

La delimitación de competencias entre la norma estatal y la autonómica en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud

LAURENTINO JAVIER DUEÑAS HERRERO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid
 <https://orcid.org/0000-0002-3581-6611>

“Lo que me importa poner de manifiesto es el papel ambivalente y, en parte, también contradictorio desempeñado por la jurisprudencia constitucional, cuyos pronunciamientos han servido, a veces, para impulsar concretas reformas normativas y, otras, empero, para dilatarlas o posponerlas a la decisiva valoración política (político-financiera o económica) del legislador ordinario”¹

I. EL DERECHO A LA SALUD Y LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Cuando nos enfrentamos a la delimitación de competencias entre la norma estatal (legislación con competencia exclusiva del Estado) y la autonómica (competencia en ejecución), en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, no podemos dejar de pasar por el frontispicio que permite la entrada a la exclusividad del Estado predicada por el art. 149 CE, que no otra cosa es que la garantía constitucional de igualdad que tienen todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE). En mi opinión, cuando de las prestaciones sanitarias se trata, lo cierto es que nos encontramos ante un componente básico del Estado Social cuya preservación resulta necesaria para asegurar los valores constitucionales de justicia e igualdad sustancial y que, al igual que el derecho que los ciudadanos ostentan en materia de Seguridad Social, el derecho constitucional a la asistencia sanitaria es un derecho de estricta configuración legal, por lo que el legislador dispone de libertad para modularlo en atención a circunstancias económicas y sociales, que son imperativas para su propia viabilidad y eficacia (STC 37/1994, de 10 de febrero, que se remite a la STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)². Lo manifestado no significa que el legislador ordinario tenga un aval constitucional que le permita la regresión legal del principio de universalidad de la asistencia sanitaria³. De cualquier modo, las restricciones que el legislador imponga al derecho constitucional no pueden desconocer el contenido esencial del derecho, siendo las mismas susceptibles de ser sometidas al control del Tribunal Constitucional, que declarará su inconstitucionalidad y nulidad no solo cuando desconozcan ese ámbito inexpugnable en que consiste el contenido esencial (esto es, aquella parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, no resultando reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo; o, en otras palabras, la parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a sus titulares la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución

¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Principio de igualdad y pensión de viudedad: una relación de conflicto (I)”, *Relaciones Laborales*, tomo II/2011, p. 56.

² Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (y II)”, *Relaciones Laborales*, nº 23, 1994, pp. 5-7.

³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 265.

el derecho se otorga: STC 11/1981, de 8 de abril), sino, además, cuando la medida limitativa no supere otros cánones de constitucionalidad concurrentes⁴.

Si bien, el Tribunal Constitucional en algunos pronunciamientos ha sido bastante conciliador y ha considerado que, por ejemplo, el derecho de los ciudadanos en materia de Seguridad Social, puede decirse lo mismo del derecho a la asistencia sanitaria-salud, es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema (STC 156/2014, de 25 de septiembre, reiterando la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores, por ejemplo, en la STC 65/1987, de 21 de mayo)⁵. Y este mismo carácter “elusivo” viene facilitado por la consideración de que el art. 43 CE tan solo consagre “un derecho de configuración legal y que, por tanto, se permita al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8), calificación que acaba por producir en la praxis jurídica una “des-constitucionalización” jurídico-material del derecho a la salud y en particular a la asistencia sanitaria, el cual queda privado de toda garantía de su contenido esencial o contenido resistente frente a su desarrollo legislativo, de forma que la opción técnico-jurídica se impone sobre la naturaleza y función social del derecho a la protección de la salud de las personas. De este modo, “la lógica social e inclusiva, queda relegada ante la lógica económica”⁶.

II. RECORRIDO POR LA SENTENCIA 211/2014, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014 (BOE 03/02/2015)

Una posible interpretación de los preceptos constitucionales de contenido social permite construir un modelo de protección integrado por tres dispositivos de cobertura de funciones diversas y complementarias entre sí, el de seguridad social (art. 41 CE, prestaciones de dinero), el de salud (art. 43 CE, prestaciones en especie) y el de asistencia social (ayudas solidarias esparcidas por los preceptos dedicados a los principios rectores de la política social y económica)⁷. Si nos detenemos en el segundo de ellos, 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)⁸.

Al igual que sucediera en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, promovido por el Presidente el Gobierno, que se resuelve en la STC 98/2004, de 25 de mayo, lo que aquí se discute es

⁴ Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez. Véase, DUEÑAS HERRERO, L. J.: “El Sistema de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Lecturas de Derecho Laboral español e italiano*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y PERULLI, A. (Dirs.) y GARCÍA QUIÑONES, J. C. y BRINO, V. (Coords.), , Torino y Valencia, G. Giappichelli Editore y Tirant lo Blanch, 2019, pp. 490-491.

⁵ PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede influir en el nivel de las pensiones (a propósito de la STC de 25 de septiembre de 2014: otra vez trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social)”, *Centro de Estudios Financieros. Laboral Social*, octubre, 2014, pp. 7-8.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: “Un revés en la evolución progresiva del workfare state: la regresiva en la tendencia hacia la universalidad del Derecho Constitucional a la asistencia sanitaria. A propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2017, pp. 178 y 185.

⁷ DE LA VILLA FIL, L. E.: “Asistencia social y crisis económica”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, *Derecho del trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, p. 700.

⁸ STC 98/2004, de 25 de mayo.

el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud y si son constitucionales las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que ha adoptado la Comunidad Autónoma correspondiente en el ejercicio de sus competencias. A lo que debe añadirse, que el debate se suscita dentro del fomento al uso racional de los medicamentos, que debe responder 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 otros términos, se debe resolver si el precepto impugnado es una norma exclusivamente de organización de la gestión y ejecución de la asistencia sanitaria pública. Asimismo, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica, se suscita una cuestión competencial sobre sanidad, productos farmacéuticos y seguridad social, porque el reparto competencial en estas materias exige que la producción normativa sea inminentemente estatal⁹.

Es claro que la legislación básica y el régimen económico sobre los derechos mencionados son competencias exclusivas del Estado, aunque las Comunidades Autónomas pueden asumir la ejecución de sus servicios y tienen competencias en materia de gestión. Por tanto, la ley y las normas reglamentarias de origen estatal son las principales fuentes de ordenación de la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad, la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16.^a CE), así como la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17.^a CE). Dicho de otro modo, si la competencia en materia de legislación sobre productos farmacéuticos le corresponde al Estado y es quien tiene la competencia normativa única y exclusiva, esto es, le corresponde dictar la legislación completa y no sólo las bases, la consecuencia es que las Comunidades Autónomas sólo pueden asumir la competencia ejecutiva. Éstas podrán añadir nuevas prestaciones con cargo a sus presupuestos, pero no podrán excluir ninguna de las previstas en el catálogo general, ya que “la regulación relativa a la dispensación de medicamentos corresponde al Estado, en tanto forma parte del régimen de los productos farmacéuticos”¹⁰.

El pleno del TC, con base en el FJ 5 de la STC 98/2004, de 25 de mayo, cuando analiza en su FJ 3 la titularidad de la materia discutida, esto es, la creación de un catálogo de productos farmacéuticos priorizado con el que se pretende mejorar el procedimiento para la prescripción y dispensación de estos productos, que 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 bases y coordinación general de la sanidad, como legislación sobre productos farmacéuticos, o, en fin, como régimen económico de la Seguridad

⁹ El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica. Los preceptos recurridos por el Presidente del Gobierno versan sobre distintos aspectos del catálogo priorizado de productos farmacéuticos que dicha Ley crea y de las consecuencias de su correspondiente implantación. En concreto, tales preceptos son el artículo 1 de la Ley que regula el objeto de la norma (establecer medidas de racionalización del uso de medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Servicio gallego de salud mediante la implantación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos que incluya aquello que, dentro del catálogo estatal —conocido como nomenclátor— tengan menor precio); el artículo 2 que regula su ámbito (comprende la prescripción y dispensación en receta oficial de los productos incluidos en el catálogo, así como su financiación con fondos de la Comunidad Autónoma); el artículo 3 que regula el catálogo de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia; el artículo 4 que regula el procedimiento de modificación del catálogo; la disposición adicional primera relativa a los acuerdos con los colegios oficiales de farmacéuticos de Galicia; y la disposición adicional segunda sobre reinversión en la mejora del sistema sanitario público.

¹⁰ Así lo manifiesta el Abogado del Estado cuando analiza la competencia estatal regulada en el art. 149.1.16 CE, centrándose en las competencias sobre “bases y coordinación general de la sanidad” y la de “legislación sobre productos farmacéuticos”, por lo que trae a este lugar la doctrina sentada por la STC 152/2003, de 17 de julio, en cuanto a la delimitación entre los títulos competenciales «productos farmacéuticos» y «ordenación farmacéutica o de establecimientos farmacéuticos».

Social, rechaza la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial de legislación sobre productos farmacéuticos, también rehúsa encuadrarla dentro del título relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), en tanto que los preceptos impugnados afectan a la prescripción y dispensación de medicamentos, es decir, al contenido de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud, y aplica el control de la constitucionalidad al marco conceptual y competencial específico de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y no al de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), pues la materia o preceptos impugnados cuestionada no se circunscriben 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, al contenido de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. En definitiva, concluye que “el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es la sanidad”.

Su encaje en la materia “sanidad” podrá determinar unas mayores facultades para las Administraciones territoriales; de encontrar cobijo, en cambio, en el título de “Seguridad Social”, sus atribuciones deberían quedar limitadas meramente a una función de complemento y a la ejecución de servicios¹¹. Si bien, procede recordar que históricamente la ordenación de la actividad sanitaria del Estado —que garantiza a los ciudadanos un derecho a la protección de la salud— se ha hecho sobre la base del derecho de la Seguridad Social porque el Sistema Nacional de Salud regulado en la primera Ley General de Sanidad no fue otra cosa que un fruto del desarrollo del sistema de Seguridad Social¹². De todas formas, hay que apuntar que el tratamiento constitucional en la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas de ambos conceptos no es tan discutible como parece¹³. Si se defiende que el Sistema Nacional de Salud forma parte de lo que se viene entendiendo por Seguridad Social, la adaptación a la organización territorial del Estado debe disciplinarse según lo establecido en el art. 149.1.17^a CE, reservándose por tanto el Estado la legislación básica en esta materia. Si se parte del art. 149.1.16^a, el Estado tiene reservada la competencia para la fijación de las “bases de la sanidad”, ya que a partir de las SSTC 1/1982, de 28 de enero, y 44//1982, de 8 de julio, las expresiones “bases” y “legislación básica” han de entenderse de modo equivalente, ya que lo que pretenden es establecer un marco global de “regulación uniforme” sobre la materia que afecta al interés general. Estamos por tanto ante un supuesto de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el desarrollo de las bases o legislación básica de la sanidad y de la Seguridad Social¹⁴.

Entonces, la cuestión a resolver es si las Comunidades Autónomas —en orden a adoptar las medidas que les permitan racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos— están legitimadas para la creación de un catálogo priorizado de medicamentos y productos sanitarios o esto supone una directa vulneración de la normativa estatal con quiebra de la cohesión del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, si deben no solo respetar un mínimo de los productos incluidos por el Estado, excluyendo el resto, sino asumir la totalidad del nomenclátor aprobado por el Estado, sin que ello impida mejorar lo regulado por el Estado. Esto significaría que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de competencia para llevar a cabo la financiación selectiva del nomenclátor oficial mediante la implantación de un catálogo priorizado de medicamentos. Por lo tanto, el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional se centra en determinar si algunos preceptos de una determinada ley

¹¹ En conclusión, en esta materia las atribuciones centrales quedan limitadas a la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 74.

¹² APARICIO TOVAR, J.: “Capítulo VIII. Asistencia Sanitaria”, en *Seguridad Social Práctica*, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 600.

¹³ Véase, APARICIO TOVAR, J.: “Desplazamientos para la asistencia sanitaria especializada en la Seguridad Social. Sobre el conflicto positivo de competencia y la inactividad en el traspaso de los servicios a la Comunidad Autónoma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 50, 1991, pp. 635-636.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1563 y 1564.

autonómica son inconstitucionales porque en su desarrollo de la normativa estatal van más allá de los límites competenciales que la Comunidad Autónoma tiene en la materia y realmente regulan sobre una materia que es de competencia exclusiva del Estado. Así defendido, esto último es lo que sucede para el Abogado del Estado, ya que los preceptos recurridos comprometen gravemente la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

Sin embargo, en el FJ 4 de la STC 211/2014 se concluye que por lo que al Estado respecta, el art. 149.1.16.^a 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 Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, establece en su art. 33.1 que corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Y en relación con este marco competencial, es preciso recordar, que «corresponden al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección» (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)¹⁵. Incluso, por lo que se refiere específicamente a la materia sanidad, se indica en el párrafo final de este FJ 4 que el TC señaló en la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7, que, «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)¹⁵.

Lo dicho hasta aquí no impide concluir que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia sirva para mejorar el sistema de prescripción y dispensación de medicamentos, porque 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 de los artículos 2 y 138 CE (FJ 5 de la STC 211/2014).

Tras los análisis previos de delimitación de los límites y extensiones de los títulos competenciales sobre los «productos farmacéuticos» y la «ordenación farmacéutica o de establecimientos farmacéuticos», llega el momento de enjuiciar si realmente la regulación relativa a la dispensación de medicamentos que corresponde al Estado, en tanto forma parte del régimen de los productos farmacéuticos, y es de su exclusiva competencia, en tanto se ejerce por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, mediante la aprobación del nomenclátor oficial de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud, impide la creación de otro catálogo priorizado alternativo por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia porque afecta al sistema de prescripción y dispensación de medicamentos previsto con carácter general en la Ley 29/2006, de 26 de julio y llega a vulnerar las competencias estatales en materia de sanidad, vulnerando con ello la asunción de competencias en materia de racionalización del gasto farmacéutico que le autoriza el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio (FJ 6 de la STC 211/2014).

En el FJ 6 de la STC 211/2014 se descarta como elemento decisorio el hecho de que la implantación del catálogo priorizado de productos farmacéuticos conlleve una disminución significativa en el gasto farmacéutico del presupuesto destinado por la Comunidad Autónoma, pues no es un criterio determinante para la decisión, ya que la asunción de competencias estatales por una Comunidad Autónoma no puede basarse en una gestión mejor que la que pudiera llevar a cabo

¹⁵ Y, termina diciéndose en el FJ 4 de la STC 211/2014, que se lo exige cuando en el art. 149.1.16.^a CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar 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.

el Estado, si esas competencias no le estuvieran efectivamente atribuidas. Si que precisa el TC que en su enjuiciamiento de los preceptos autonómicos impugnados debe pronunciarse tomando como parámetro de control, no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso de inconstitucionalidad, sino la realmente en vigor en el momento de dictar Sentencia.

Y, por último, se afirma que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia no vulnera el art. 149.1.16.^a CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad, en la medida en que dicho catálogo no contraviene el procedimiento de prescripción y dispensación de estos productos contenido en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por lo que se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

III. CONCLUSIÓN: LAS RAZONES DEL VOTO PARTICULAR

Ya se dijo hace tiempo que “afortunadamente la figura del voto particular no se ha convertido en instrumento de un exhibicionismo profesoral fuera de lugar, ni tampoco en expresión de posiciones políticas de partido o rigidamente alineadas”¹⁶. Vamos a partir de este entendimiento y considerar que el voto particular es una manifestación formal de disenso, discrepancia o disconformidad pública, motivada y nominal (suscrita con nombre y apellido) por parte de un Juez o Magistrado que no comparte la “decisión final” adoptada por una determinada mayoría colegiada en sede judicial¹⁷. El “voto no mayoritario” que nos ocupa lo formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 822-2011, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Y en este caso, la discrepancia se ciñe no solo a la fundamentación jurídica de la decisión, pues los dos magistrados consideran que lo realmente preocupante es que en su forma de razonar la STC 211/2014 ignora que se trata de un recurso de inconstitucionalidad de contenido competencial cuyo objeto es la delimitación de competencias respecto a la concreta medida cuestionada; sino que también se rechaza el resultado final de la deliberación, ya que en la STC 211/2014, el pleno concluyó que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia no vulneraba el art. 149.1.16 CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad, en la medida en que dicho catálogo no contravenía el procedimiento de prescripción y dispensación de estos productos contenido en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Por lo mencionado, los dos magistrados disienten de la posición mayoritaria del pleno que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Según se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia y de su fallo, no se discute que la competencia normativa en materia de legislación sobre productos farmacéuticos, le debe corresponder al Estado de modo único y exclusivo, esto es, que es el Estado quien debe dictar la legislación completa, no sólo las bases (art. 149.1.16.^a CE) y, en consecuencia, lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir es la competencia ejecutiva. Y no solo esto, sino que se sostiene que ninguna de las partes ha cuestionado que “la regulación de las prestaciones sanitarias se incardina de manera fundamental en lo que son «condiciones básicas de igualdad» en el ejercicio del derecho a la protección de la salud y, por tanto, además de en el número 16, también en el título competencial que prevé el número 1 del art. 149.1 CE, de modo que la regulación del catálogo de prestaciones sanitarias fija el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas (así se recoge en los motivos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno). Se acepta

¹⁶ CASCAJO CASTRO, J. L.: “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p. 184.

¹⁷ CAMONI RODRIGUEZ, D.: “Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, nº 3 (extra), 2023, p. 52.

además, que la exclusión de un medicamento no puede hacerse poniendo en peligro el principio de igualdad y el derecho de todos a obtener medicamentos necesarios para la recuperación de la salud. Se trata de proceder a un uso racional del medicamento, a la vez que es una medida de contención de costes¹⁸. Es claro que la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma debe atemperarse frente a las exigencias del principio de igualdad que exige, de acuerdo con los arts. 14 y 149.1.1 CE, y según se estableció desde la ya antigua STC 32/1983, de 28 de abril, una regulación uniforme en toda la nación que impida que el acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria o su contenido puedan ser distintos según el lugar del territorio nacional. Puesto esto en conexión con el art. 149.1.17.^a CE se llega a la conclusión de que lo “no básico”, sobre lo que puede ejercer competencia la Comunidad Autónoma, es todo aquello que no sea en el campo de aplicación del sistema (declaración de sujetos que tienen derecho a la protección sanitaria), ni la acción protectora (esto es, el catálogo de prestaciones)¹⁹.

También se acepta en la Sentencia que el legislador al desarrollar el derecho a la protección de la salud debe tener en consideración los penosos condicionamientos dimanantes de una coyuntura socioeconómica desfavorable y las posibilidades mismas de su financiación, pero sin redundar en quebranto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, precisamente, de aquellos que más requieren protección y progreso en la calidad de su vida, por exigencia de los valores de igualdad y de justicia que nuestra Constitución consagra²⁰. En esta coyuntura, es oportuno recordar que la gestión financiera de los sistemas públicos de asistencia sanitaria debe orientarse a políticas de “eficiencia económica” al objeto de alcanzar y, en su caso, mantener un equilibrio financiero. Pues bien, en este punto debe constatar que la creciente presión financiera opera con independencia del modelo de organización de asistencia sanitaria en los sistemas nacionales, pero en los más descentralizados, como el español, queda claro que un imperativo importante es consolidar la cohesión para garantizar que el Sistema Nacional de Salud sigue siendo integrador, solidario y equitativo²¹. Aun cuando el desarrollo del sistema ha tendido hacia la igualación competencial entre todas las Comunidades Autónomas (Informe 3/2000. Unidad de mercado y cohesión social, Consejo Económico y Social, págs. 98 y 99), cabe preguntarse si es posible que una determinada, con fundamento en el criterio de residencia en su territorio, puede ofrecer, sin menoscabo de la igualdad constitucionalmente garantizada, un aumento en ese conjunto de beneficios que concede el Sistema Nacional de Salud, especialmente en lo relativo a las prestaciones farmacéuticas. Para alcanzar una conclusión segura, convendrá tener presente cómo, junto al art. 14 CE, el art. 138.2 CE contiene un mandato claro y contundente: “las diferencias entre los Estatutos de las Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales”²². En todo caso, hay que reconocer que en el Estado Social Autonómico, la descentralización del sistema público sanitario necesitaría mejorar los mecanismos de coordinación y las garantías de equidad. Diversas Sentencias del TC lo ponen de relieve. Es el caso harto significativo de la STC de 6 de mayo de 2014 (Rec. núm. 7208-2012), que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. El TC declaró la inconstitucionalidad del “Euro por receta” en Cataluña y avaló la tasa judicial creada por La Generalitat. El TC señaló que en materia de sanidad, frente a lo que ocurre con otras competencias compartidas entre el Estado y las CC.AA., “el régimen de sostenimiento económicos forma parte de la competencia básica del Estado”. La Ley Orgánica de Financiación de

¹⁸ APARICIO TOVAR, J.: “Capítulo VIII. Asistencia Sanitaria”, en *Seguridad Social Práctica*, cit., p. 618.

¹⁹ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, cit., p. 1.564.

²⁰ Véanse las Consideraciones Previas de la Recomendación remitida a las Cortes Generales y al Gobierno por el Defensor del Pueblo, el 7 de noviembre de 1985, sobre la Ley 26, 1985, de 31 de julio.

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, pp. 287-288.

²² QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., p. 78.

las CC.AA establece, además, que “el Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia”, entre los que se encuentra la sanidad²³.

Como también se manifiesta en el FJ 1 de la STC 211/2014, gran parte de la discusión jurídica radica en que “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)» (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5). Y es cierto que los preceptos impugnados no se circunscriben 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, al contenido de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. El debate en palabras de la STC 211/2014 debe centrarse en el examen de 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 (STC 98/2004).

Entonces, ¿cuál es el objetivo disputado entre el recurso de inconstitucionalidad y la posición mayoritaria de la sentencia? / ¿Realmente la STC 211/2014 pretende hacer una interpretación conforme encubierta de la norma gallega? / En suma, ¿la sentencia propone una interpretación reductora del ámbito del catálogo, en un intento de ajustarlo a la base estatal del art. 85 de la Ley 29/2006, sin tener en cuenta los criterios formulados por el legislador estatal? En la respuesta a estas preguntas en donde reside y es donde subsiste el problema competencial original para el Voto Particular, esto es, si la Comunidad Autónoma puede establecer ese catálogo que, en la práctica, reduce o puede reducir el ámbito objetivo de la prestación farmacéutica o, lo que es lo mismo, los medicamentos a que dicha prestación se refiere en cuanto susceptibles de prescripción y dispensación.

En primer lugar, se subraya en el Voto Particular, que lo que había de dilucidarse es si la norma autonómica afecta de forma contraria al orden competencial a una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, la farmacéutica; a lo que cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia (STC 136/2012, de 19 de junio, FJ 5, a la que se remite la posterior STC 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7 a)). Tal y como recoge la STC 211/2014, y expresa el FJ 7 de la STC 98/2004, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo. En segundo lugar, en el Voto Particular se considera que en la norma gallega se cambia la filosofía del sistema estatal, en la que la prescripción por principio activo depende de la patología del paciente, y la sustituye por otro criterio, meramente económico, en el que la prescripción por principio activo depende de la inclusión en el catálogo de dicho principio, siendo obligatoria en ese caso. Finalmente, para el Voto Particular, la ponencia confunde condiciones de prescripción y dispensación con régimen de financiación pública de los medicamentos. Y esto segundo, la financiación pública, es lo que determina su inclusión en la

²³ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La asistencia sanitaria y su reforma legislativa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 4, 2015, pág. 21 y ver pág. 11. Por tanto, se argumenta, al ser la financiación de la sanidad una competencia básica del Estado, no cabe “el establecimiento de una tasa como la controvertida que altera, haciéndolo más gravoso para los beneficiarios, el régimen de participación en el coste previsto” por la Ley. De hecho, el “euro por receta” recae directamente en la prestación farmacéutica, haciendo más gravosa para los ciudadanos de Cataluña la adquisición de medicamentos con receta, pues el pago de la tasa es una condición para su dispensación.

prestación del Sistema Nacional de Salud vía nomenclátor, con independencia de que el medicamento sea o no prescrito en cada caso concreto.

Sin embargo, lo más cuestionable de la STC 211/2014, y lo realmente preocupante, es que su forma de razonar ignora que se trata de un recurso de inconstitucionalidad de contenido competencial cuyo objeto es la delimitación de competencias respecto a la norma concreta cuestionada. En opinión del Voto Particular, en la sentencia se confunde el análisis competencial que el recurso demanda con uno de eficacia de las medidas, algo completamente ajeno a la jurisdicción que ejerce el TC en un proceso de este tipo, en el que lo que se dilucida es determinar si quién ha adoptado la medida se ha ajustado al orden constitucional de distribución de competencias o si, por el contrario, ha menoscabado las competencias de otro, en este caso, del Estado (conflicto positivo de competencias). Esta es la razón de decidir, que conduce a la consiguiente decisión del Voto Particular: 1º) La STC 211/2014, partiendo, como hace, del encuadramiento material de la cuestión en el art. 149.1.16.ª CE, en cuanto se trata de la prestación farmacéutica, integrante de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, debería haber dejado sentado que, en los términos de nuestra doctrina, el contenido mínimo de la prestación farmacéutica puede fijarlo el Estado, pudiendo las Comunidades Autónomas mejorar el mínimo estatal, pero, en ningún caso, empeorarlo. 2º) Sentado lo anterior, la norma autonómica, en la medida en que obliga al facultativo a la prescripción de los productos incluidos en el catálogo autonómico, más reducido que el nomenclátor estatal en el que se incluyen todos los medicamentos que gozan de financiación pública, está reduciendo el ámbito objetivo de la prestación, por cuanto en Galicia incluirá menos medicamentos que en el resto del Estado. 3º) De lo dicho se deduce que se ha producido la vulneración de las competencias estatales, lo que debiera haber supuesto la consiguiente estimación del recurso de inconstitucionalidad.

Y no puedo menos que terminar afirmando con mi maestro que “los contenidos de las facultades pertenecientes a cada una de las fracciones de una Constitución no solo se encuentran en una posición de recíproca y potencial incidencia limitativa. Una y otra han de ser aplicadas en un sentido acorde a las cláusulas constitucionales de dimensión transversal... En todo caso y de entre las diversas cláusulas transversales, aquella que, a mi juicio, desempeña una mayor función configuradora del texto constitucional en su conjunto, al tiempo que es la que pide una mayor exigencia de acomodación y ajuste entre los derechos que puedan integrarse en cada una de las dos rúbricas de las constituciones [económica y laboral] es la cláusula social o, si se prefiere, el Estado Social”²⁴.

²⁴ VALDÉS DAL-RÉ. F.: “Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2016, p. 93, que recoge, en lo esencial la lección de investidura de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Valladolid, defendida el 6 de noviembre de 2015.