

DICTAMEN FISCAL

Nº 0947 DIA: 12 MES: 04 AÑO: 2022

ORIGINAL



SR. MINISTRO
DE SALUD PÚBLICA:

Ref.: Expte. Nº 1416/110-C-2021.

Por el expediente de la referencia tramita el Recurso de Alzada presentado por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán (fs. 01/16) contra la Resolución Nº 349/SPS, del 13/08/2021 (fs. 144/148), emitida por el Secretario Ejecutivo Médico a cargo de la Presidencia del Sistema Provincial de Salud, confirmatoria de las Resoluciones Nº 311/DGFS, de fecha 13/05/2021 (fs. 124/126) y Nº 195/DGFS, del 06/04/2021 (fs. 108/111), emitidas por la Dirección General de Fiscalización Sanitaria del Sistema Provincial de Salud.

Por la Resolución Nº 195/DGFS-21 se hizo lugar al recurso de reconsideración interpuesto por la Farmacéutica Isabel Mercedes Díaz con respecto a la Resolución Nº 293/DFFyTM, de fecha 02/12/2020, dejándola sin efecto y autorizando la continuidad del trámite de habilitación y apertura de la Farmacia Nasif (artículo 1).

Mediante Resolución Nº 311/DGFS-21 se habilitó, a partir de la fecha de emisión de ese instrumento legal, el funcionamiento de la Farmacia Nasif, ubicada en calle Juangorena Nº 1494 de la Ciudad de Concepción, Departamento Chicligasta, Provincia de Tucumán, de propiedad y bajo la Dirección Técnica de la Farmacéutica Isabel Mercedes Díaz, M.P. Nº 1194, CUIT Nº 27-16176029-9 (artículo 1).

Finalmente, por Resolución Nº 349/SPS-21 se rechazó el recurso jerárquico interpuesto por el Farmacéutico Rufo Emilio Alvez, en su carácter de presidente del Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, en contra de las Resoluciones Nº 195/DGFS-21 y Nº 311/DGFS-21 (artículo 1).

El Recurso de Alzada se presentó en término, según el plazo del artículo 68 de la Ley Nº 4537, por lo que su tratamiento resulta formalmente admisible.

En su expresión de agravios el recurrente sostiene que la habilitación y apertura de la Farmacia Nasif, ubicada en calle Juanjorena Nº 1494 de la ciudad de Concepción, fue autorizada en violación al artículo 22 de la Ley Nº 5483, norma que regula la distancia que debe existir entre una farmacia ya instalada y otra cuya solicitud de habilitación se solicita, fijando que la distancia entre ambas no sea inferior a 300 metros.

Presenta, además, un breve análisis del procedimiento cumplido para la habilitación de la Farmacia Nasif, con intervención de los propietarios de la Farmacia San Pablo y San Lucas; informes del personal del Departamento de Fiscalización del SIPROSA e informes de la Dirección de Catastro de la Municipalidad de Concepción.

Manifiesta que, de un correcto análisis y revisión de los informes reseñados, surge que existe una diferencia en las distancias de una a otra farmacia y concluye que las Farmacias San Pablo y Nasif están separadas entre sí por 270,20 metros, mientras que las Farmacias San Lucas y Nasif poseen una distancia entre ambas de 267,15 metros.

Considera que la Dirección General de Fiscalización Sanitaria resolvió discrecionalmente acceder favorablemente a la solicitud de apertura y habilitación de la Farmacia Nasif, en clara infracción a normas de orden público. Precisa que la finalidad explícita de la Ley Nº 5483 radica en que la distancia fijada a efectos de la instalación de una nueva farmacia tiene su razón en impedir la concentración del mercado y asegurar una efectiva prestación del servicio por parte del farmacéutico propietario.

Entiende que es precisamente el Departamento de Fiscalización Farmacéutica quien tiene el deber de cumplir y hacer cumplir estrictamente la ley, debiendo ejercer el control en relación a la instalación de las farmacias.



///Continúa Expte. N° 1416/110-C-2021

-2-

Cita doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso y destaca que los actos administrativos son nulos, de nulidad absoluta e insanable, por razones de ilegitimidad e ilegalidad manifiesta.

MI OPINIÓN:

En forma previa corresponde aclarar que el Recurso de Alzada se limita al análisis de legalidad del acto administrativo emitido por el ente descentralizado (artículo 68 de la Ley N° 4537).

Los informes, resoluciones y demás antecedentes invocados en sustento de los actos impugnados no se encuentran desvirtuados por la impugnación deducida. Así, del análisis del contenido del recurso (fs. 1/16) no surgen nuevos elementos ni se aporta prueba alguna susceptible de motivar la revocación de los actos que se impugnan.

La Resolución N° 195/DGFS-21, que se sustenta en el dictamen de la Asesoría Letrada del SIPROSA (fs. 96/101), ha sido dictada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N° 4537 y contiene los requisitos esenciales de los actos administrativos. En consecuencia, no adolece de los vicios señalados en el artículo 48 del citado texto legal, que permitan declarar su nulidad.

En efecto, el dictamen de la Asesoría Letrada del SIPROSA, con sustento en la jurisprudencia del Poder Judicial de Tucumán, entiende que corresponde hacer lugar al recurso de reconsideración articulado y autorizar la habilitación de la Farmacia Nasif en el local de calle Juanjorena N° 1494, de la ciudad de Concepción.

La Resolución N° 195/DGFS-21 consigna que: "(...) si bien es cierto que el articulado de la ley de ejercicio farmacéutico tiene como finalidad la salvaguarda de la actividad de las farmacias en la provincia, evitando con ello la proliferación desmedida de farmacias en pos del ejercicio libre e independiente de la actividad monopólica, produciendo la derogación de las normas declaradas inconstitucionales, pero logrando reiteración del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás es dable dejar asentado la opinión de doctrinarios como Sagüés, que analiza los distintos argumentos brindados por el mismo órgano sobre sus decisiones, equiparándolos a una suerte de *stare decisis* criollo, siendo que cuando la Corte declara como inconstitucional a una norma no la deroga (formalmente), como lo hacen los tribunales constitucionales...; pero "obliga a todos los cuadros judiciales del país a inaplicarla, si la regla en desgracia es cuestionada en un proceso (...). Por todo ello, teniendo especial consideración que el caso de análisis cuenta con similares características a las sentencias analizadas que cuentan con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 22, y existen las condiciones bajo las cuales se puede inaplicar el artículo de la ley tachado de inconstitucionalidad; en pos del principio de celeridad y economía procesal, como así también a fin de optimizar el control de constitucionalidad con miras a disminuir la judicialización de conflictos, obtener el ahorro de recursos económicos estatales y fortalecer la seguridad jurídica a favor de nuestra sociedad (...), considera hacer lugar al recurso de reconsideración interpuesto (...) y autorizar la habilitación".

La Resolución N° 311/DGFS-21 considera que es procedente habilitar la Farmacia Nasif, otorgándole el Turno N° 2 del Servicio de Guardias Farmacéuticas de la Ciudad de Concepción.

Por su parte, la Resolución N° 349/SPS-21 destaca, en referencia a los distintos informes elaborados por el Departamento de Catastro de la Municipalidad de Concepción (fs. 24 y 51/52), relativos a la distancia constatada entre las Farmacias "Nasif", "San Lucas" y "San Pablo", que: a) todos los informes fueron efectuados por el mismo funcionario público; b) en ningún momento los informes dan cuenta de un error o una corrección que resulte necesaria respecto al sistema de medida, acto de medida,



///Continúa Expte. N° 1416/110-C-2021

-3-

u otro acto o técnica utilizado en el otorgamiento de la primer constancia; c) la primera constancia fue efectuada mediante un sistema digital utilizado por la Dirección de Catastro de la Provincia, entidad de igual nivel jerárquico que el SIPROSA y con la misma competencia territorial; d) en los nuevos informes no se hace mención, en su sistema de medida, a la referencia expresa que efectúa el artículo 22 de la Ley N° 5483 (esto es, a la distancia de 300 metros contados “de puerta a puerta por senda peatonal”); e) no impugnan el método utilizado por la Dirección de Catastro de la Provincia; y f) siendo el mismo funcionario el que los otorga, no se excusa en lo absoluto sobre el motivo por el cual, en la primer oportunidad, no utilizó el método de cinta métrica flexible de cincuenta metros.

Agrega el citado acto administrativo que: “(...) según toda la documental acompañada y constancia de autos, en especial instrumento público acompañado a foja 02 por la Farmacéutica Isabel Mercedes Díaz, la habilitación de la Farmacia Nasif, sita en calle Juangorena 1494 de la ciudad de Concepción, se adecúa a las prescripciones del artículo 22 de la Ley N° 5483, por ser la interpretación más favorable a los derechos del administrativo y la que debe prevalecer en caso de duda (...)”.

Al respecto resulta importante destacar que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 de la Ley N° 5483: “Las farmacias serán habilitadas por el SIPROSA y quedarán sujetas a su fiscalización y control (...). Será procedente la habilitación de una nueva farmacia, o el traslado de una ya habilitada, cuando la distancia que medie entre aquella y otras ya establecidas no sea inferior a trescientos (300) metros, contados desde puerta a puerta por senda peatonal”.

De la norma señalada surge claramente que la facultad de habilitar y fiscalizar a las farmacias resulta competencia exclusiva del SIPROSA, autoridad que emitió los actos impugnados.

Ahora bien, el principio de razonabilidad, tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal, ordena que todos los actos estatales sean razonables y que los derechos de las personas no puedan ser afectados por leyes del Congreso (arts. 17, 18, 19 y 28, CN); configura una garantía constitucional que pone a salvo a los particulares de los excesos o arbitrariedades estatales.

El juicio de adecuación que se haga en virtud del principio de razonabilidad supone valorar la idoneidad o aptitud para alcanzar la finalidad perseguida. Sin embargo, resulta evidente que existen normas que siendo idóneas o útiles al momento de su dictado, no lo son en el momento de su aplicación. Por ello, el fin elegido debe ser, en todos los casos, un fin que no colisione con la Constitución ni con los principios generales del derecho, sean de origen nacional o provenientes de los tratados internacionales de derecho humanos.

Por otro lado, el examen de razonabilidad no implica emitir un juicio sobre la oportunidad o conveniencia de la medida en sí misma sino de juzgar, en base a los principios de justicia, si la necesidad que conduce al dictado no resulta arbitraria y se ajusta a pautas mínimas de eficacia. En otros términos, si existen otras medidas que resulten idóneas que sean menos gravosas de los derechos fundamentales.

Finalmente, habrá de examinarse si el medio elegido y el sacrificio que genera la decisión que se adopte puedan generar sobre los ciudadanos guardan relación con los beneficios que, de su aplicación, resultarían para el interés general (Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, CABA, La Ley, 2015, p. 176).

Analizadas las presentes, considero desproporcionado negarle a la Farmacéutica Isabel Mercedes Díaz la posibilidad de ejercer su actividad en un local de su propiedad, de conformidad con los derechos y garantías fundamentales (artículo 14 CN), por el solo hecho de que el inmueble no alcanza - por aproximadamente treinta metros - a observar la distancia mínima respecto de otras farmacias que impone la

///Continúa Expte. N° 1416/110-C-2021

-4-

reglamentación. La habilitación de una nueva botica en la zona, además de ser inocua para la competencia leal, podrá optimizar la provisión de medicamentos en la ciudad (mayor stock, mejores precios, eventual inclusión de obras sociales que no tienen convenio con las existentes, etc.), con el incontrastable beneficio que de ello redundaría en los habitantes. Igual criterio ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en la causa "Rasuk Cecilia Inés vs. Sistema Provincial de Salud de la Provincia s/ Amparo" (Sentencia N° 867 del 09/08/2016). En la causa mencionada, la distancia entre establecimientos era de cincuenta metros; es decir, mayor a la del caso que nos ocupa.

Asimismo, cabe señalar que a la fecha de publicación de la Ley N° 5483 (B.O. 06/05/1983) la población de la ciudad de San Miguel de Tucumán ascendía a 394.117 personas, mientras que para el año 2019 la población proyectada era de 528.377 personas. En el supuesto *sub examine* la norma trasunta un criterio uniforme de medición que no tiene en cuenta las proporciones geográficas de la ciudad, el número de habitantes y las necesidades sanitarias de la población (Excma. Cámara Contencioso Administrativo, Sala I, "Arévalo Ramón Martín y otro c/ Sistema Provincial de Salud s/ inconstitucionalidad", Sentencia N° 1012 del 08/10/2020).

De tal forma, lo decidido por el Ente resulta debidamente fundado en los antecedentes de hecho y de derecho, específicamente en relación a la interpretación del artículo 22 de la Ley N° 5483 realizada por el SIPROSA, sin que los argumentos esgrimidos por el Colegio de Farmacéuticos en el Recurso de Alzada sean susceptibles de modificar lo resuelto y revocar la decisión de habilitación.

Finalmente, no resulta atendible el agravio del recurrente de la supuesta discordancia existente entre los informes efectuados por la Dirección de Catastro Municipal respecto a la distancia entre sí de las farmacias habilitadas, ya que ese organismo destacó que no resultan contradictorios los informes efectuados, ni han sido declarados inválidos por el citado departamento.

En consecuencia, estando el Recurso de Alzada limitado sólo a la verificación de la legitimidad del acto dictado por el ente autárquico, lo cual es inobjetable en el caso de autos, corresponde que por decreto del Poder Ejecutivo se rechace el Recurso de Alzada presentado, confirmándose los actos cuestionados.

Es mi dictamen.

MFS/FMA



Documento firmado digitalmente
12/4/2022
NAZUR Federico Jose
FISCAL DE ESTADO - TUCUMAN
Fiscalia de Estado E31GzmrnbNFG

