



EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Pablo María Garat
Luis María Caterina
Martín J. Acevedo Miño
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Derechos humanos y mercado Acerca de la posible modificación a la Ley de Farmacias de la Provincia de Buenos Aires

por CELINA DEL ROSARIO AGUIRRE

“La interpretación por equidad debe ser utilizada en todos y cada uno de los casos, como regla universal que debe ser observada siempre y sin excepción. A la interpretación por equidad, afinando más las ideas se le debe llamar interpretación mediante la lógica de lo razonable”.

LUIS RECASENS SICHES

En fecha 26 de abril la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires dio media sanción al proyecto de ley referido a establecer que la enumeración que realiza la ley provincial 10.606 en su art. 14 es de carácter taxativo⁽¹⁾.

Esta enumeración es la que la ley dedica a individualizar a quienes pueden ser autorizados a ser propietarios de farmacias. Así, menciona a los profesionales farmacéuticos; a las sociedades colectivas o sociedades de responsabilidad limitada, integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia; a las sociedades en comandita simple, formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia y terceros no farmacéuticos que actúan como comanditarios y no pueden tener injerencia en la dirección técnica; a los establecimientos hospitalarios públicos dependientes de la Nación, provincia o municipios, y, finalmente, a las obras sociales, entidades mutualistas o gremiales que desearan instalar una farmacia para sus asociados.

De los fundamentos del mencionado proyecto, que busca determinar la taxatividad a los fines de excluir del articulado a las sociedades anónimas, surge que la provincia adhirió al modelo sanitarista y a la intervención en el libre mercado que se da a través de lo previsto en los arts. 3° (limitaciones de la población, densidad poblacional y dis-

tancia) y 14 (limitaciones a la titularidad de la propiedad) de la ley 10.606.

Asimismo, fundamenta que, de aceptarse la pretensión de sociedades anónimas que pretendan instalarse en la provincia de Buenos Aires (tal, el caso de la empresa Farmacity), al promoverse la atención no profesional, se agravará aún más el control sobre la fiabilidad y seguridad de los medicamentos.

Continúa defendiendo el proyecto que la provincia tiene la potestad de regular las profesiones liberales y todo aquello que se encuentre vinculado con la salubridad. Fundamenta, finalmente, que el razonamiento se realiza desde la óptica de los derechos humanos y el acceso de toda la población a los medicamentos que garantiza el derecho a la salud y no desde una posición económica.

Ahora bien, toda vez que la cuestión se centra en determinar si una sociedad anónima puede ser propietaria de farmacias, es interesante destacar el caso de las sociedades en comandita simple previstas en el inc. c) del artículo citado.

Yendo atrás en el tiempo, más precisamente en el año 1992, se introduce en el art. 14 de la ley 10.606 la figura de Sociedad en Comandita Simple (S.C.S.) como una nueva alternativa propietaria para las farmacias. Así, se establece la posibilidad de un socio no farmacéutico, capitalista: el socio comanditario.

Los otros tipos societarios previstos en la norma (S.R.L. y colectivas) requieren que estén integradas en su totalidad por farmacéuticos.

Ante esta nueva posibilidad, el socio comanditado farmacéutico debe llevar adelante la administración y dirección técnica de la farmacia, y el socio capitalista no puede inmiscuirse en la administración de esta.

Datos del año 2016 demuestran que el 27 % de los farmacéuticos de la provincia asumieron la dirección técnica y propiedad de la farmacia bajo esta figura societaria y en la mayoría de los casos con un porcentaje de participación tan bajo que los farmacéuticos se han convertido en socios/empleados de los socios capitalistas⁽²⁾.

Es preciso destacar, a su vez, que el art. 134 de la Ley de Sociedades Comerciales, en lo que refiere a este tipo societario, dispone que los socios comanditados (en este caso, los farmacéuticos) responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones contraídas remitiendo a la responsabilidad prevista para las sociedades colectivas.

Esto implica que, en caso de reclamos, el demandante puede dirigir su acción contra el farmacéutico, quien responderá con su propio patrimonio, ilimitada y solidariamente, mientras que el socio capitalista lo hará solo con el capital que se obligue a aportar.

Sabido es que, en lo que respecta a las sociedades anónimas, se prescribe que el capital de estas se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (art. 163, Ley de Sociedades Comerciales).

Luego, el art. 255 de tal norma, en su parte pertinente, dispone: “La administración está a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso”.

En caso análogo, se cita la legislación de farmacias de la provincia de Córdoba (ley 8302)⁽³⁾ que, en forma amplia, en su art. 5° reza:

“Las farmacias podrán ser de propiedad de cualquier persona física o jurídica habilitada para ejercer el comercio, sin más restricciones que las establecidas por la presente Ley, las que para su correspondiente habilitación deberán estar dirigidas por un Director Técnico Farmacéutico con título habilitado, quien realizará esa función en forma directa y personal.

El titular de la habilitación será en todos los casos el Director Técnico”.

Aquí se observa cómo es posible que una sociedad anónima que cuente con un director técnico farmacéutico puede ser propietaria de farmacia.

Se destaca, asimismo, de tal ley la definición de su objeto en su artículo primero, que indica que este es regular la organización y funcionamiento de las farmacias, droguerías farmacéuticas, laboratorios farmacéuticos y herboristerías, instalados o a instalarse en la provincia de Córdoba.

En contraposición, la ley bonaerense, en una deficiente técnica legislativa, omite hacerlo más allá de que surja implícito de su articulado.

Ahora bien, efectuado el análisis societario, es menester adentrarse en la interpretación de las normas involucradas en esta cuestión.

De acuerdo a nuestro Código Civil y Comercial, las leyes se interpretan teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2°).

Por tanto, en primer término, si nos atenemos a la letra de la ley (en este caso la Ley de Farmacias de la Provincia de Buenos Aires), no surge de esta en forma expresa que las sociedades anónimas no puedan ser propietarias (salvo que se sancione el proyecto y se determine que tal enunciación se interpreta taxativamente).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Venta de productos medicinales, cosméticos y dietéticos por Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 255-646; *El marco legal del uso medicinal, terapéutico o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED-LA, 7/2017-7; *La industria farmacéutica y las prescripciones médicas: análisis de la ley 5709 de la Ciudad de Buenos Aires*, por LEONARDO L. PUCHETA y NATALIA YACHEINI, ED, 271-855; *Libertad de ejercicio de farmacéuticos en riesgo? Análisis de una iniciativa presentada en el Reino Unido*, por LEONARDO L. PUCHETA y NATALIA YACHEINI, ED, 273-1018; *Estudios genéticos directos al consumidor en alianza con la industria farmacéutica*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, diario n° 14.498 del 26-9-18; *La relevancia de la argumentación en los amparos de salud: nuevas tendencias*, por AGUSTÍN CARIGNANI y WALTER F. CARNOTA, ED, diario n° 14.518 del 25-10-18. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Expte. D-4245/17-180 (Proyecto del diputado Bonelli, Frente Renovador). Aprobado por la Cámara de Diputados el 26-4-18 con pase a la Cámara de Senadores el 14-5-18.

(2) Revista Coleg. Farmacéuticos de La Plata, <http://www.colfarmplp.org.ar/compr/?p=3493>.

(3) Ley 8302. Publicación en B.O.: 12-8-93. Provincia de Córdoba.

CONTENIDO

DOCTRINA

Derechos humanos y mercado. Acerca de la posible modificación a la Ley de Farmacias de la Provincia de Buenos Aires, por **Celina del Rosario Aguirre**..... 1

JURISPRUDENCIA

TRABAJO
Trabajo: Empresas de transporte público de pasajeros: política de contratación de choferes; discriminación por género; cese; planta de choferes; personal femenino; cupo; establecimiento. Amparo: Procedencia (CNTrab., sala II, octubre 11-2018)..... 3

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Recurso de Apelación: Expresión de agravios: fundamentación; análisis; duda; validez. **Constitución Nacional**: Conflicto de derechos. **Libertad de Prensa**: Entidad: resguardo; protección; doctrina de la real malicia; doctrina “Campilly”; atribución a la fuente; carácter tutelar; informador; exoneración de responsabilidad; requisitos. **Daños y Perjuicios**: Lesión al honor: responsabilidad del informador; discurso conjetural; fuente; cartas de lectores; ratificación de los dichos por los autores; delitos y cuasidelitos; principio de congruencia; art. 1089 del cód. civil. **Daño Moral**: Injurias: presunción; difusión y trascendencia; irrelevancia; información agravante (CApel.CC Azul, sala II, septiembre 11-2018)..... 7

Hasta el momento, ello no es así.

Luego, si tenemos en cuenta la finalidad, esta es regular la actividad de las farmacias (no proteger el rol del farmacéutico como dicen algunos), tampoco existiría alteración en incluir a las sociedades anónimas.

Si se incluyó en el año 1992 la sociedad en comandita simple con un socio capitalista y un socio farmacéutico que posee la dirección técnica, no existe razón jurídica alguna para excluir a las sociedades anónimas que cuenten con un farmacéutico como director técnico (en el directorio de la sociedad) a los efectos de participar en la actividad farmacéutica.

Si realmente lo que se busca es proteger al farmacéutico, la pasada inclusión de las sociedades en comandita simple terminó siendo más gravosa que el caso de las sociedades anónimas, ya que, en las primeras, tal como se expuso, los farmacéuticos responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas y, a su vez, como surge de la publicación citada, en muchos casos los farmacéuticos terminaron siendo “empleados” de los socios capitalistas.

Contrariamente, en las sociedades anónimas se responde hasta el límite del capital aportado. Esto, *a priori*, es demostrativo de que no existe justa razón para excluir a las sociedades anónimas y mantener en el articulado a las de comandita simple.

Luego, si nos atenemos a leyes análogas, como la citada ley de Córdoba, se adopta un criterio amplio, abierto a que cualquier persona física o jurídica, siempre que cuente con un director técnico como farmacéutico, pueda ser propietaria de farmacias. Idéntica solución adoptan numerosas provincias de nuestro país.

Finalmente, los principios que surgen de los tratados de derechos humanos y que inspiran los valores jurídicos son, por ejemplo:

Art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Libertad de Asociación. “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

Art. 6º del Protocolo Adicional a la CADH. Derecho al Trabajo. “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

Y, finalmente, claro está que nuestra Constitución Nacional protege como derecho fundamental, en su art. 14, el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita.

Por lo que, aplicando todos los criterios de interpretación de las leyes que surgen del art. 2º del cód. civil y comercial citado, no existiría razón jurídica alguna para no permitirle a las sociedades anónimas, que cuenten con un director técnico farmacéutico, la habilitación para ser propietarias de farmacias.

Los derechos humanos, como son el derecho a trabajar y ejercer industria lícita, no deben interpretarse restrictivamente, por cuanto cualquier limitación a estos efectuada sin razonabilidad alguna es inconstitucional.

La interpretación amplia de los derechos humanos involucrados implica también la titularidad de los derechos que el intérprete debe extender cuanto sea posible al universo de los sujetos titulares, de modo tal que lleguen al mayor número de personas su protección.

Se suma a ello uno de los principales argumentos que cobra fuerza en esta cuestión y que surge del dictamen de la procuradora doctora Laura Monti en la causa iniciada por la empresa Farmacity contra la Provincia de Buenos Aires⁽⁴⁾, en referencia a que las provincias se ven imposibilitadas de legislar respecto a la capacidad de las personas. Toda vez que tal competencia pertenece a nuestra legislación de fondo.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires recientemente ha dictaminado que la facultad de reglamentar derechos no implica prohibirlos a punto tal de eliminarlos⁽⁵⁾.

En concreto, de tal sentencia surge que “reglamentar no es prohibir, sino establecer condiciones para determinada actividad, en forma que esta pueda cumplirse mediante el acatamiento de los requisitos administrativos de forma

que el reglamento impone por razones de policía” (Fallos: 288:240).

En el presente, la tan intensa reglamentación de la actividad con su posible ratificación por la legislatura bonaerense, de sancionarse el mencionado proyecto de ley que dio comienzo a este trabajo, implicaría la clara anulación del derecho humano a trabajar y asociarse para fines lícitos que poseen las sociedades anónimas, en el caso, a través de la propiedad de farmacias en el ámbito bonaerense.

Nuestra Corte Suprema ha dejado sentado que para la interpretación hay que buscar la definición de los conceptos normativos, la ponderación gramatical resultante de las palabras utilizadas en el precepto lógico, acudiendo, asimismo, al método sistemático que aprehende el vínculo íntimo que liga las instituciones y las reglas de derecho en una vasta unidad.

Por encima de cualquier posición de mercado se encuentran las normas y los valores jurídicos en el ámbito de un Estado de derecho, por tanto, de existir una posición dominante o potenciales monopolios con la introducción de sociedades anónimas, lo que se debe hacer es regularlos o controlarlos, tal como manda el art. 42 de nuestra CN, y no vulnerar, incluso anular, los derechos humanos involucrados y la capacidad jurídica de este sujeto de derecho.

Tal como se venía exponiendo, las reglas de derecho se interpretan teniendo en la mira su vasta unidad.

Así, las normas civiles y comerciales, normas y jurisprudencia de derecho administrativo y, finalmente, normas de derecho internacional que aquí fueron citadas nos indican que no existe razón jurídica válida para excluir a las sociedades anónimas y anular su capacidad en el ámbito bonaerense para ser propietarias de farmacias, esa es la necesaria implicancia de las normas involucradas, así como también de lo equitativo, siguiendo la lógica de lo razonable que nos enseñó el maestro LUIS RECASENS SICHES y que se espera sea debidamente considerada por el Senado de la Provincia de Buenos Aires al momento de tratar el proyecto en cuestión.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - COMERCIO E INDUSTRIA - SALUD PÚBLICA - MÉDICO - MEDICAMENTOS - OBRAS SOCIALES - MEDICINA PREPAGA - FARMACÉUTICOS - PROFESIONES LIBERALES - ASOCIACIONES PROFESIONALES - SOCIEDADES - SOCIEDAD COOPERATIVA - PROVINCIAS - LEY

JURISPRUDENCIA

Trabajo:

Empresas de transporte público de pasajeros: política de contratación de choferes; discriminación por género; cese; planta de choferes; personal femenino; cupo; establecimiento.

Amparo: Procedencia.

1 – *El contexto normativo supranacional, constitucional y legal exige ordenar el cese inmediato de la conducta discriminatoria por parte de las empresas de colectivos demandadas, en cuanto no cuentan en su planta de choferes con personal femenino, y disponer acciones positivas tendientes a asegurar la igualdad real de oportunidades de las mujeres para acceder a los puestos de conductoras del sistema de transporte público de pasajeros. Para lo cual corresponde establecer un cupo equitativo y razonable que permita dejar atrás la inícia e intolerable desigualdad producida por la discriminación de género llevada a cabo por las accionadas, mediante la aplicación analógica de la pauta objetiva establecida en materia sindical en la ley 25.674.*

2 – *El establecimiento de un cupo que garantice una participación proporcional mínima de mujeres en la planta de choferes de las empresas de transporte público de pasajeros compatibiliza con la libertad de contratar de las empresas, reconocida en el art. 14 de la CN, la cual debe ser ejercida en forma razonable y, por ello, no puede oponerse, de manera infundada y arbitraria, a la garantía de igualdad sustentada en la Carta Magna, tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y normas legales que proscriben terminantemente la discriminación. En consecuencia, debe permitirse, por un lado, que toda mujer que reúna los requisitos para desempeñarse como chofer de colectivo pueda tener la oportunidad real de ingreso y, por el otro, que las empresas contraten a cualquier mujer que deseen incorporar como chofer, en la*

medida que reúna los mismos requisitos de admisibilidad que se exigen para contratar conductores de sexo masculino.

3 – *Cabe hacer lugar a la acción de amparo individual deducida por la actora para asegurar condiciones de acceso al empleo no discriminatorias y ordenar a las empresas de transporte público de pasajeros demandadas que consideren la postulación de aquella en la próxima vacante como chofer; oportunidad en la cual, a la hora de evaluar su idoneidad, deberán aceptar o rechazar su postulación conforme a criterios objetivos y razonables ajenos a toda discriminación por género. R.C.*

59.979 – CNTrab., sala II, octubre 11-2018. – B., É. c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/acción de amparo.

En la ciudad de Buenos Aires, el 11 de Octubre del 2018, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

La Dra. Graciela A. González dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora, obrante a fs. 685/697, que mereció las réplicas de los coaccionados, el Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; Transporte Escalada SAT y, en forma conjunta, Transportes Avenida Bernardo Ader y Los Constituyentes S.A.T., las cuales lucen agregadas a fs. 699/703; fs. 704/706 y fs. 707/711, respectivamente.

En atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas, a fs. 715, se requirió la opinión de la Fiscalía General, que se expidió mediante el Dictamen Nro. 83.079 del 17/09/2018, obrante a fs. 764/768, cuyos términos se comparten en forma parcial.

II. Encontrándose las actuaciones en esta Alzada, a fs. 717/751, se presentó la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) como “amigo del tribunal” para “... defender el derecho constitucional de igualdad ante la ley y a no ser discriminada por razón del género...” y, luego, a fs. 754/762 y fs. 769/783, invocaron idéntica calidad de *amicus curiae* el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), respectivamente.

En consecuencia, con carácter previo al análisis de las cuestiones sometidas a conocimiento de este Tribunal, cabe examinar la admisibilidad y, eventualmente, la pertinencia de tales presentaciones.

Al respecto, considero necesario señalar que la institución del *amicus curiae* –vocablo latino que significa “amigo de la corte”– originada en el derecho romano, facultaba al juez para pedir el consejo a un experto. En su primigenia configuración era, verdaderamente, un “amigo del tribunal”; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte e, incluso, peticionar ante los jueces. La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más que la de asistir a los magistrados en casos de dudas y/o salvarlos del error. No obstante, tal como lo destaca Borda, en el derecho anglosajón, el instituto del *amicus* se transformó en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc. por el *amicus curiae*: lo cual motivó en Estados Unidos de América la sanción de la Rule 37 of the Supreme Court of the United State – *Brief of an Amicus curiae*– (véase, Borda, Guillermo J., *El amicus curiae*, págs. 172/173 y, asimismo, Sola Juan Vicente, *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, Buenos Aires: ed. La Ley, 2015, págs. 264/269).

Sin embargo, en nuestro país, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula la intervención de terceros ajenos a las partes en el art. 90 y sgtes., sin que allí se encuentre reglamentada la intervención como “Amigos del Tribunal”. El legislador nacional aunque previó la figura para ciertas situaciones especiales, éstas no tienen que ver con la cuestión que aquí se dirime (cfr. arts. 7º de la ley 24.488 y 18 de la ley 25.875). A su vez, si bien el Alto Tribunal reguló el instituto del *amicus curiae*, por primera vez en el año 2004, mediante la Acordada Nro. 28, y, actualmente, en la Acordada Nro. 7/2013, no es menos cierto que la presentación que, en tal calidad, pueden efectuar las personas físicas o jurídicas que no son parte en el pleito, es ante la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación

[4] CS, 118/2017/RH1, “Farmacity S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/prelación anulatória-recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

[5] SC Buenos Aires, I. 74.078, “Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c. Municipalidad de General Alvarado s/inconstitucionalidad Ordenanza 220/15”.