fue oportuna y suficientemente invocado por el Abogado del Estado en el fundamento I de su escrito de demanda, en que invoca el art. 2.2. de la Ley del medicamento. Sin embargo el repetido art. 149.1.1 CE queda relegado en la Sentencia de la mayoría a un significativo último lugar (FJ 9) por una consideración procesal que, dicho sea de paso, es inadecuada a un proceso objetivo de inconstitucionalidad. Lo que me interesa destacar en este Voto, no obstante, es que la Constitución no sólo atribuye al Estado una simple facultad sino que le exige, como consecuencia de la cláusula misma del Estado social (art. 1.1 CE), que preserve la existencia de un sistema sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español. Por eso debe entrar en juego el título competencial del art. 149.1.1 CE que contiene una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes— el ejercicio de las competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (STC 37/2002, de 14 de febrero FJ 12).

4. Es cierto que el art. 149.1.1 CE no ha atribuido al Estado la fijación de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento de las que puedan considerarse como las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio; pero no menos cierto es que esas «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (tales como las facultades elementales, límites esenciales, prestaciones básicas etc.) imprescindibles o necesarias para garantizar una igualdad básica. Igualdad básica que, como es lógico, si bien no implica una identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional, pues ello sería claramente incompatible con la forma de Estado de las Autonomías, que dimana del título preliminar y del título VIII de la Constitución, sí exige un mínimo común denominador cuya regulación

es competencia del Estado (SSTC 82/1986, de 26 de julio, FJ 4; 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9; 52/1988, de 24 de marzo, FJ 4; 154/2988, de 21 de julio, FJ 2; 75/1990, de 26 de abril, FJ 5; 86/1990, de 17 de mayo, FJ 5; 149/1991, de 4 de julio, FJ 8; 156/1995, de 26 de octubre, FJ 5 y 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.).

La fijación de los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas en orden a su financiación pública no es sólo el mínimo común denominador exigible en todo el territorio español sino una condición básica para todos los ciudadanos en el ejercicio de un derecho constitucional como el derecho a la protección de la salud. La protección penal es índice de la trascendencia de un derecho y el artículo 196 del Código penal sobradamente significativo.

Si hemos dicho [en las SSTC 64/1989, de 6 de abril (FJ 3), y 189/1989, de 16 de noviembre, FJ 2] que las ayudas y subvenciones a la prensa y a las empresas informativas se subsumen sin dificultad en el artículo 149.1.1 CE, por su conexión con el art. 20.1 CE, para garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de la libertad de información; si la STC 188/2001, de 20 de septiembre, dijo que una beca se erige en garantía del derecho de todos a la educación conforme al art. 29 CE o hemos predicado el 149.1.1 CE para determinadas cesiones urbanísticas (STC 54/2002, de 27 de febrero FJ 4, con reenvío a las SSTC 61/1997 y 164/2001): ¿Es tan difícil afirmar que la fijación del precio de referencia de una prestación farmacéutica se erige en garantía del derecho a la protección de la salud, que no es sino trasunto del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y de una posición mínima que asegure la dignidad humana (art. 10.1 CE) ante la enfermedad y ante la muerte?

Me parece paradójico que en un Estado social como el español, para el que las prestaciones sociales lo son todo, vivamos aparentemente bajo una Constitución para la que prestaciones como las que nos han ocupado en esta Sentencia no parecen significar nada.

5. Se llega así al segundo punto de discrepancia, que afecta al sentido del fallo. Debió éste ser estimatorio y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 51 de la Ley del Parlamento de Canarias. El precepto impugnado invade una materia —la fijación de los precios de referencia que determinan la financiación pública del medicamento— que no sólo constituye una condición básica que garantiza la igualdad de todos los españoles en el acceso a una de las prestaciones —la farmacéutica— del Sistema Nacional de Salud (art. 149.1.16 CE), sino que también configura, como he sostenido, una condición básica en el ejercicio de un derecho constitucional (art. 149.1.1 CE), cual es el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE.

No impide alcanzar esta conclusión la alegación del Gobierno canario conforme a la cual el precepto recurrido configuraría una norma de ámbito estrictamente interno, que sólo tendría por objeto imponer a los facultativos del Servicio Canario de Salud un deber formal para la prescripción de determinadas especialidades farmacéuticas —emisión de un informe complementario— al objeto de racionalizar el gasto farmacéutico. Ni tampoco la relativa a que la norma no tiene por finalidad fijar, imponer o intervenir *ad extra* en el régimen de precios de los productos farmacéuticos ni determinar la financiación pública de los mismos. La sentencia de la mayoría no se pronuncia explícitamente sobre estos alegatos, pero es evidente que los mismos deben ser rechazados como carentes de consistencia. Es cierto que —como señala el Gobierno canario— el art. 51 de la Ley 5/1996 impone a los facultativos del Servicio Canario de Salud un deber

formal de motivación (a través de informe complementario) en la prescripción de especialidades farmacéuticas que excedan de los precios de referencia, pero, al tratar de reducir el alcance de la norma impugnada sólo a este aspecto, la Comunidad Autónoma pretende eludir su verdadero alcance, destacando únicamente su aspecto formal o procedimental.

Lo cierto es que, atendiendo al sentido propio de sus palabras, el art. 51 de la Ley autonómica atribuye el Gobierno autonómico la competencia para regular gradualmente y por grupos de medicamentos los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas en el ámbito del Servicio Canario de Salud. Esa atribución competencial es lo nuclear de la norma impugnada. Así lo revela, en su contexto, el Preámbulo de la Ley canaria impugnada cuando reza: «*Como aspecto novedoso en el texto se debe también señalar: ... la introducción de los precios de referencia en las especialidades farmacéuticas que necesariamente contribuirán a frenar el ritmo de crecimiento de los gastos de esta naturaleza*» (*sic*). Es más, a través de esta norma el Gobierno de la Comunidad Autónoma ha querido asumir una competencia en materia de sanidad cuya titularidad ya había reclamado para sí durante la tramitación parlamentaria de la coetánea Ley estatal 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se atribuyó al Gobierno de la Nación la fijación de los precios de referencia de los medicamentos mediante la correspondiente modificación del art. 94 de la Ley del medicamento de 1990, al que se añadió un nuevo apartado 6. En efecto, basta acudir a la tramitación parlamentaria del art. 169 de esta Ley 13/1996 (BOCG-CD, VI Legislatura serie A, núm. 18-3, de 4 de noviembre de 1996) para comprobar cómo el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, al justificar su enmienda núm. 33 al proyecto, planteaba la necesidad de que los precios de referencia para los medicamentos fuesen establecidos por las Comunidades Autónomas, ante la prevista adopción de la financiación selectiva de especialidades farmacéuticas.

Es evidente que, atendiendo a los cánones hermenéuticos que establece el art. 3.1 del Código civil, el precepto autonómico impugnado, lejos de constituir una norma meramente interna de procedimiento dirigida a la racionalización del medicamento dentro del funcionamiento del Servicio Canario de Salud, posee un alcance sustantivo que contradice los títulos competenciales a los que antes me he referido (art. 149.1.16 CE en relación con los arts. 149.1.1 CE y 43.1 CE). Y ello en la medida en que deja a disposición del Gobierno canario la regulación de los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas dentro de su ámbito territorial, invadiendo las competencias exclusivas del Estado.

6. La norma autonómica impugnada nació inconstitucional y, por tanto, nula. Si se aplicase al caso la doctrina de la STC 1/2003, de 16 de enero, la conclusión habría de ser idéntica. Además de que no podría jugar el desplazamiento que algunos Magistrados sostuvimos en el Voto particular a dicha Sentencia, la contradicción con la normativa básica estatal en materia de precios de referencia en el momento de dictarse esta Sentencia (disposición final tercera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo) también es patente.

La Sentencia mayoritaria salva, sin embargo, el precepto impugnado de la censura de inconstitucionalidad recurriendo al expediente de una interpretación de la ley conforme a la Constitución.

No comparto esa construcción: La interpretación conforme a la Constitución de las leyes no es un arreglo, que consienta corregir cualquier vicio de inconstitucionalidad de una Ley.

Las dos interpretaciones de la ley autonómica que toma en consideración el fundamento jurídico 8 de la

Sentencia mayoritaria parten del supuesto de aceptar que la Comunidad Autónoma de Canarias puede fijar precios de referencia de las diversas especialidades farmacológicas. Basta considerar que, según la norma estatal básica que debe servir de parámetro a la mayoría (conforme a los criterios de la citada STC 1/2003), el precio de referencia será *la cuantía máxima que se financiará de las presentaciones de especialidades farmacéuticas*, siempre que se prescriban y dispensen a través de receta médica oficial, para advertir la inviabilidad de ambas interpretaciones del precepto autonómico recurrido.

Tampoco comparto, en fin, la declaración general de que la interpretación conforme a la Constitución sea un criterio hermenéutico que este Tribunal deba aplicar en todos los casos en los que sean posibles dos interpretaciones de un precepto legal (FJ 8, párrafo 2).

Aún aceptando, como hipótesis y simplemente a efectos dialécticos, que la interpretación conforme a la Constitución que acepta la sentencia mayoritaria fuese admisible y conforme a la Constitución, habría dos razones de peso para excluir, aún en tal caso hipotético, la aplicabilidad de una interpretación conforme a la Constitución.

El principio del *favor legis*, en que se basa toda interpretación conforme no debe jugar, en primer lugar, cuando la interpretación que se establece pone en peligro la seguridad jurídica. Así acontece en este caso. El sistema de sustitución por el farmacéutico de especialidades prescritas por especialidades genéricas, dentro del sistema de precios de referencia introducido en el nuevo artículo 94.6 de la Ley del medicamento tras la Ley 16/2003, ha provocado serias incertidumbres interpretativas en su aplicación práctica. Temo que las mismas se acrecentarán en Canarias tras el fallo interpretativo de la sentencia mayoritaria y el informe facultativo complementario, que se va a poner en vigor una vez se levante la suspensión de la eficacia del texto impugnado. ¿Cómo se va a conciliar la aplicación de ambas normas?

En segundo y decisivo lugar, el fallo mayoritario expulsa del ordenamiento jurídico, con efectos *ex tunc*, muy distintos, por cierto, a lo que se considera una simple derogación (*sic* en FJ 8 párrafo 2), la posibilidad de que el Gobierno de Canarias fije precios de referencia sin respetar los mínimos establecidos por la norma básica. Parece, en consecuencia, que la interpretación que la mayoría considera aceptable constitucionalmente es la de que, por encima de los mínimos fijados por el Estado, pueda la Comunidad Autónoma financiar especialidades farmacéuticas más caras. ¿Quiso decir eso el legislador canario de 1996?. Si se atiende al Preámbulo de la Ley impugnada, anteriormente transcrito, parece que, por el contrario, lo que se pretendía era contribuir a frenar el ritmo de crecimiento de los gastos farmacéuticos. Si uno de los límites claros de toda interpretación conforme es la que ésta debe respetar, conforme a las exigencias del principio de división de poderes, la esfera de libre determinación del poder legislativo, parece que el fallo mayoritario traspasa, dicho sea con los debidos respetos, el límite que se acaba de indicar.

La libertad de interpretar una Ley conforme a la Constitución no es libertad para crear o producir de nuevo dicha Ley conforme a la Constitución. No debe este Tribunal corregir o rectificar la obra del legislador. Dicho con otras palabras: no debemos hacer decir al legislador lo que el legislador no quiso decir.

Por lo expuesto, reiterando mi respeto a la Sentencia mayoritaria, firmo este Voto particular en Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil cuatro.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.