

Título: Farmacity: el thema, ¿es el tema?

Autor: Urristi, Ramiro

Publicado en: RDA 2018-118, 03/08/2018, 724

Cita: TR LALEY AR/DOC/3213/2018

I. Introducción

Todo comenzó en el año 2011, cuando Farmacity, una sociedad anónima que explota de forma corporativa una cadena de farmacias, solicitó una habilitación para operar en la provincia de Buenos Aires.

En esa oportunidad, la empresa pretendió, por un lado, una declaración genérica que establezca la posibilidad de operar en el ámbito de la provincia, siendo que su característica, en su esencia ideal, es ser una SA y, por otro, una habilitación concreta para operar en el distrito de Pilar.

La respuesta del Estado provincial se produjo a través de la res. 35/2012, la disposición 1699/2011 y la nota 1375/2012, actos administrativos del Ministerio de Salud provincial, que fueron emitidos en sentido adverso a las pretensiones esbozadas.

El ministerio de salud de la provincia es un órgano de la administración pública provincial cuya misión es gestionar las cuestiones que se le presenten en el ámbito de la salud, conforme los parámetros que establecen las leyes que regulan las diferentes cuestiones atinentes a dicho ámbito.

En ese sentido, la ley 10.606 [\(1\)](#) es la norma legal que regula en materia de actividades farmacéuticas y, con relación a la habilitación de farmacias, establece requisitos específicos dados en función de la salubridad, el control de la actividad y la regulación de la profesión farmacéutica.

Precisamente, la ley establece de forma taxativa quienes pueden explotar establecimientos farmacéuticos. En términos generales, pueden hacerlo las personas físicas que sean profesionales en el rubro farmacéutico, con título universitario habilitante; determinados tipos de personas jurídicas siempre y cuando sus integrantes sean profesionales con título universitario habilitante; establecimientos hospitalarios del sector público y obras sociales, en este caso para prestar servicios a sus afiliados [\(2\)](#).

La enunciación cerrada del art. 14 no incluye a las sociedades anónimas y el fundamento y esa exclusión no ha sido un descuido. Los fundamentos del proyecto de ley luego sancionado establecen "El proyecto de ley... trata de reivindicar la profesión universitaria farmacéutica con todas las implicancias que tal actividad trae aparejada y que, lamentablemente, normativas inspiradas por intereses de sector habían relegado a un plano menos trascendente... Es así que el proyecto de referencia sitúa al quehacer farmacéutico en su verdadera dimensión fáctica y jurídica de 'servicio público', con las características generales y particulares que le son propias, tendiendo a su eficiencia, generalidad, regularidad y continuidad del mismo, mediante los controles que el Estado, por intermedio de la autoridad sanitaria debe ejercer cumpliendo sus facultades de policía administrativa de fiscalización y control dentro del marco de referencia de las acciones de salud, uno de cuyos efectores es la farmacia de relevante importancia para la prevención y curación de las enfermedades... Del articulado del anteproyecto se desprende el carácter eminentemente profesional del ejercicio de la farmacia, desagregando toda connotación de carácter meramente mercantilista y por lo tanto espurio, a que ha sido sometida en los últimos años tan antigua y benemérita profesión" [\(3\)](#).

Los fundamentos reflejan el pensamiento de los representantes legítimos del pueblo de la provincia de buenos aires, en un gobierno democrático, en una época [\(4\)](#) en donde la actividad que actualmente desarrollan los fondos de inversión no era la que hoy es. Volveremos luego sobre estas consideraciones.

Al rechazar la provincia la solicitud de Farmacity, la empresa inició actuaciones judiciales para obtener una declaración de nulidad de los actos administrativos.

¿Qué expresó como fundamentos de su pretensión? En primer orden esgrimió que la ley provincial, al no incluir a las S.A., vulnera preceptos federales presentes en la Constitución Nacional en normas afines.

Con relación a la Constitución Nacional se agravia por vulneración a la garantía del art. 14, derecho a trabajar; art. 16, garantía de igualdad, al sentirse discriminada; art. 28, principio de razonabilidad; art. 75, inc. 12, facultad del Congreso para dictar normas de fondo, por entender que la ley provincial al establecer quienes pueden ser

dueños de farmacias regula sobre la propiedad; inc. 13, facultad del Congreso para regular el comercio; inc. 18, cláusula de la prosperidad por la cual la nación puede inmiscuirse concurrentemente con las provincias en determinadas temáticas en función del bienestar general; arts. 121 y 126, que establecen que la nación ejercerá el poder delegado por las provincias y estas se abstendrán de ejercer todo aquello que haya sido delegado a la nación para posibilitar la unión nacional.

Con relación a las normas infraconstitucionales pertinentes, cita al decreto de necesidad y urgencia 2284/1991 de desregulación económica, cuyo art. 13 establece que "[c]ualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza, podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización".

Esta norma dictada por el gobierno nacional fue adherida a la normativa provincial a través del decreto del PE provincial 3942/1991, el cual no es un decreto de necesidad y urgencia, sino que su naturaleza es la de reglamento. Esto tiene particular relevancia dado que el decreto nacional, al ser un decreto de necesidad y urgencia, participa de la jerarquía de las normas legales en sentido formal, mientras que el decreto por el cual los preceptos de ese DNU se incorporan al orden local, al ser un simple acto administrativo del Poder Ejecutivo, posee una jerarquía inferior a una norma legal en sentido formal. Más adelante atenderemos los efectos de esta distinción.

Al recibir la demanda, el estado provincial, citó al colegio de Farmacéuticos de la Provincia, como tercero coadyuvante.

Estado Provincial y el Colegio de Farmacéuticos al contestar, argumentaron que la ley provincial tiene por objeto dar preeminencia al derecho a la salud por sobre cualquier ánimo de especulación y lucro; que la adhesión al decreto de desregulación no importa derogación de normas locales, que mantienen plena vigencia; y que la regulación de farmacias integra el poder de policía provincial no sólo por vincularse con el ejercicio de una profesión liberal, sino también por hallarse en juego razones de salubridad pública.

La Jueza de primera instancia, rechazó la demanda. Para así decidir, sostuvo que la limitación del art. 14 de la ley 10.606 "encuentra basamento en el carácter de servicio público impropio que posee la actividad farmacéutica... en virtud de tal circunstancia la provincia, en ejercicio de poder de policía sanitario, que no ha sido delegado al gobierno nacional, posee atribuciones para regular y controlar dicha actividad".

Asimismo, indicó que el orden taxativo del art. 14 resulta razonable y adecuado a los fines que persigue, por cuanto pretende individualizar a quienes ejercen la profesión de farmacéutico y así delimitar eventuales responsabilidades por la prestación del servicio. En las sociedades anónimas el capital prevalece sobre el factor humano, concluyó.

La decisión fue apelada y la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, confirmó el pronunciamiento de primera instancia.

Al respecto reiteró los argumentos del juez preopinante y agrego que no podemos considerar que estemos ante facultades concurrentes entre la nación y la provincia pues no se configuran circunstancias relativas al bienestar general, en los términos del art. 75, inc. 18, sino que se halla en discusión el ejercicio de la profesión de farmacéutico, cuya reglamentación es de indudable competencia local.

La causa llegó a la Suprema Corte local vía recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el cual fue rechazado.

Para así decidir sostuvo la razonabilidad de la enunciación taxativa de la normativa provincial en cuanto a quienes pueden ejercer la profesión de farmacéutico; luego expuso que la adhesión al decreto nacional de desregulación no implica una derogación directa de norma provincial alguna; también aseveró que la ley 10.606 delimita la modalidad del ejercicio profesional, atribución que pertenece a los poderes locales; descartó que 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, determina las condiciones exigidas para poder desarrollar la actividad, que requiere habilitación expresa; 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.

Ante esa solución, Farmacity planteó un recurso extraordinario que le fue denegado y en consecuencia planteó la queja que lo llevó a consideración de la Procuración de la Corte Suprema.

Al fundar el recurso, Farmacity agregó que, al adherir a la norma nacional, los artículos de la ley provincial —sancionada 4 años antes— quedan derogados y que la regulación sobre la propiedad es una facultad exclusiva del gobierno federal. Asimismo, dijo que la seguridad sobre los medicamentos se encuentra debidamente resguardada por la figura del Director Técnico (5), actor obligatorio para todo emprendimiento farmacéutico (6).

Interpuesta la queja, la cuestión llega a manos de la Procuración de la Corte Suprema, organismo que emite un dictamen obligatorio, pero no vinculante, previo a toda sentencia que emite el máximo tribunal del país.

El dictamen de la Procuración comienza contando que en el ámbito nacional existe la ley 17.565 (7) que regula lo atinente a las farmacias y el que con la entrada en vigor del dec. 2284/1991 algunos artículos de esa norma quedaron derogados (8).

No obstante lo anterior, se ocupa de reseñar que, ante la incertidumbre generada por una eventual derogación tácita, en el año 1999 —habiendo cumplido 8 años de vigencia el decreto— el PE Nacional dictó el dec. 240 por el cual se determinó en forma expresa cuales eran los artículos derogados de la ley nacional de farmacias, la cual había sido dictada por el gobierno de facto del militar Juan Carlos Onganía (9).

Luego, cita textual al art. 14 de la ley 10.606 y advierte que las SA no están incluidas en el texto legal. También trae al análisis el art. 3º de la mencionada ley el cual impone límites para la habilitación de farmacias tomando en cuenta criterios de población —cantidad de habitantes— y de ubicación —debiendo estar a más de 300 metros una farmacia de otra (10)—.

A continuación, se dispone a delimitar el thema decidendum estableciendo que el mismo versa sobre si corresponde a la nación o si corresponde a las provincias regular sobre la propiedad de las farmacias.

Cita doctrina legal de la Corte con relación a lo establecido en el art. 75, inc. 12, respecto a que la legislación de fondo es una competencia del Congreso Nacional, y la integra con el art. 31 establece la supremacía de la Constitución Nacional y las leyes nacionales por sobre todo tipo de normativa local en alusión al principio de la unidad de legislación común.

Continúa diciendo que la regulación provincial sobre la titularidad de las farmacias se vincula con la capacidad de las personas humanas y las jurídicas para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuestión ajena al derecho local por haber sido delegada por las provincias al gobierno nacional.

Por ese motivo, entiende que se ha configurado un caso de anticonstitucionalidad de la ley 10.606, por cuanto la misma regula sobre la capacidad de las personas en lugar de abocarse a legislar sobre la habilitación de los establecimientos y el contralor de la matrícula de los profesionales, materias que sí son de su facultad.

Agrega a manera de obiter dictum y con cita a antecedentes, que las provincias le delegaron a la nación la potestad de regular sobre temas de fondo (11) y si las provincias intervienen en los temas delegados la facultad para dictar los códigos de fondo se vería resumida a una mera formula constitucional, sin contenido.

Finaliza resaltando la vigencia del dec. 2284/1991, cuyo contenido tiende a desarrollar el mercado a través de la desregulación de las actividades y, en especial, en materia de farmacias con el fin de "abaratar los precios de venta al público": Esta norma —dice— resulta operativa sin más en todo el ámbito nacional, aún si las provincias no han adecuado las leyes locales a su contenido.

Por el momento, el dictamen de la procuradora es el último acto jurídico emitido con relación al caso Farmacity, ahora queda esperar a que la Corte emita su decisión. ¿Qué hará?

Bueno, habiendo hecho una síntesis del estado de situación hasta el momento, nos adentraremos a tratar los aspectos jurídicos que consideramos centrales en el presente caso para luego concluir con nuestra opinión.

II. Análisis exegético

La primera cuestión que corresponde analizar es cuales son las normas aplicables y cuál es la vigencia de las normas aplicables. En otras palabras, caminaremos por el sendero del análisis exegético.

Bajo esta visión, el caso se centra en una limitación existente en la ley de farmacias de la provincia de buenos

aires, para que un establecimiento farmacéutico sea explotado por un tipo específico de sociedad comercial, precisamente la Sociedad Anónima (12).

Como hemos visto, la Ley de Farmacias no es la única norma en juego, dado que, con posterioridad a su entrada en vigor, la provincia adhirió a la normativa nacional relativa a la desregulación económica.

La mencionada norma nacional, el dec. 2284/1991 es un decreto de necesidad y urgencia y por tal naturaleza participa de la jerarquía que el ordenamiento jurídico les otorga a las leyes en sentido formal y material. Podríamos decir que es una ley en sentido material (13).

La normatividad de ese decreto pasa a ser parte del ordenamiento jurídico provincial mediante la adhesión a esa norma que la provincia realizó con el dec. 3942/1991. Este acto jurídico no tiene la naturaleza de ser un reglamento de necesidad y urgencia, sino que es un acto, dictado en acuerdo general de ministros, que tiene la naturaleza de reglamento autónomo.

Recopilando, tenemos una ley provincial, un decreto de necesidad y urgencia nacional y un decreto provincial por el cual ese DNU se incorpora al derecho local.

El principio de paralelismo de las formas indica que una norma puede ser modificada o derogada por una norma de igual naturaleza y jerarquía.

Dicho principio es lo que hace que el Derecho del Estado Constitucional sea un ordenamiento y no un amontonamiento de normas (14). Una norma jurídica tiene que ser dictada por un órgano siguiendo un determinado procedimiento y únicamente puede ser modificada o derogada por ese mismo órgano y con el mismo procedimiento (15).

Entonces, estamos ante una situación en la cual, el gobierno provincial no puede derogar una ley formal del ordenamiento jurídico de esa provincia, sancionada por el poder legislativo, mediante el procedimiento para la sanción de las leyes, a través de un decreto del poder ejecutivo, emitido bajo el procedimiento para dictar reglamentos autónomos.

En tal sentido podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cuál es el efecto de la adhesión entonces?

Consideramos lógico entender que la provincia puede incorporar al ordenamiento jurídico local contenido normativo nacional a través de un decreto, pero ese contenido estará vigente en la medida que no se contradiga con el contenido normativo propuesto por normas de rango superior al reglamento de adhesión.

En otras palabras, por imperio del principio constitucional de paralelismo de las formas, el cual se funda esencialmente en la división de poderes, solo estará vigente en el ámbito de la provincia aquel contenido del decreto de necesidad y urgencia referido a la desregulación económica, que no contradiga ningún precepto presente en normas provinciales de rango legal. Para ser claros, entendemos que la norma presente en el art. 13 del dec. 2284/1991 (16), no integra el ordenamiento jurídico bonaerense por estar en expresa contradicción con los arts. 3º (17) y 14 (18) de la ley 10.606, siendo que esta última norma legal ostenta una jerarquía superior al reglamento autónomo por el cual el decreto de desregulación económica se incorporó al ámbito provincial.

Y a propósito del mencionado art. 13 del DNU desregulatorio, nos permitimos expresar la siguiente duda: si, como lo entiende la procuración, la provincia hubiese obrado de forma extralimitada, dado que la ley que creo invade competencias federales para regular la propiedad, ¿no estaría haciendo lo mismo el gobierno nacional al regular por un decreto de necesidad y urgencia una temática de exclusiva potestad reglamentaria de los gobiernos locales? En otras palabras, ¿de la mera lectura del art. 13 del dec. 2284/1991 no sería lógico entender que el mismo es inconstitucional por influir en el poder de policía local al regular algo que resulta ajeno a su competencia normativa?

A continuación, y habiendo ya abordado el caso desde el análisis normativo exegético, proponemos adentrarnos en la temática central del caso que nos ocupa que no es otra que la decisión de si la ley de farmacias bonaerense es anticonstitucional o no.

Pero antes de ello, haremos una breve mención a los métodos por los cuales cada órgano judicial decide las contiendas que llegan a su sede.

III. Métodos para la toma de decisión en la función jurisdiccional

Como sabemos, cada órgano jurisdiccional, tiene diferentes métodos para analizar las situaciones fácticas y jurídicas con el fin de encontrar soluciones a las controversias trabadas en cada uno de los casos que les toca resolver.

Una de las primeras teorías utilizadas fue la que establecía que en cada controversia judicial está presente un conflicto de los derechos que cada parte ostenta ante el órgano judicial para lo cual una tarea útil ha resultado ser la jerarquización de los derechos en pugna (19).

Durante muchos años se aplicaron esas técnicas para la resolución de conflictos judiciales, pero en no pocas oportunidades resultaban ser insuficientes para dotar de justicia a los casos que se presentaban y fue así como surgió la teoría del Balancing Test (Test de balanceo) (20) que consiste básicamente en ponderar o contrapesar los bienes jurídicos en pugna, de acuerdo a las circunstancias del caso, para determinar "cuál pesa más y cual debe rendirse" (21).

Luego, podemos encontrar el método que pretende entender cuál es el "Contenido esencial" de cada derecho por el cual se entiende que los derechos no compiten, sino que coexisten y que la correcta interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción (22).

Dicho método implica una interpretación hermenéutica (23), la cual indica que, para determinar el contenido esencial de cada derecho se requiere especificar el fin o fines que tiene; quien es el autor del derecho; quien debe respetar o dar efecto a ese derecho; cuál es el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de ese derecho; cuales son las condiciones en las que el titular pierde ese derecho; que acciones tiene para proteger ese derecho y; que libertades y facultades de obrar tiene el titular del derecho, incluyendo la especificación de sus fronteras y el deber de no interferencia y adecuación a los derechos y libertades de los titulares de ese mismo derecho o de otros derechos reconocidos (24).

Siguiendo esas pautas y considerando el fin de cada derecho y de todos los derechos, que en definitiva es proteger al ser humano en orden a una vida digna, se dará por resultado derechos equilibrados, sin conflictos y limitaciones entre sí (25).

Bien, luego de las recientes consideraciones sobre las herramientas que un juez cuenta para resolver los asuntos que le llegan, debemos preguntarnos cuáles son los derechos presentes en el caso.

Por un lado, tenemos el derecho que expresa Farmacity, quien pretende trabajar en los términos del art. 14 de la CN y quien le advierte a la Corte que la autoridad que regula la actividad en el territorio donde quiere trabajar se portó mal.

Por otro, tenemos el derecho que expresa la provincia de Buenos Aires quien, al defenderse de tales acusaciones, expresa que su creación normativa es razonable y necesaria para regular las actividades profesionales que han de actuar en el ámbito de su territorio.

Si volcamos en un cuadro los mencionados derechos para ser diseccionados en los elementos del método de su contenido esencial, podríamos encontrar lo siguiente (26):

###INSERTAR DO_1958_2018_CUADRO

Entonces, si el análisis lo hacemos de acuerdo con la consideración de cada una de las posiciones con relación al contenido esencial del derecho que proponen, ¿cuál sería la solución del caso?

Juguemos con lo siguiente. En caso de notificarle una decisión adversa a cada parte, ¿tiene la misma gravedad institucional decirle a un particular que sus derechos no son ilimitados y que se incursiona en una actividad profesional específica hay límites que respetar, que decirle a un Estado que su potestad regulatoria solo puede ser ejercida si no toca ninguna otra regulación, de ningún tipo y naturaleza?

Si bien, consideramos que no está demás darle contenido a la decisión que arribará la Corte en caso de tener que decidir la cuestión del caso y por ese motivo consideramos conducente incorporar diferentes perspectivas en cuanto a los métodos que el poder judicial puede utilizar para decidir, no vamos a proponer una solución bajo estas premisas. Anhelamos que sean llamados a la reflexión para el lector, quien podrá emitir sus propias conclusiones

al respecto.

A continuación, abordaremos un aspecto que no ha sido tratado en ninguna etapa del proceso judicial que Farmacity decidió emprender.

IV. Nuestra opinión sobre el verdadero thema decidendum del caso

Si intentamos tomar distancia de los hechos relatados en las sentencias del caso y el derecho que se ha entendido adecuado aplicar, en ambos sentidos, o sea, a favor o a desfavor de la pretensión de la parte actora, pensamos que en el presente caso existe cierta tensión entre varios mundos.

La tensión entre el mundo del libre comercio y el mundo de las profesiones universitarias no es nuevo y, lo regulado muchas décadas atrás, en el ámbito bonaerense, respecto de la actividad farmacéutica, tomó un giro contundente con la nueva regulación dada en la década de los años 80 del siglo XX. Pasamos de tener una regulación liberal a tener una regulación precisa y celosa de la actividad profesional, a través de la cual se protegía a esta de toda influencia mercantilista.

Lo que resulta novedoso en el esquema del caso actual es la presente realidad del fenómeno de los fondos de inversión y su incursión en todo tipo de actividades. Evidentemente estamos ante una controversia que involucra tres mundos: las profesiones universitarias liberales, el comercio y las finanzas corporativas.

En tal sentido, entendemos que el verdadero thema decidendum del caso versa sobre el valor que le atribuimos a la potestad reglamentaria de los gobiernos locales para definir aspectos centrales del poder de policía ante una realidad novedosa, como lo es la penetración de entidades financieras corporativas en mundos que tiene regulaciones específicas, más allá de las genéricas garantías del ejercicio del trabajo y del libre comercio.

V. Los Fondos de Inversión

Hoy en día, inversores de toda naturaleza deciden confiar sus activos a fondos que reúnen cantidades inmensas de activos financieros e incursionan en actividades de todo tipo y naturaleza. Resulta difícil pensar hoy en día una actividad que no pueda ser nutrida financieramente para dotarla de contenido, vida y respaldo económico.

Resulta algo usual hoy que un emprendedor decida compartir los frutos de su idea con un inversor que dotará de recursos a su start up [\(27\)](#), con el fin de obtener una cuota parte de los dividendos que su proyecto genere, si la idea es exitosa.

En ese contexto han surgido diversos roles al momento de financiar ideas o proyectos. En primer orden están las denominadas "3 F" por sus siglas en inglés [\(28\)](#), que identifican a los inversores de mayor proximidad, que serían la familia, los amigos y los "locos" que invierten en la idea de alguien que aún no ha probado su modelo de negocios [\(29\)\(30\)](#).

También existen los "Inversores Ángel", que son personas cuya actividad, en este rol, es alimentar emprendimientos con fondos propios. El término "ángel" o "business angel" se refiere a inversores que dan soporte a empresas en sus primeras etapas de crecimiento o start-ups, y lo hacen aportando "plata inteligente" o "smart money", ya que, dado que son personas con amplios conocimientos, experiencia y capital social, agregan un valor adicional al estrictamente financiero a los emprendimientos con alto potencial de crecimiento en los que invierten [\(31\)](#).

Luego existe la figura de los Fondos de Inversión, también conocidos como Venture Capital Funds (Fondos de Capital de Riesgo), cuya lógica es la inversa a la descrita en los anteriores roles. Lo predominante en estas entidades es la captación de activos para constituir un fondo, el cual puede luego realizar una o varias inversiones en áreas diversas.

La industria de capital de riesgo viene a llenar parte del vacío de financiamiento tradicional que enfrentan los emprendimientos, conocido como la "brecha de capital" o "brecha de financiación", que suelen enfrentar las empresas nacientes en los estadios de expansión y alto crecimiento. Si queremos traducir esta brecha en un monto de inversión, podríamos decir que los emprendimientos que enfrentan necesidades de financiación equivalentes a un rango de entre USD 500.000 y USD 3.000.000, se enfrentan a esta imposibilidad de financiarse en los canales financieros tradicionales [\(32\)](#).

Volviendo al caso que nos convoca, resulta pertinente traer a colación que Farmacity SA es una empresa que fue fundada por cuatro personas, Alejandro Quantin, Guillermo Bustos, Woods Staton (33) y Mario Quintana (34). Los últimos dos, a su vez integraban el fondo de inversión Pegasus, empresa que compró Farmacity y en el caso de Staton y Quintana se dio la extraña situación de ser vendedores y compradores al mismo tiempo.

Pegasus (35) es un fondo de inversión de capitales locales y extranjeros, con base en Delaware (36), que en la Argentina tiene inversiones en diferentes áreas, tales como, comercio minorista, real state, industria, tecnología sector financiero, entre otros (37).

Entre las empresas más conocidas pertenecientes al grupo Pegasus están: Farmacity, Musimundo, Freddo, Aroma Café, MasNegocios, Mercadoni, Pampa Cheese, Score Security Technologies, Marketec Targeted Solutions, Grupo Alvher y Rucán y TOM (Tortugas Open Mall); entre otras inversiones y proyectos (38).

Un dato de color adicional relevante es que la empresa Farmacity comenzó sus actividades con una inversión inicial de US\$ 40.000.000 y que su valor actual (39) es de al menos US\$ 500.000.000 (40).

VI. La actividad financiera de privados en la conciencia social

La velocidad con la que la sociedad evoluciona genera una brecha entre aquellos que tienen la oportunidad de acceder al conocimiento de vanguardia y aquellos que no la tienen. Esto significa que, no solo no tenemos un debate público hoy en día sobre el impacto de la inclusión de los fondos de inversión en todas y cada una de las actividades de la sociedad, sino que no existen siquiera los elementos ideológicos que conduzca a los integrantes de la sociedad a dar ese debate.

Pero los máximos poderes del estado argentino tienen la obligación de ver esta realidad y de realizar un análisis sociológico ante una evolución tan dinámica y rauda de las costumbres y actividades humanas.

En muchas oportunidades el poder judicial ha elevado la cabeza para ver más allá del plexo jurídico, atendiendo especialmente a las circunstancias sociales que abrazaban los hechos (41).

Más aún, como nos ha contado Jonathan Miller, hay ejemplos importantes de tribunales que han perdido prestigio o poder o que han provocado confrontaciones políticas trágicas por falta de pensar en las circunstancias políticas de sus decisiones (42).

VII. Algunas apreciaciones

Ante ello podemos preguntarnos, si la Corte Suprema emite una sentencia basada en una lectura lineal del derecho, prescindiendo del contexto social que abraza la situación fáctica del caso. ¿Está ejerciendo bien su rol de juzgar? ¿Está fundando satisfactoriamente su decisión? ¿Está siendo justa al decidir?

Además, debemos recordar que luego de la Corte Suprema no queda camino por recorrer (43). Jorge Vanossi compartía sus reflexiones acerca de que "[a]unque la corte puede usar la justificación de que actúa como la guardiana del proceso político, siempre queda el problema de quien controla a la guardiana" (44).

Si la corte decidiese la contienda en los términos establecidos en el dictamen de la procuración y, para ello hiciese uso del método del test de balanceo entre las pretensiones esgrimidas por cada parte, estaríamos en una situación propia de lo que Fernando Toller ha dado en llamar "Derechos Príncipe y derechos cenicienta" (45), resultando ser el derecho a comerciar libremente un derecho príncipe y la potestad constitucional regulatoria y el consecuente derecho de ejercer una actividad profesional universitaria, derechos cenicienta.

Ahora bien, como hemos visto, si consideramos la cuestión desde el punto de vista del contenido esencial de cada derecho, la visión se amplía.

La Corte tiene dos caminos, uno de ellos es decidir el caso bajo el estándar que propone la procuración, interpretación exegética y basamento en lo que se ha construido pretorianamente con relación a las potestades regulatorias de la nación y las provincias en el ámbito federal.

O un nuevo standard basado, en primer lugar, en que el verdadero thema decidendum tiene que ver con la penetración de un venture capital en el mundo de las profesiones liberales, haciéndose eco, a su vez, de que "el futuro, ya llegó" (46).

A propósito, uno de los principales jueces de la historia constitucional expresó: "Nunca debemos olvidar que

es una constitución lo que estamos interpretando y una constitución está concedida para proyectarse hacia el porvenir y, en consecuencia, para adaptarse a las distintas crisis de los asuntos humanos" (47).

En este punto, no es ocioso recordar que el propósito perseguido por el constituyente al conferir al Poder Legislativo Nacional la atribución de dictar las leyes que se denominan de "derecho común" no fue otro que el de lograr la uniformidad de las instituciones sustantivas o de fondo, salvaguardando al propio tiempo la diversidad de jurisdicciones que corresponde a un sistema federal de gobierno" (48).

La provincia regula una actividad profesional, materia que es de su exclusiva competencia. Regula sobre el desarrollo de todas las profesiones laborales porque ello es, en esencia, el ejercicio del poder de policía.

Miguel Marienhoff al respecto opinó: "El servicio de farmacia es uno de los que quedan sometidos a las normas de derecho público, las que "contrariamente a lo que ocurre en el derecho privado, son de subordinación del particular o administrado a la Administración Pública; de esto, a su vez, deriva la licitud o juridicidad de una serie de limitaciones que, en defensa del interés general, la Administración Pública puede y debe imponerles a quienes realicen esas actividades" (49).

La propia ley de farmacias en su art. 1º establece que "[f]armacia es 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".

La ley se limita a conferir la responsabilidad de una tarea técnica a quien se encuentra habilitado para ejercerla, asegurándose así la preeminencia de la protección del derecho a la salud, por encima de cualquier ánimo de especulación y lucro. En consecuencia, exige 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 farmacéutica.

VIII. Conclusiones

Por todo lo considerado en la presente publicación, entendemos que el presente caso pone a la Corte en una posición particular, puesto que su decisión no será una mera decisión basada en el derecho vigente en un caso concreto, sino que será la voz final en una situación fáctica que involucra al mundo jurídico, a la regulación sobre las profesiones liberales, a la libertad de trabajar y comerciar y al novedoso mundo de las finanzas corporativas que intervienen, prácticamente, en todas las actividades humanas que puedan generar lucro.

No nos corresponde presumir sobre cuál sería el sentido común social actual sobre el ejercicio de la profesión universitaria en materia de farmacias y la intervención de fondos de inversión en esa ciencia, pero nos aminoramos a decir que aún no se ha dado lugar a un debate sobre ello. Al menos no uno que brinde elementos a la Corte que permitan dar claridad sobre como impactan esas realidades en la sociedad de hoy en día.

Con ello no queremos decir que la Corte deba supeditar su decisión a un proceso de valoraciones democrático, sino que, simplemente, hay aspectos que hacen al caso que no han sido considerados y que sería responsable incorporar.

James Thayer, al evaluar el rol del poder judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, basado en que es posible que dicho poder anule un acto de otro poder, pero esa acción siempre es restrictiva, estableció la idea de que "[l]o que es racional y está basado en los valores comunes de la comunidad, es constitucional" (50).

Quizá el poder judicial deba intentar averiguar cuáles son los valores comunes de la comunidad en el caso.

A fin de cuentas, lo que la Corte Suprema decida, impactará para bien o para mal, en su prestigio como poder del Estado.

(1) Fuente: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/I-10606.html>.

(2) Art. 14: (Texto según ley 11.328) Serán autorizadas las instalaciones o enajenaciones de farmacias cuando la propiedad sea: a) De profesionales farmacéuticos con título habilitante. b) De Sociedades Colectivas o 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 estos 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, deberán individualizarse ante la autoridad sanitaria. El o 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, las que deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Una antigüedad mínima de cinco [5] años en su actividad social reconocida. 2. Que se obliguen a mantener la dirección técnica efectiva personal de un farmacéutico y lo establecido en el art. 24° de la ley 10.606, cuyas condiciones de trabajo y remuneración mínima se fijarán por el Colegio de Farmacéuticos. 3. Estas Farmacias estarán destinadas exclusivamente al servicio asistencial de los asociados o afiliados de la Entidad o Entidades que las instalen y de las personas a su cargo, cuya nómina y vínculo deberá consignarse en el carnet que lleva el beneficiario, salvo que existiere convenio de reciprocidad de servicios con otras Obras Sociales, Entidades Mutuales y/o Gremiales. 4. Estas Farmacias no podrán tener propósito de lucro y no podrán expender medicamentos y demás productos farmacéuticos a precio mayor que el costo y un adicional que se estimará para cubrir gastos generales y que fijará el Ministerio de Salud. 5. El Balance de estas Farmacias debe estar integrado en el Balance consolidado de la entidad propietaria. 6. Estas Farmacias en ningún caso podrán ser entregadas en concesión, locación o sociedad con terceros, sea en forma declarada o encubierta. Cuando se constatare la transgresión a esta norma se procederá a la inmediata clausura del establecimiento sin perjuicio de otras sanciones que puedan aplicarse según el caso.

(3) La cita comprende los párrafos pertinentes de los fundamentos.

(4) Estamos hablando de una norma lega sancionada en el año 1987.

(5) Aunque pueda resultar prematuro en el desarrollo, dejamos expresado en nota al pie nuestra opinión por la que entendemos que resultaría muy extraño al espíritu de la ley de farmacias local el rol de un director técnico en una entidad que no sería una pequeña o mediana empresa sino que sería una corporación dedicada al mundo de las finanzas. ¿Cuál sería el peso de la opinión técnica de quien en una entidad enorme sería tan sólo un empleado, ante las directivas de sus superiores cuyo fin esencial es la generación de riqueza?

(6) Ley 10.606, tit. IV (arts. 21 a 37).

(7) Ley sancionada el 5 de diciembre de 1967 y publicada en BO el día 12 del mismo mes, siendo el presidente Juan Carlos Onganía, Presidente de facto.

(8) Presumimos que la cita de una norma legal nacional que en nada guarda relación con el caso ha procurado ilustrar una analogía conducente a entender cómo debe interpretarse —según el criterio de la procuración— el juego que tiene el DNU desregulatorio con las normas que modifica, pero, en función a la honestidad intelectual, consideramos adecuado expresar que consideramos ese obiter dictum no revista utilidad alguna en el presente caso.

(9) No hubo una norma análoga en el ordenamiento jurídico de la provincia.

(10) Ley 10.606, art. 3°: "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 3000 habitantes por localidad, tomándose como base los datos arrojados por el último Censo Nacional de Población. En aquellas localidades de menos de 6000 habitantes se podrá habilitar una segunda farmacia cuando la población exceda los 4000 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".

(11) Como lo son, p. ej., los códigos sustantivos en materia penal o civil, entre otros cuerpos normativos.

(12) Ley 10.606, art. 14.

(13) SANTIAGO, Alfonso, "Régimen Constitucional de los Reglamentos Ejecutivos", IEDA, Estudios de Derecho Administrativo, vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

(14) PÉREZ ROYO, Javier, "El Paralelismo de las formas", Diario de Derecho www.iustel.com, edición del día 26/01/2005.

(15) Procuración de Tesoro de la Nación, Dictamen 106/95, t. 214, p. 34.

(16) El cual establece "Cualquier persona física o jurídica de cualquier naturaleza podrá ser propietaria de farmacias, sin ningún tipo de restricción de localización".

(17) Ver nota al pie 7.

(18) Ver nota al pie 2.

(19) TOLLER, Fernando, "La resolución de los conflictos entre los derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test", Eduardo FERRER MAC-GREGOR (ed.), Interpretación Constitucional, Ed. Porrúa, México, 2005, t. II, p. 1200.

(20) Este método surgió en Estados Unidos en la década del 30 del siglo XX, también utilizado en Alemania y España.

(21) ALONSO GARCÍA, Enrique, "La interpretación de la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, ps. 414 y ss.

(22) BIDART CAMPOS, Germán J., "Teoría General de los Derechos Humanos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 27.

(23) El derecho ha incorporado el término "Hermenéutica" de origen griego, para significar que el análisis que se realiza, supera el mero análisis exegético o, dicho de otro modo, mientras el análisis exegético se atiene a la literalidad de los textos, el análisis hermenéutico busca más allá de la mera literalidad para entender el verdadero sentido de lo analizado.

(24) TOLLER, Fernando "La resolución...", ob. cit., p. 1251.

(25) Ibidem, p. 1253.

(26) Aclaremos que no somos expertos en el tema y que la siguiente figura se incluye a modo de ilustración de puntos de vista no abarcados por ninguno de los órganos pre-actantes del proceso.

(27) "Start up" es una denominación universalmente aceptada para aquellas empresas que recién comienzan sus actividades.

(28) "Family, firends and fools".

(29) A este tipo de inversiones también se las ha llamado "Love Money" (Dinero amoroso) porque la inversión vincula a personas que tienen una relación personal.

(30) De TORRES CARBONELL, Silvia, "Fuentes de financiamiento para innovadores en Argentina: venture capital, inversores ángel, inversores institucionales" Bolsa de Comercio de Rosario, Revista Institucional nro. 1517, año CI.

(31) De TORRES CARBONELL, Silvia, ob. cit.

(32) Ibidem.

(33) Empresario Colombiano, ex-CEO de Arcos Dorados, la empresa más importante a nivel global en el desarrollo de franquicia de la cadena de comidas rápidas Mc Donalds.

(34) Hoy en día integrante de la administración pública nacional en el cargo de Secretario de Coordinación Interministerial de la Jefatura de Gabinete de la Nación.

(35) El fondo inicio sus actividades en la Argentina en el año 2000, siendo su presidente Mario Quintana, la inversión inicial fue de \$ 3.115.919. Datos obtenidos del edicto publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina, el 12 de octubre de 2000.

(36) Uno de los 50 Estados de los Estados Unidos de América, que se caracteriza por ser un gran centro financiero, con más de 200 mil empresas radicadas en su sede, dado los grandes beneficios fiscales que el estado les provee. Otro dato de color pertinente al caso es que el 79% del PIB del Estado está dado por los servicios, representando un 38% los servicios financieros (<https://es.wikipedia.org/wiki/Delaware>).

(37) Conforme lo expresó socio fundador de Farmacity, Mario Quintana, en el programa de radio "Lanata sin filtro" en Radio Mitre, AM 790, el día 21/05/2018.

(38) REVISTA APERTURA, "Los proyectos del grupo dueño de Farmacity y Freddo", edición web, sección Negocios, 27/03/2018 (<https://www.apertura.com/negocios/Los-proyectos-del-grupo-dueno-de-Farmacity-y-Freddo-20180326-0007.html>).

(39) Junio del año 2018.

(40) Idem, nota 36.

(41) La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en el caso "Roe vs. Wade" del año 1973, tuvo que resolver un tema relacionado al aborto en un contexto donde no existía un consenso social sobre los valores de la comunidad respecto de la temática a tratar (cita Fallo 410 US 113, 93 S. Ct 705, 35, 1973 - ED 2d 147). En Argentina la Corte Suprema tuvo que expedirse en una situación similar en el fallo "Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular" enmarcado en la libertad de expresión en donde se expresó que "[h]ay valores en la sociedad argentina que apoyan tanto al derecho al honor como a la libertad de expresión y no hay solución clara que se pueda extraer de la moralidad del pueblo en este caso" (ED 118-302).

(42) MILLER, Jonathan, "Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia" (ED 120:919), en referencia al caso "Dred Scott vs. Sanford" de 1857, basado en la temática de la esclavitud de la gente de color, a través del cual la Corte estrechó las posibilidades hacia un compromiso para evitar la Guerra Civil y daño la reputación de la Corte por más de medio siglo.

(43) Salvo en los supuestos de acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero no es aplicable al caso y excede la temática que estamos tratando.

(44) VANOSSI, Jorge, "Teoría Constitucional", 1976, t. 2, p. 119.

(45) TOLLER, Fernando - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.), "La resolución de los conflictos entre los derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test", Interpretación Constitucional, Ed. Porrúa, México, 2005, t. II, p. 1199.

(46) Frase popular surgente de la letra de la canción "Todo un palo" de la banda Patricio Rey y sus redonditos de ricota (<https://www.musica.com/letras.asp?letra=947740>).

(47) Palabras del Juez Marshall, en el caso "Mc Culloch vs. Maryland" 17 US, 316, 1819, citado por BULIT GOÑI, Luis, en "Chocobar: principios para un mejor futuro previsional", LA LEY 1997-B-247.

(48) Fallos 278:62.

(49) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 25.

(50) THAYER, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 1893, p. 43.