

A PROPÓSITO DEL FALLO “FARMACITY”¹: EJERCICIO RAZONABLE DEL PODER DE POLICÍA EN FAVOR DE LA SALUD PÚBLICA. CORRELACIÓN ENTRE PROPIEDAD DE FARMACIAS Y TIPO DE PERSONA QUE PRESTA EL SERVICIO COMO GARANTÍA DE SU CALIDAD


por Dra. Daniela B. Valentini*

SUMARIO

Introducción	02
I. Plataforma fáctica del caso	02
II. Pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	04
III. Actuaciones en el marco del recurso extraordinario federal	05
III.I. Dictamen de la Procuración General de la Nación	05
III.II. Intervención de <i>amicus curae</i>	06
III.III Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)	07
IV. El poder de policía. La competencia constitucional para reglamentar los derechos constitucionales relacionados con la salud	07
V. Régimen regulatorio de las farmacias	11
V.I. Modelos de regulación normativa	11
V.I.I. Régimen legal del ejercicio de la actividad farmacéutica establecido por la Ley 17.565 ..	13
V.I.II. Regulación del servicio farmacéutico en la provincia de Buenos Aires	14
a) Ejercicio profesional y derecho a la salud	14
b) La farmacia como actividad de servicio público	15
c) Propiedad de farmacias como una modalidad inherente al ejercicio profesional Salud pública y ejercicio profesional farmacéutico	17
d) Correlación entre propiedad de farmacias y tipo de persona que presta el servicio farmacéutico como elemento garantizador de su calidad	19
e) Sobre la propiedad de farmacias y capacidad de las personas	20
VI. Sobre la razonabilidad de la regulación provincial	21
VII. Consideraciones finales	23

1. CSJ 118/2017 – “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 30/6/21.

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo Universidad Nacional de La Plata.

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Farmacity S.A. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/ pretensión anulatoria-recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley”, ha generado interés no solo por los aspectos de orden legal y procedimental involucrados, sino fundamentalmente, por su incontrovertible trascendencia en el ámbito de la profesión farmacéutica y la consolidación de un modelo (sanitarista) de farmacia, con clara repercusión allende los límites de esa provincia.

Las singularidades de la causa, cuyo quid principal consistió en la discusión sobre la constitucionalidad de diversas disposiciones de la ley 10.606, normativa esta que reglamenta el ejercicio de la actividad profesional farmacéutica en el territorio bonaerense, representan una oportunidad para abordar someramente las potestades de ordenación sobre los derechos de los habitantes² o poder de policía con relación a esa materia, específicamente, sobre la distribución de competencias para su ejercicio entre la Nación y las provincias. Y, en particular, con énfasis en el análisis respecto a la especial injerencia de la regulación estatal sobre la propiedad y organización del servicio farmacéutico, por motivos de interés público y la preponderancia del derecho a la salud como derecho humano fundamental.

Con esa vocación se abordarán en el presente trabajo los principales postulados del fallo del Alto Tribunal por el que se ratificó la validez de la referida ley provincial³, por medio de la cual se enumeran los sujetos que pueden ser propietarios de establecimientos farmacéuticos en esa jurisdicción.

I. PLATAFORMA FÁCTICA DEL CASO

La empresa Farmacity S.A. (en adelante, “Farmacity”) promovió una demanda contra la provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la Resolución 35/12 dictada por el Ministro de Salud de esa provincia y de la

2. GARCIA PULLES, Fernando “Lecciones de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, p.505 y ss.

3. Por la mayoría conformada con los votos de los Magistrados Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Martín Irurzun (como conjuer, por excusación de los otros jueces); con la disidencia de la Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau (conjuerza); por su parte, el Magistrado Juan Carlos Maqueda no votó.

Nota 1375/11 y la Disposición 1699/11 emitidas por la Dirección Provincial de Coordinación y Fiscalización Sanitaria de esa jurisdicción ministerial, por las cuales se rechazara la pretensión de la firma, por un lado, de obtener una declaración genérica que estableciera la posibilidad de operar en el ámbito de la provincia, y por otra parte, la de una habilitación concreta para operar en Pilar. Asimismo, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3 y 14 de la Ley provincial 10.606 (T.O. ley 11.328).

Vale recordar que el artículo 3 de la referida Ley 10.606⁴, contempla que las farmacias por ser una extensión del sistema de salud, estarán racionalmente distribuidas en el territorio provincial, a fin de asegurar la atención y calidad de su servicio, estableciéndose limitaciones de orden demográfico y geográfico para la autorización de la instalación de farmacias en dicha jurisdicción. Por su parte, el 14 de esa Ley, enumera las personas y tipos sociales autorizados para la instalación de farmacias⁵.

La actora sustentó los cuestionamientos en que el art. 14 de la ley 10.606, al enumerar las personas que pueden ser autorizadas a instalar farmacias, no incluye a las sociedades anónimas, lo que vulneraría diversas normas federales, de mayor jerarquía, entre ellas la Ley 17.565, el Decreto Nacional N° 2284/91 de Desregulación económica, ratificado por la Ley 24.307, en especial su art. 13⁶, así como también, los arts. 14, 16,19, 28, 75,

4. A través del artículo 3 de la Ley 10606 (Texto según Ley 13054) se establece que “Las farmacias por ser una extensión del sistema de salud, estarán racionalmente distribuidas en el territorio provincial, a fin de asegurar la atención y calidad de su servicio. Se autorizará la habilitación de una farmacia por cada 3.000 habitantes por localidad, tomándose como base los datos arrojados por el último Censo Nacional de Población. En aquellas localidades de menos de 6.000 habitantes se podrá habilitar una segunda farmacia cuando la población exceda los 4.000 habitantes. En todos los casos, deberá existir entre las farmacias una distancia no inferior a los 300 metros, medidos de puerta a puerta por camino peatonal. Los traslados de farmacias podrán realizarse dentro de la misma localidad, y podrá solicitarse para farmacias que acrediten una antigüedad mínima de 3 años de funcionamiento en su lugar de origen. Para traslados dentro del radio de 300 metros de ubicación original, la distancia no será inferior a los 200 metros de otra farmacia instalada, independientemente de la localidad a la que pertenece. Para traslados fuera del radio de 300 metros de la ubicación original, la distancia no será inferior a 300 metros de otra farmacia instalada”.

5. El artículo 14 de la Ley 10.606 (Texto según Ley 11.328) establece que: “Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas ó Sociedades de Responsabilidad Limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia. c) De Sociedades en Comandita Simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la Farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando éstos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica. Este tipo de Sociedades podrá autorizarse en cada caso para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes a los fines de la salud pública, deberá individualizarse ante la autoridad sanitaria. El ó los socios comanditarios no podrán participar de más de tres (3) Sociedades propietarias de Farmacias. d) De Establecimientos Hospitalarios públicos dependientes de la Nación, Provincia o Municipios. e) De las Obras Sociales, Entidades Mutualistas y/o Gremiales que desearan instalar una Farmacia para sus asociados...”, estableciéndose los requisitos que estas últimas deben cumplir.

6. Por el Art. 13 del decreto 2284/91 se establece que “Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza

incs. 12, 13 y 18, 121 y 126 de la Constitución Nacional. Adujo, además, con relación al art. 3 de la referida ley provincial que, al establecer una serie de restricciones en cuanto a la localización de las farmacias, vulneraría el régimen de la libre competencia consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 25.156, como también el mencionado art. 13 del decreto 2284/91.

II. PRONUNCIAMIENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES⁷

La justicia en lo Contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires rechazó en primera y segunda instancia la demanda promovida por la empresa Farmacity. La causa llegó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), vía recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el cual fuera rechazado, confirmándose los pronunciamientos de las instancias anteriores, recurriendo a los siguientes argumentos:

- de acuerdo a los fines tenidos en miras por el legislador como el carácter asignado a la actividad, la ley 10.606 regula a las farmacias como un verdadero “servicio de utilidad pública”, sujeto por tanto a una mayor intensidad reglamentaria en pos de asegurar sus objetivos;
- indicó que la enumeración del art. 14 de la Ley 10.606 es taxativa, por lo que únicamente los sujetos allí mencionados se encuentran autorizados para ser titulares de establecimientos farmacéuticos;
- expresó que el art. 13 del Decreto 2284/91 -que establece que cualquier persona puede ser propietaria de farmacias, sin restricciones de localización-, solo resultaba de aplicación obligatoria en la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que el art. 119 de esa norma solo invitó a las provincias a adherir al régimen allí establecido; como asimismo, que la adhesión de la Provincia de Buenos Aires al Decreto nacional de desregulación no implica una derogación directa de norma provincial alguna;

podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización”.

7. Causa A. 73.939, sentencia del 22/6/16.

- también aseveró que la ley 10.606, al regular la propiedad de farmacias, reglamenta una determinada la modalidad del ejercicio profesional, atribución que pertenece a los poderes locales;

- descartó que el art. 14 de la ley provincial vulnere la facultad del Congreso de la Nación de dictar los códigos de fondo, según art. 75, inc. 12, dado que al regular la propiedad de las farmacias, reglamenta una determinada modalidad de ejercicio profesional, que requiere habilitación expresa, materia que no integra el derecho común que el Congreso Nacional debe establecer mediante la legislación de fondo, sino el poder de policía a cargo de las provincias;

- además expresó que los límites que establece la normativa provincial son razonables porque se verifica la existencia de un fin público que justifica tales características; y rechazó que se viole la garantía de la igualdad del art. 16 de la CN, pues señaló que las sociedades anónimas presentan características específicas que justifican un tratamiento diverso a los demás tipos societarios, en las que se desconoce la identidad de los socios;

- sobre la razonabilidad de la norma en cuestión, sostuvo que existen fines públicos de gran relevancia que justifican la intención del legislador provincial de regular la actividad farmacéutica, y que la decisión de aquél de confiar su ejercicio únicamente a profesionales debidamente habilitados es razonable porque permite facilitar la individualización de las personas físicas que organizan la actividad, el trato personal y directo, procurando así una mayor visibilidad frente a las autoridades y la sociedad en general;

- por último, consideró que devenía inoficioso expedirse sobre las críticas dirigidas contra el art. 3º de la Ley N° 10.606.

III. ACTUACIONES EN EL MARCO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

III.I. Dictamen de la Procuración General de la Nación

En el marco del recurso de queja interpuesto por la actora a raíz del rechazo por parte de la SCBA del recurso extraordinario federal que había sido impetrado, produjo su

intervención la Procuración General de la Nación⁸, señalando que “[...] el art. 14 de la ley 10.606 resulta inconstitucional, pues aun cuando se refiere a la autorización para instalar o enajenar farmacias, en rigor de verdad avanza sobre la regulación de lo concerniente a su titularidad –materia que [...] es de exclusiva competencia del Congreso de la Nación– conculcando de este modo los principios consagrados en los arts. 31 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional”. Se sostuvo además que la norma provincial impugnada no se vincula con la modalidad del ejercicio de la profesión de farmacéutico y tampoco implica el control sobre la matrícula profesional, aspectos cuya reglamentación indudablemente corresponde a las autoridades locales. Agregando que el legislador nacional, en uso de aquella prerrogativa, ha regulado lo referente a la propiedad de las farmacias en el art. 13 del decreto 2284/91 (ratificado mediante ley 24.307, art. 29), por lo que la falta de adecuación de las regulaciones locales no es óbice para su vigencia y plena operatividad en todo el país.

Sobre dichas bases, la Sra. Procuradora Fiscal dictaminó que correspondía revocar la sentencia apelada en cuanto declara la validez constitucional del art. 14 de la ley 10.606, declarar la nulidad de los actos locales que se fundan en el impedimento que esa norma y el reenvío de las actuaciones a la justicia local a fin de que se expida expresamente sobre la tacha de inconstitucionalidad del art. 3° de la citada normativa.

III.II. Intervención de *amicus curae*

Una de las particularidades procedimentales de la causa fue que la Corte Suprema habilitó la intervención de “amigos del tribunal” y convocó a audiencia pública, a los fines de que efectúen presentaciones de carácter jurídico, técnico o científico relativas a la cuestión debatida. Cabe recordar que con el objetivo de fomentar la participación ciudadana en la administración de justicia, por Acordada 7/2013, se autoriza la intervención de *amicus curae* en causas de trascendencia colectiva o que resulten de interés general a fin de ofrecer argumentos de trascendencia para la decisión del asunto. En ese contexto, asistieron en tal calidad a las audiencias convocadas por el Tribunal, diversos colegios profesionales, asociaciones, organizaciones y profesionales de distintas especialidades, efectuando presentaciones con opinión fundada (no vinculante) relativas a la cuestión debatida en la causa.

8. CSJ-Corte Suprema de Justicia de la Nación - 118/2017, Monti, Laura M., 11/04/2018.

III.III. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

Finalmente, mediante sentencia del 30 de junio de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el voto mayoritario de sus miembros, rechazó el recurso extraordinario federal deducido por Farmacity, declarando la validez de la ley provincial que restringe la actividad a determinados tipos societarios, conforme a los cimientos argumentativos que se analizarán en el presente trabajo.

IV. EL PODER DE POLICÍA. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL PARA REGLAMENTAR LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LA SALUD

A tenor de los antecedentes referenciados, resulta relevante abordar someramente el concepto de “poder de policía”, para luego focalizarnos en lo atinente a la distribución de competencias para su ejercicio entre el Estado nacional y las provincias en nuestra organización federal.

En el marco del acotado alcance del presente trabajo⁹, el poder de policía es, a decir de BALBIN¹⁰ la potestad de regulación estatal, mayor o menor, según el modelo y las circunstancias sociales, políticas y económicas, es decir, el poder de compresión de los derechos. Esta atribución estatal de ordenación sobre los derechos ha sido definida también como la potestad conferida al organismo legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a los individuos¹¹, en tanto esa reglamentación resulte necesaria para la convivencia social y el bienestar general.

El fundamento jurídico del poder de policía se encuentra en el artículo 14 de la Constitución Nacional (CN), el cual dispone que “*todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”. De lo que se sigue que no existen derechos de carácter absoluto; el Estado se encuentra facultado para regular su ejercicio, pero siempre debe respetar las pautas que la propia

9. En cuanto el adecuado desarrollo del instituto, los debates doctrinarios sobre su existencia, su conceptualización, origen y evolución del concepto, sus alcances, exceden el formato del presente estudio.

10. BALBIN, Carlos “Curso de Derecho Administrativo”, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p.752.

11. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, T. IV, p. 519 y ss; GARCÍA PULLES, cit., p. 509.

Constitución les confiere, conforme surge del juego armónico de los artículos 14, 17, 18, 19 y 28 de la propia Constitución.

De igual modo, su fundamento normativo lo encontramos en los tratados de derechos humanos que forman parte de nuestro derecho positivo, tal como lo exhiben el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

El poder de policía debe armonizar y equilibrar el interés individual (derechos) con el interés colectivo (otros derechos)¹²; precisamente, el fin último del poder de regulación es coordinar la coexistencia entre ambos.

Desde el punto de vista constitucional, el ejercicio del poder de policía está distribuido entre la Nación y las provincias. En algunos supuestos, tanto la Nación como las provincias lo ejercitan en forma exclusiva y excluyente; en otros casos, en forma concurrente, por existir concurrencia de fines. Todo depende de la actividad de cuya regulación se trate¹³.

Por principio general, el poder de policía corresponde a las provincias, de conformidad con el art.121 de la Constitución Nacional, según el cual las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno federal. Excepcionalmente, dicho poder le corresponde a la Nación, cuando se trata del poder delegado por las provincias a esta, conforme surge del artículo 126 CN cuando enuncia que “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”¹⁴, enumerando a continuación, una serie de materias de prohibida competencia para las provincias y por lo tanto se reconoce la facultad al Gobierno Federal de reglamentar aquellas cuestiones.

Por su parte, la ley fundamental establece ciertas competencias concurrentes entre Nación y Provincias, que corresponden a ambos niveles institucionales, actúan en ámbitos independientes y se desarrollan en campos normativos distintos. Entre estas, se encuentran las actividades vinculadas con el poder de policía de bienestar o progreso

12. BALBIN, Carlos “Tratado de Derecho Administrativo”, T.II, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 395.

13. MARIENHOFF, Miguel: Tratado de Derecho Administrativo, t. 4. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973, p. 534.

14. MARIENHOFF, Miguel, cit., p.550.

que puede ejercer el Estado Federal de acuerdo con lo establecido en el art. 75 inc 18 CN –que expresa la competencia legislativa federal del “poder de policía de bienestar” o “bien común”- ; y las atribuciones que pueden ejercer las provincias, conforme el art. 125 CN, que al referir a los “poderes concurrentes”, también establece la competencia legislativa concurrente en materia del poder de policía de bienestar¹⁵.

Cabe recordar que el derecho a la salud, representa un derecho humano fundamental cuya tutela se halla consagrada en la Constitución Nacional –arts. 33,41,42- y en los tratados internacionales que forman parte de la misma, en su art. 75 inc.22. Por su parte, la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires, incluyó una regla expresa tuitiva del derecho a la salud, contenida en su art. 36 inciso 8. La regulación del ejercicio de ese derecho y la obligación jurídica del Estado hacia los habitantes con relación al mismo, integran el poder de policía sanitario o poder de regulación en materia de salud.

Sobre las competencias en materia del denominado poder de policía, en la sentencia en análisis la Corte destacó que los poderes provinciales son originarios e indefinidos (art. 121 CN), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75 CN). Por lo que las provincias pueden dictar normas promotoras del bienestar y la prosperidad que juzguen convenientes con dos limitaciones, a saber: (i) las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional, y (ii) la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo. Asimismo, recordó que los actos de la legislatura de una provincia solo pueden ser invalidados en aquellos casos en que: (i) la Constitución concede al Congreso en términos expresos un exclusivo y excluyente poder; (ii) el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias; y (iii) cuando existe una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso, en cuyo caso prevalece esta última por la supremacía nacional consagrada en el art. 31 de la Constitución Nacional¹⁶.

Para el Tribunal el tema discutido en la causa no se vincula con la comercialización y distribución de medicamentos en todo el territorio nacional –competencia exclusiva del Estado federal- sino con el expendio de medicamentos en establecimientos situados

15. GELLI, María A, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 746/747.

16. Consid. 10.

en el territorio de la Provincia de Buenos Aires “[...] *que por sus especiales características es una actividad inescindible de la profesión farmacéutica [...] correspondiendo “a las competencias provinciales el ejercicio de las profesiones liberales en sus respectivas jurisdicciones, siempre que no desconozcan la eficacia del título nacional habilitante [...] Ello permite a las autoridades provinciales establecer, dentro de la razonabilidad, requisitos y modulaciones para asegurar la rectitud y responsabilidad con que las profesiones liberales son ejercidas”*. En tanto dicha materia no se encuadra en las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación ni se trata de una materia expresamente vedada a la provincia, el supuesto se subsume en una competencia de incumbencia compartida y concurrente¹⁷, comprendiendo la regulación del ejercicio de la profesión farmacéutica, las condiciones de habilitación de los locales y el poder de policía en materia de salubridad¹⁸.

La competencia concurrente también está fundada en el principio de aplicación eficaz de los derechos del consumidor. En tal sentido, se refiere que teniendo en cuenta la posible peligrosidad que incluye la naturaleza y destino del medicamento, la norma provincial también persigue la protección de la salud de quienes consumen medicamentos como grupo vulnerable. Agregando que *“el consumo excesivo y la utilización incorrecta de medicamentos suponen un derroche de recursos financieros de los sistemas de seguridad social, que resulta perjudicial porque el sector farmacéutico debe responder a necesidades crecientes y genera gastos considerables. Así, incumbe a la provincia demandada someter el ejercicio de la profesión a condiciones estrictas a fin de asegurar el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población”*¹⁹.

De tal forma, sobre este punto la Corte Suprema concluye en que el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente y que la autoridad provincial está habilitada para ejercer el

17. De modo concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se viene pronunciando a favor de la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias en los fallos CSJ 188/2006 (42-N) – “Nobleza Piccardo S.A.I.e. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” – CSJN – 27/10/2015; CSJ 567/2021-00 – “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 238/2010 (46-L)/CS1 – “Logística La Serenísima S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” – CSJN – 09/12/2015.

18. Consid. 11 y 12.

19. Consid. 11.

poder de policía en materia de salud con vistas a promover el bien común reconociendo un grado de valoración estatal local²⁰.

V. RÉGIMEN REGULATORIO DE LAS FARMACIAS

V.I. Modelos de regulación normativa

En la mayoría de los países, incluido el nuestro, la actividad farmacéutica se encuentra definida por regulaciones normativas específicas que enmarcan el régimen de propiedad de la farmacia, su distribución geográfica, requisitos de apertura y funcionamiento. Desde una perspectiva académica podríamos hacer mención a tres tipos de modelos básicos regulatorios, en cuanto a la ordenación territorial (distribución racional, homogénea) y propiedad de farmacias. Por un lado, el modelo sanitarista, en el que se regula interviniendo sobre ambos aspectos, estableciendo restricciones que responden a motivos de interés público, vinculados con la necesidad de garantizar la accesibilidad a los medicamentos y fomentar un servicio farmacéutico de calidad (modelo continental europeo y el mayormente predominante en nuestro país); aquel en el que no existen previsiones o bien la regulación es mínima, sobre propiedad y regulación de la instalación de farmacias (modelo anglosajón o también denominado liberal o mercantilista) y el sistema mixto, que transita entre uno y otro, con requerimientos diversos.

En este aspecto, conforme la estructura federal de nuestro sistema constitucional, cada provincia puede optar por alguno de dichos modelos regulatorios de farmacias, con la finalidad de asegurar el interés público que estas satisfacen. Por tanto, en Argentina coexisten diversos regímenes normativos, que regulan sobre la habilitación, funcionamiento y fiscalización de farmacias²¹.

Así, con relación a las normas en conflicto en la causa, esto es, la Ley nacional 17.565 y el decreto 2284/91, por un lado y la Ley 10606 de la Provincia de Buenos Aires, por el

20. Consid. 11.

21. Cada jurisdicción provincial ha reglamentado de diversa manera las cuestiones referentes a la distribución geográfica (estableciendo parámetros para la instalación de farmacias, como las provincias de Buenos Aires, Río Negro, Santa Fe, Entre Ríos) y participaciones societarias en la administración de las farmacia (con limitaciones en cuanto al tipo social, o bien, prohibición de propiedad en cabeza de no farmacéuticos, tal el caso de las provincias de Buenos Aires, Río Negro, Entre Ríos, Santiago del Estero, La Pampa, Mendoza, La Rioja, Misiones, Tucumán, Santiago del Estero, Salta), ya sea a través de normas locales, adhiriendo directamente a la Ley 17.565, o bien, rigiéndose por esa ley, pero sujeto a reglamentación local.

otro –cuya abordaje se realizará seguidamente–, el Tribunal cimero señala que el simple hecho de que ambas jurisdicciones regulen de maneras diferentes sobre la actividad farmacéutica, no es suficiente para invalidar la norma local, sino que es necesario que haya una “repugnancia efectiva”, un “conflicto irreparable”, lo que ocurre cuando la aplicación de la legislación provincial provoca un “óbice al imperio y a los objetivos de la ley nacional de protección”²². A cuyos efectos, quien impugna la validez de la norma local, tiene la carga de probar que la aplicación de la ley provincial entorpecía severamente la política nacional (en el caso, fijada a través ley 17.565 y los decretos 2284/91 y 240/99). A criterio de la Corte Suprema ello no se verifica en la causa, resaltando que una lectura integral y armónica de las dos regulaciones permite concluir que son normas complementarias que pretenden avanzar en la concreción de políticas públicas comunes en orden a la protección de derechos fundamentales de la población y, en particular, de los consumidores de productos farmacéuticos²³.

En la sentencia en comentario se explica que la articulación de los dos ámbitos en pugna no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de esferas competenciales distintas, agregando que el Estado Nacional adoptó medidas tendientes a facilitar la comercialización y distribución de medicamentos a nivel nacional, pero delimitar el alcance del ejercicio de la actividad de expendio de productos farmacéuticos en el ámbito local es competencia de la provincia. En tanto incumbe a la provincia decidir el nivel de protección de la salud pública que debe garantizarse en el expendio de medicamentos en los establecimientos farmacéuticos, el hecho de que el legislador local –a diferencia del nacional– haya optado por un sistema que a su parecer permite asegurar un nivel más elevado de protección de la salud pública y en particular el abastecimiento adecuado de medicamentos a la población, no alcanza para demostrar un “repugnancia efectiva”²⁴.

En definitiva, como expresa GIL DOMINGUEZ²⁵, cada jurisdicción está federalmente capacitada para elegir entre un modelo sanitarista, un modelo comercialista o un modelo mixto respecto de las farmacias dentro del campo de ejercicio del poder de policía. No

22. Consid. 12.

23. Consid. 12.

24. Consid. 12.

25. GIL DOMINGUEZ, Andrés “Federalismo, salud y poder de policía” en La ley Online, Cita: TR La Ley AR/OC/2478/2021.

existe un piso mínimo federal en su conformación y cada jurisdicción puede construir, en general, su propio modelo, siempre y cuando no se entrometa con atribuciones que titulariza el Estado Nacional.

V.I.I. Régimen legal del ejercicio de la actividad farmacéutica establecido por la Ley 17.565

La Ley mencionada 17.565 regula en lo que resulta del ámbito de su aplicación, la habilitación, propiedad y funcionamiento de las farmacias, al igual que acontece en el derecho público provincial. Así, se determina que la preparación de recetas, la dispensa de drogas, medicamentos, incluidos los denominados de venta libre y de especialidades farmacéuticas, cualquiera sea su condición de expendio, sólo podrán ser efectuadas en todo el territorio de la Nación, en farmacias habilitadas y que su venta y despacho fuera de estos establecimientos se considera ejercicio ilegal de la farmacia y, sin perjuicio de las sanciones establecidas por la ley, los que la efectúen podrán ser denunciados por infracción al Código Penal (art.1, texto según Ley N° 26.567).

Se contempla además que las farmacias deberán ser habilitadas por la autoridad sanitaria competente quedando sujetas a su fiscalización y control (art.2), debiendo cumplimentarse los requisitos que se establezcan en la reglamentación para los locales destinados, a la atención al público, laboratorios, instalaciones, equipos, instrumental, elementos de laboratorio, drogas, reactivos, productos químicos, preparaciones oficiales, sueros y vacunas (art.3). También dicha norma establece la autoridad sanitaria podrá establecer turnos de cumplimiento obligatorio, nocturnos o para días feriados, cuando lo estime conveniente (art.6). La ley 17.565 establece a su vez que las farmacias deberán ser dirigidas por un farmacéutico director técnico, el que será responsable ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en el ámbito de actuación de la entidad bajo su dirección, no pudiendo asumir la dirección técnica de más de una farmacia, estando obligado a la atención personal y efectiva del establecimiento y a vigilar la preparación y expendio de los medicamentos; pudiendo ausentarse momentáneamente, dentro del horario establecido para la atención al público, r por causas excepcionales y no reiteradas, quedando la atención quedar a cargo de farmacéuticos auxiliares o de auxiliares de despacho -en estos sólo podrán despacharse productos de venta libre- (art. 18, 25,26 y cc).

Lo referente a la propiedad de farmacias fue modificado por el decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, en el que se dispuso, entre otras medidas, la desregulación del comercio interior de bienes y servicios. Así, en el art. 13 se estableció que *“Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización”*. Asimismo, se invitó a las provincias a adherir al régimen sancionado en el decreto, en lo que a ellas compete (art. 119). Luego, a través del decreto 240/99 se aclaró que fueron derogados los arts. 14, 15 y 16 de la ley 17.565.

V.I.II. Regulación del servicio farmacéutico en la provincia de Buenos Aires.

a) Ejercicio profesional y derecho a la salud

Como fuera antes reseñado, el derecho a la salud representa un derecho humano fundamental consagrado en de la Constitución Nacional y en los tratados de los derechos humanos con jerarquía constitucional –art. 75 inc.22 CN. Siendo obligación de los poderes públicos, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, respetar y proteger la salud.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce el derecho a la salud en su artículo 36 inc. 8º, contemplando que *“La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: ...8- A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos... El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización”*.

Cobra así relevancia la calificación del medicamento como bien social en el marco del derecho a la salud, cuya integralidad es asumida como responsabilidad de la Provincia y la necesidad de la participación de profesionales competentes en las actividades de producción y comercialización. De lo que se deriva el reconocimiento constitucional del farmacéutico como profesional de la salud y su necesaria intervención a los fines de la seguridad, eficacia y disponibilidad del medicamento. Lo que se proyecta como

derecho de los profesionales de la salud en el ámbito de sus competencias y como derecho de los habitantes, a la intervención personal y efectiva del profesional del medicamento²⁶.

Con arreglo a ello, la Corte consideró en el fallo en comentario que *“la norma provincial persigue una finalidad constitucionalmente válida pues ...se refiere a un derecho fundamental como el de la salud. En este sentido, la Ley Fundamental no solo permite, sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la salud de la población”*²⁷.

b) La farmacia como actividad de servicio publico

La Ley 10.606 -reglamentaria del ejercicio de la profesión farmacéutica en la provincia de Buenos Aires- define Farmacia como *“un servicio de utilidad pública para la dispensación de los productos destinados al arte de curar, de cualquier origen y naturaleza, así como la preparación de fórmulas magistrales y oficinales, material aséptico, inyectables, productos cosméticos o cualquier otra forma farmacéutica con destino a ser usadas en seres humanos”* (art. 1). También determina que la dispensación al público de medicamentos y material aséptico, solo se efectuará en las farmacias y la prohibición de realizarlo fuera de las mismas, aun cuando se tratara de aquellos de venta sin receta o libre (art.2), precisamente, por la condición de bien social del medicamento y su potencial peligrosidad.

Como consecuencia de su calificación legal de servicio público impropio -o actividad de interés público o de necesidad pública-²⁸, las farmacias se hallan sujetas a un régimen

26. BEZZI, Ana María, “Farmacia, actividad de servicio público y derecho a la salud”, Rev. de Actualidad en Derecho Público Nro. 1-6, Ad-Hoc 1995-1997, p 461/464.

27. Consid. 17.

28. BOLLA, M sostiene que “...la farmacia, ente con características polifacéticas, reúne todas las condiciones que jurídicamente la constituyen en un servicio público de carácter impropio y su regulación es parte del poder de policía del Estado, siendo aprehendido por tal concepto dentro de la esfera del derecho administrativo, reuniendo caracteres de actividad sui generis” en “Naturaleza jurídica de la farmacia. Su conceptualización como servicio público impropio”, Rev. LA LEY, t. 142, p. 1055. Por su parte, SAYAGUÉS LASO, E. la califica como “actividades individuales de interés público” (en “Tratado de derecho administrativo”, t. I, p. 86, Montevideo, 1959) y GARCÍA TREVIJANO FOS J. alude a ellas como “actividades encuadradas en un ordenamiento seccional y que son de interés público” (en “Tratado de derecho administrativo” t. 2, p. 36, Madrid, 1967 y GARRIDO FALLA, F. se refiere a la doctrina del servicio público impropio o virtual (“Tratado de derecho administrativo”, vol. II, p. 440, Madrid, 1980). La doctrina también señala que para que se de un servicio público virtual se requiere: a) La necesidad de una autorización, que se prestará para el ejercicio de actividades en bienes integrantes del dominio público b) Que la actividad que se presta sea de interés general c) La existencia de un régimen especial consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de someter

normativo específico –con las características propias de los servicios públicos-, el cual responde a la necesidad de garantizar un servicio de calidad al público, acorde con la naturaleza de la farmacia como centro sanitario al servicio de la comunidad. En cuyo marco se destaca el rol del farmacéutico como agente sanitario de relevancia social.

Conforme a ello, a través del artículo 3 de ley 10.606, se establecen parámetros de población y de distancia para la instalación de farmacias también calificadas como una extensión del sistema de salud, en orden a propender a su real distribución racional en el territorio de la Provincia de Buenos Aires y, en armonía con la manda constitucional, con el objetivo de garantizar a la población, una adecuada y homogénea atención farmacéutica, como asimismo, que el acceso al medicamento sea ágil y rápido, y en las mismas condiciones para todos, independientemente donde resida el paciente.

De igual modo, partiendo de considerar la propiedad de la farmacia como una modalidad del ejercicio profesional –conforme la postura prevaleciente en los debates parlamentarios al sancionarse la norma provincial²⁹- y por lo tanto inseparable de su regulación, la ley provincial establece en su artículo 14, quienes pueden ser titulares de farmacias, conforme se desarrollará en los acápites siguientes.

La dirección técnica de la farmacia será ejercida por un farmacéutico debidamente matriculado en jurisdicción provincial, el que lo hará en forma personal y efectiva y con bloqueo de título, no pudiendo asumir dicha función en más de un establecimiento, siendo el responsable del cumplimiento. Siendo además responsable ante las autoridades del incumplimiento de las leyes y reglamentaciones que regulan el ejercicio de la actividad profesional (arts. 22, 23, 30, 34 inc.a y cc). Aspectos estos establecidos como garantía para el consumidor sobre la accesibilidad al fármaco de manos del profesional de la salud habilitado al efecto, recibiendo un adecuado asesoramiento sobre su administración, usos, efectos, y la debida información que el paciente requiera sobre otros medicamentos con el mismo principio activo o combinación que el medicamento pedido en la receta y los distintos precios de esos productos. Reafirmando la importancia y necesidad de la presencia del farmacéutico, el legislador consagró en forma expresa la prohibición del funcionamiento de la farmacia estando ausente el director técnico o

a tarificación la actividad que se desarrolla (ENTRENA CUESTA, R. "El servicio público de taxis". Revista de administración pública n° 27 septiembre-diciembre,1958 p. 33/34).

29. Diario de Sesiones, 25/11/87, p.3589.

farmacéutico auxiliar (art. 32). Vinculado con la continuidad del servicio, la ley 10.606 prevé que toda farmacia está obligada a cumplir horarios de turnos, servicios nocturnos o de días feriados que establezca la autoridad sanitaria, para asegurar la continuidad de las prestaciones que brinda (art. 9).

c) Propiedad de farmacias como una modalidad inherente al ejercicio profesional. Salud pública y ejercicio profesional farmacéutico

En lo que concierne a la propiedad de farmacias, el art. 14 de la Ley N° 10.606 establece que solamente se autorizará la instalación de farmacias cuando sus titulares sean farmacéuticos, sociedades integradas totalmente por farmacéuticos, sociedades en Comandita Simple formadas por farmacéuticos y no farmacéuticos (siempre que éstos últimos actúen como socios comanditarios), hospitales públicos, o bien obras sociales, entidades mutualistas y/o gremiales que cumplan determinadas pautas. De la referida norma emana la necesaria participación de los farmacéuticos en la propiedad de las farmacias, ya sea teniendo la titularidad de la oficina en forma exclusiva (farmacia unipersonal); compartiendo la propiedad con otro/s farmacéuticos (sociedad de responsabilidad limitada y sociedades colectivas) o bien conformando una sociedad en comandita simple, condicionada a que los socios no farmacéuticos actúen como socio comanditarios y no tengan injerencia en la dirección técnica, debiendo asimismo, estar integradas por personas físicas (humanas) perfectamente individualizadas ante la autoridad sanitaria.

BEZZI ha señalado que *“La farmacia es, por excelencia, el ámbito del ejercicio profesional del farmacéutico, al que es inherente la titularidad del establecimiento. Dicho de otro modo, el concepto de “farmacia-farmacéutico” es un modo inescindible y la titularidad –o propiedad- no es más que una modalidad de la regulación profesional...”*³⁰. De lo que se deriva que la titularidad de la farmacia es inseparable, indivisible del ejercicio profesional, por ser la oficina farmacéutica el ámbito natural donde el farmacéutico ejerce su profesión, ya que la farmacia existe porque existe el farmacéutico.

30. BEZZI, Osvaldo M., “La proyección institucional del nuevo régimen legal de Buenos Aires sobre ejercicio de la farmacia (Su vigencia en la provincia desplazó la aplicación del decretoley 17.565/67)”, en la Ley Online, Cita: AR/DOC/4467/2001.

Las restricciones contempladas en el art. 14 de la ley 10.606 en cuanto a la titularidad de farmacias, derivan de la necesidad de que el Estado garantice a la población el acceso a un medicamento seguro y de calidad, de manos del farmacéutico, para lo cual la norma limita a conferir la responsabilidad de una tarea profesional a quien se encuentra habilitado para ejercerla por encima de cualquier ánimo de especulación y lucro. En consecuencia, impone que el titular de la farmacia sea un farmacéutico o en su caso que lo sean los socios de una figura societarias, cuyo diseño permite garantizar la responsabilidad farmacéutica³¹.

En ese orden de ideas, con relación al rol del farmacéutico y su ejercicio profesional, la Corte expresa que su función *“no se limita a la venta de medicamentos. También efectúa otras prestaciones como comprobar las prescripciones médicas, elaborar preparados farmacéuticos y asesorar a los consumidores para garantizar el buen uso de los medicamentos. En este punto es de gran importancia el asesoramiento que se brinda en los supuestos de medicamentos que no requieren receta médica (“venta libre”). En esta situación, el paciente/consumidor solo puede confiar en las informaciones que le de el farmacéutico, para lo cual resulta determinante que el asesoramiento sea independiente y objetivo”*³².

En ese sentido, la presencia de un farmacéutico en la titularidad de la farmacia garantiza la independencia económica y el consecuente libre ejercicio de la profesión ya que al *“tener pleno control de su instrumento de trabajo puede ejercer su profesión con la independencia que caracteriza a las profesiones liberales. Es a la vez un empresario vinculado a las realidades económicas relacionadas a la gestión de su farmacia y un profesional de la salud que busca equilibrar sus imperativos económicos con las consideraciones de la salud pública, lo que lo distingue de un puro inversor”*³³.

Con citas a un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁴, la Corte Suprema de Justicia señala que la sola presencia de un farmacéutico en la dirección técnica de la

31. URRISTI, Ramiro “Pharmacy: el thema, ¿es el tema?”, Publicado en La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/DOC/3213/2018.

32. Consid. 17.

33. Consi. 17.

34. La Corte Suprema de Justicia cita entre sus fundamentos, el antecedente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-531/06, en el que la Comisión Europea solicitó se declarase que la noma italiana incumplía el derecho comunitario al reservar la titularidad y la explotación de farmacias privadas exclusivamente a los farmacéuticos. En dicha oportunidad el Tribunal europeo consideró que la exclusión de quienes no sean farmacéuticos, puede estar justificada por el objetivo de garantizar un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad. En tal sentido, hace hincapié en que los medicamentos se distinguen de otras mercancías por sus efectos terapéuticos y que si se consumen de manera incorrecta o innecesaria pueden perjudicar gravemente a la salud y suponer un derroche de recursos financieros.

farmacia, no garantiza tal independencia, puesto que la subordinación del farmacéutico trabajador por cuenta ajena al titular no farmacéutico de la farmacia, podría implicar que aquel no pueda oponerse a las instrucciones del titular. La influencia que ejerce el titular de la farmacia en la política de venta de medicamentos es indudable. Lo expuesto no implica negar que el farmacéutico titular de una farmacia también pretende obtener beneficios económicos con su actividad. Sin embargo, su condición profesional permite suponer que no explota la farmacia con un mero ánimo de lucro, sino que también existen motivaciones que responden a un criterio profesional. Su interés privado está mitigado por su formación, experiencia profesional y la responsabilidad que le corresponde, ya que una eventual infracción a las normas legales o deontológicas no solo pondría en riesgo el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional ³⁵.

d) Correlación entre propiedad de farmacias y tipo de persona que presta el servicio farmacéutico como elemento garantizador de su calidad

Conforme se viene exponiendo, la actividad farmacéutica es objeto de una regulación con caracteres distintivos del servicio público, cuyos fundamentos nacen del interés público comprometido, en orden a asegurar a la población la disponibilidad del medicamento, bajo estrictas condiciones de conservación y con el control de una correcta y eficaz dispensación por parte del farmacéutico, por el riesgo que puede provocar para la salud de los pacientes. Consecuentemente *"...la correlación entre la propiedad de las farmacias y el tipo de persona es un elemento fundamental de garantía de la calidad del servicio farmacéutico. El carácter potencialmente nocivo de los medicamentos exige que su uso sea controlado y racionalizado. Para garantizar la prioridad del abastecimiento regular y adecuado de medicamentos a la población sobre las consideraciones económicas el legislador local consideró que las personas deben reunir ciertas cualidades para poder ser propietarias de una farmacia. La exigencia de la titularidad de las farmacias limitada a los sujetos indicados en la norma busca garantizar la independencia profesional real para evitar que, eventualmente, se afecte el nivel de seguridad y calidad del abastecimiento de medicamentos a la población"*³⁶.

35. Consid. 17.

36. Consid. 17.

Nuevamente, dejando evidenciado el modelo de corte sanitarista adoptado por el legislador provincial, se concluye en que *“la elección de unas formas societarias por sobre otras para el desarrollo de la actividad farmacéutica no fue azarosa ni arbitrariamente excluyente, sino que encontró fundamento en una razonada elección de un modelo en el cual el conocimiento, la inmediatez, la responsabilidad y la individualización de quien lo dispensa prevalece por sobre todo interés comercial”*³⁷.

e) Sobre la propiedad de farmacias y capacidad de las personas

La farmacia es un establecimiento sanitario sujeto a una autorización administrativa (habilitación), que exige la concurrencia y cumplimiento de determinados requisitos, de carácter subjetivo y de carácter técnico-sanitarios. En tal sentido, la titularidad de la farmacia precisamente se refiere a titularidad de la autorización administrativa. Con acierto, el Tribunal considera que el art. 14 de la Ley 10.606, al normar sobre la titularidad de las farmacias, no está regulando sobre la propiedad en el sentido que le asigna el Código Civil y Comercial de la Nación, sino en relación con los requisitos para la habilitación y el ejercicio de la actividad farmacéutica, señalando las exigencias que deben observarse para poder obtener autorización para su instalación o enajenación³⁸.

Resulta relevante en este punto, la cita que realiza el Alto Tribunal a los debates parlamentarios que precedieron a la sanción de la ley 10.606, expresándose que *“... En ocasión de darse la respectiva discusión, el miembro informante de la Comisión de Legislación General afirmó “hemos aceptado la teoría de que la propiedad de las farmacias es una modalidad del ejercicio profesional. Es decir, que el propietario de la farmacia tiene carácter accesorio en relación a la actividad y a la prestación del acto farmacéutico...”* (conf. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 2 de abril de 1987, pág. 3562 y siguientes), y que *“La propiedad de la farmacia no se rige por el dominio de la cosa ni de los bienes, sino por una titularidad de la habilitación de la oficina farmacéutica. La farmacia existe jurídicamente a partir del acto administrativo de habilitación, por eso es que afirmamos que es una modalidad del ejercicio profesional...el cual no se comprende sin que el farmacéutico tenga una farmacia donde actuar y donde actuar, poniendo en juego un factor fundamental que está dado por la idoneidad profesional que debe reunir quien pretende*

37. Conjuez Dr. Martín Irurzún, según su voto, Consid. 6.

38. Conjuez Dr. Martín Irurzún, según su voto, Consid. 4.

ejercer esa actividad relacionada con la salud” (Senado de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones del 25 de noviembre de 1987, citado en los Considerandos de la Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) ...”.

Por ello, la CSJN consideró que los aspectos regulados por el art. 14 de la ley 10.606 nada dicen sobre la capacidad de las personas -humanas o jurídicas- para adquirir derechos o contraer obligaciones ni restringen las posibilidades de ser titulares de dominio alguno, sino que solo definen bajo qué formas societarias el profesional farmacéutico puede llevar a cabo una de las funciones a las que se asignó particular atención: la dispensa de medicamentos al público. Se trata, lisa y llanamente, del derecho a ser propietario de la habilitación y no del derecho a ser propietario de un derecho real sobre la cosa. En suma, la regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano esencial merecedor -como tal- de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial³⁹.

Tal criterio, añade la Corte, no se ve modificado por lo previsto por el decreto 2284/1991 por cuanto dicha norma, si bien estableció una desregulación respecto de la materia en litigio, sus disposiciones no tuvieron efectiva recepción normativa en la esfera local, ya que si bien la Provincia de Buenos Aires adhirió en general a esa norma, su operatividad de sus cláusulas quedó supeditada a una condición suspensiva —el estudio de diversos cuerpos normativos, entre los que se encontraba la ley 10.606, con miras a receptor la política económica de emergencia establecida en el DNU 2284/1991— que nunca se cumplió, puesto que no existió una actividad legislativa concreta que en materia de salud recogiera la desregulación comercial⁴⁰.

VI. SOBRE LA RAZONABILIDAD DE LA REGULACIÓN PROVINCIAL

Con sustento en el desarrollo argumental referenciado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el voto mayoritario de sus miembros, estimó que la regulación provincial que excluye a las sociedades anónimas de los sujetos que pueden ser propietarios

39. Conjuez Dr. Martín Irurzún, según su voto, Consid. 4.

40. Conjuez Dr. Martín Irurzún, según su voto, Consid. 5.

de establecimientos farmacéuticos en su territorio, constituye una reglamentación razonable.

El test de razonabilidad al que fuera sometida la Ley 10.606 incluyó múltiples factores, destacándose una valoración cualificada del bien salud, como derecho humano esencial, aplicado al ejercicio de la actividad farmacéutica. Y en ese contexto, de acuerdo a los principios constitucionales examinados, el Tribunal concluyó en que *“la facultad ejercida por la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 10.606 para regular lo atinente a la titularidad de los establecimientos farmacéuticos no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria pues se basó en propósitos de salud pública, ampliando la protección de los pacientes garantizada en la regulación nacional, como una opción que cabe reputar como válida”*⁴¹.

Esto es frente a la colisión de los derechos en juego *“... la preeminencia que se ha asignado al derecho a la salud como derecho humano básico, esencial y colectivo, justifica con suficiencia la mayor intensidad reglamentaria aplicada al ejercicio de la actividad farmacéutica y las restricciones impuestas para garantizar la efectividad de las garantías fundamentales en juego”*. Precisamente, la regulación adoptada es consecuencia de una política sanitaria que ubicó a la salud como un derecho humano fundamental merecedor -como tal- de una protección especial, donde la relación entre los usuarios y el despacho farmacéutico se diera en un contexto donde la vulnerabilidad que implica su necesidad de acceso se encuentre a resguardo de un prevalente interés comercial.

Por su parte, en el voto en disidencia⁴² se estimó que el art. 14 de la ley 10.606 viola el principio de igualdad en tanto determina que algunas personas jurídicas se vean beneficiadas con la posibilidad de habilitar o ser propietarias de farmacias y otras no. En este contexto se sostuvo que no es dable sostener que exista un criterio razonable que permita excluir a las sociedades anónimas de la propiedad de las farmacias en aras de mejorar la prestación del servicio de salud pública.

41. Consid. 21.

42. Del voto en disidencia de la conjuza Mirta Gladis Sotelo de Andreau que resolvió hacer lugar a la queja, declarando parcialmente procedente el recurso extraordinario federal, revocando la sentencia apelada en cuanto declara la validez del art. 14 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires y la devolución los autos al tribunal de origen para que se expida sobre los agravios pendientes de solución.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Con la decisión comentada, la Corte Suprema de Justicia ratificó la competencia provincial para regular sobre la actividad farmacéutica, así como también, para decidir en su respectivo ámbito, el nivel de protección de la salud pública. Y habida cuenta de ello, que es procedente admitir que resulte exigible que los medicamentos sean dispensados por farmacéuticos que tengan una independencia profesional real en el ejercicio profesional; como así también, que el Estado provincial adopte medidas para evitar que dicha independencia pudiera verse comprometida de algún modo, ya que de verificarse ese supuesto, podría afectarse al nivel de seguridad y calidad del regular abastecimiento de medicamentos a la población y del servicio farmacéutico.

También se hizo hincapié en que el legislador provincial entendió que solo a través de determinados tipos sociales por sobre otros, sea posible tutelar más adecuadamente el valor protegido. Así, el máximo Tribunal confirmó la necesidad de establecer una especial injerencia de la regulación estatal sobre las farmacias, teniendo en cuenta la entidad del bien jurídico tutelado: la salud y el medicamento como bien social.