



“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAyT)”. EXPTE. N°37.185/0.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a 21 de noviembre de 2014, se reúnen en acuerdo los señores jueces de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fs. 256/262 vta. por la actora. Habiéndose practicado el sorteo de ley (artículo 239 del CCAyT), y conforme la integración del Tribunal resultante de la Resolución CM 447/12, corresponde observar el siguiente orden de votación: jueza Mabel Daniele y Dres. Esteban Centanaro y Fernando Enrique Juan Lima. Los señores jueces decidieron plantear y votar la siguiente cuestión: ¿es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada, la jueza **Mabel Daniele** dijo:

ANTECEDENTES:

1. A fs. 1/11 vta. se presentó el Dr. Andrés Gil Domínguez y, en nombre y representación de la Unión de Kiosqueros de la República Argentina (en adelante, la “Unión de Kiosqueros”), interpuso una acción meramente declarativa (artículo 277 del CCAyT) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, el “GCBA”), a fin de que se *“diluci[dara] la siguiente incertidumbre constitucional: ¿conculca la aplicación de la ley 26.567 –modificatoria del decreto–ley 17.565– en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la autonomía consagrada por el artículo 129 de la Constitución argentina habida cuenta que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no adhirió a dicha normativa o dictó una ley local que regule la materia?, con costas”* (destacado en el original).

1.1. En primer lugar, la Unión de Kiosqueros (a fin de contextualizar la incertidumbre planteada) realizó un resumen del marco regulatorio de la profesión farmacéutica desde la sanción del decreto-ley 17.565, particularmente respecto de la dispensa de drogas, medicamentos (incluidos los de venta libre) y especialidades farmacéuticas.

Conforme dicha norma (artículos 1 y 2), la dispensa se encontraba autorizada solamente en farmacias habilitadas y se consideraba ejercicio ilegal de la profesión su realización fuera de esos establecimientos.

A partir de la sanción del decreto 2284/1991 (ratificado por la ley 24.307) se autorizó la comercialización de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias (artículo 14) y de medicamentos en general en establecimientos comerciales que acondicionaran especialmente y habilitaran ciertos espacios para funcionar como farmacias (artículo 15).

La ley 26.567 modificó el decreto-ley 17.565 (sustituyó los artículos 1 y 2) y derogó los artículos 14 y 15 del decreto 2284/1991. Desde su entrada en vigencia, la dispensa de drogas, medicamentos (incluidos los de venta libre) y especialidades farmacéuticas se encuentra autorizada, en todo el territorio nacional, solamente en

farmacias habilitadas. El legislador nacional previó, asimismo –y especialmente–, el expendio personal “en el mostrador”, por farmacéuticos o personas autorizadas, de los medicamentos de venta libre.

El nuevo texto legal mantuvo la consideración como ejercicio ilegal de la profesión de la realización de la dispensa fuera de esos establecimientos.

1.2. En segundo lugar, la actora describió las distintas alternativas locales (en su opinión, igualmente válidas) de regulación de la profesión farmacéutica, particularmente respecto de la dispensa de medicamentos de venta libre.

En este orden de ideas, existirían distintos grupos de provincias: (i) aquellas que habrían adherido expresamente al decreto-ley 17.565 y la habrían prohibido fuera de las farmacias; (ii) aquellas que habrían dictado normas locales en sentido idéntico al anterior; (iii) aquellas que habrían adherido expresamente al decreto 2284/1991 y la habrían permitido fuera de las farmacias; y (iv) aquellas que habrían dictado normas locales en el último sentido indicado.

La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “MCBA”) habría aplicado sucesivamente el decreto-ley 17.565 y el decreto 2284/1991 sin que mediara adhesión expresa debido a su *status* jurídico.

El GCBA, posteriormente, habría continuado aplicando el decreto 2284/1991 sin que mediara una decisión expresa (administrativa o legislativa) al respecto.

Así, en el territorio de la ciudad y al amparo del marco regulatorio citado, los kioscos habrían comenzado a comercializar, como parte importante de su actividad, medicamentos de venta libre.

1.3. La Unión de Kiosqueros continuó su escrito de demanda justificando la procedencia de la acción declarativa de certeza como vía procesal idónea para dilucidar la incertidumbre planteada. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, destacó la vinculación directa que existiría entre la incertidumbre planteada y el mandato contenido en el artículo 6º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, la “CCABA”) respecto de la preservación de su autonomía.

Luego de describir el alcance que (en su opinión) correspondería atribuir a aquella conforme lo establecido en el artículo 129 de la Constitución Nacional, concluyó que (i) la ciudad es un sujeto de la relación federal que presenta particularidades dentro del sistema federal argentino y (ii) su gobierno autónomo titulariza facultades de legislación y jurisdicción, más las propias de la jefatura de gobierno.

Al ingresar en el análisis de la incertidumbre planteada, recordó que cada provincia habría determinado expresamente la política a seguir en materia de dispensa de medicamentos de venta libre (sea mediante la adhesión a la norma nacional o el dictado de una norma local específica). En este sentido, la ciudad no habría hecho lo propio, generando la incertidumbre respecto de la aplicación en su territorio de la modificación del decreto-ley 17.565 por la ley 26.567. Sostuvo:

(i) Que la reglamentación del expendio de medicamentos de venta libre no sería una competencia concurrente con contenido mínimo del Estado Nacional y los Estados locales;

(ii) Que la ciudad garantiza el derecho a la salud integral y la defensa de los consumidores y usuarios;



Sala II

**“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”.
EXPTE. N°37.185/0.**

(iii) Que la ciudad ejerce de manera general el poder de policía en materia de otorgamiento de permisos y habilitaciones para desarrollar actividades comerciales y todas aquellas sujetas a su poder de policía, así como en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en su territorio, en especial, seguridad alimentaria y de medicamentos;

(iv) Que la ciudad tiene la obligación de desarrollar una política de medicamentos. Correlativamente, la Legislatura local es competente para legislar en materia de salud y medicamentos;

(v) Que la inexistencia de una norma local que reglamente la dispensa de medicamentos de venta libre representaría una violación a la autonomía de la ciudad y al deber de preservarla, ubicándola voluntariamente en un nivel inferior al de las provincias;

(vi) Que hasta tanto no se dictara esa norma local la aplicación de la ley 26.567 en el territorio de la ciudad desconocería su *status* jurídico y colocaría a sus habitantes en una situación de desigualdad respecto de los habitantes de las provincias;

(vii) Que la violación de la autonomía de la ciudad se vincularía de manera directa e inmediata con (a) el derecho de ejercer industria lícita que titularizan los kiosqueros al realizar el expendio de medicamentos de venta libre y (b) la determinación del sujeto estatal que ejercería el poder de policía respecto de la actividad comercial de los kiosqueros –en general y en particular– (el GCBA o el Ministerio de Salud de la Nación).

Finalmente, solicitó el dictado de una medida cautelar, hizo reserva del caso federal y ofreció prueba.

2. A fs. 37/89 se presentaron los Sres. Carlos Fernández y Sergio Cornejo, en representación de la Confederación Farmacéutica Argentina (en adelante, la “CFA”), acompañaron una opinión legal de su letrado patrocinante (Dr. Daniel Sabsay) como prueba, pidieron vista del expediente y solicitaron se rechazara la acción de la actora. Hicieron reserva del caso federal.

Asimismo, se presentaron los Sres. Marcelo Squassini y Marcelo Pereta, por derecho propio y en representación del Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal (en adelante, el “COFBCF”), y adhirieron a la presentación de la CFA.

3. A fs. 90/91 vta. el juez de grado rechazó la medida cautelar solicitada.

4. A fs. 100 se corrió traslado de la demanda y de la solicitud de intervención de terceros al GCBA.

4.1. A fs. 103/128 se presentó el GCBA y acompañó respuestas de la Dirección General Adjunta de Regulación y Fiscalización del Ministerio de Salud (fs.

119/119 vta.) y de la Dirección General de Fiscalización y Control de la Agencia Gubernamental de Control del Ministerio de Justicia y Seguridad de la ciudad (fs. 124) a los requerimientos de información de la Procuración General, de las que surge que el Ministerio de Salud “...carece de antecedentes respecto de la aplicación de la ley 17.565 y su modificatoria ley 26.567, ‘toda vez que el marco regulatorio es de orden Nacional, por lo cual el poder de policía de dicha ley, por no encontrarse transferidas las competencias, corresponde al Ministerio de Salud de la Nación a través de la Dirección Nacional de Regulación, Fiscalización y Sanidad de Fronteras’” y que la Agencia Gubernamental de Control “...no ha fiscalizado el expendio de medicamentos de venta libre en kioscos, ni se ha labrado acta de comprobación y/o acta de intimación por dicha cuestión”.

Señaló que de las constancias anteriores surgiría que el GCBA no habría realizado acto alguno que vulnerara los derechos de la actora, por lo que solicitó se declarara abstracta la cuestión, con costas por su orden.

4.2. A fs. 132/135 la Unión de Kiosqueros contestó el traslado de la presentación anterior y solicitó: (i) el rechazo del pedido de declaración de abstracción realizado por el GCBA; (ii) se le tuviera, asimismo, por contestada la demanda; (iii) se declarara la cuestión debatida de puro derecho y (iv) se autorizara la extracción de fotocopias certificadas del expediente a fin de realizar una presentación ante la Legislatura local.

4.3. A fs. 137/138 vta. el juez de grado rechazó la solicitud del GCBA que, a fs. 140, apeló la imposición de costas de la incidencia, recurso concedido con efecto diferido a fs. 141.

5. A fs. 144/148 vta. la actora solicitó nuevamente el dictado de una medida cautelar, destacando que existiría un grave peligro en la demora respecto de los kiosqueros, dado que si éstos comercializaran medicamentos de venta libre en el territorio de la ciudad, el Ministerio de Salud de la Nación les aplicaría las sanciones establecidas en la ley 26.567. Por otra parte, sostuvo que esperar a la clausura de un establecimiento (privando totalmente a un kiosquero de su fuente de trabajo) constituiría un excesivo formalismo.

5.1. A fs. 151/152 vta. el juez de grado rechazó la medida cautelar.

6. A fs. 153 el GCBA prestó conformidad al pedido de intervención de terceros de fs. 37/89.

7. A fs. 155 la Unión de Kiosqueros apeló el rechazo de la medida cautelar solicitada, recurso concedido en relación y con efecto no suspensivo a fs. 156. El remedio fue rechazado por esta sala con fecha 9 de noviembre de 2010 en los autos “Unión de Kiosqueros de la República Argentina c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, expte. N° 37.185/1.

8. A fs. 160/162 vta. el juez de grado hizo lugar a la solicitud de intervención de terceros conforme lo aclarado a fs. 167/168.



Sala II

“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”. EXPTE. N°37.185/0.

9. A fs. 170/176 el GCBA contestó demanda. Luego de cumplir el imperativo procesal de negar los hechos alegados en aquella, sostuvo la improcedencia formal de la acción meramente declarativa.

En cuanto al fondo de la cuestión, afirmó que el ejercicio del poder de policía en el territorio de la ciudad siempre habría sido competencia del Poder Ejecutivo local, conforme lo establecido en el artículo 104 de la CCABA.

En este orden de ideas, sostuvo que conforme lo establecido en el Código de Habilitaciones y Verificaciones (capítulo 4.6.), la habilitación para ejercer actividad comercial otorgada a los kioscos no incluiría la dispensa de medicamentos de venta libre. Por lo tanto, al carecer de habilitación, la actora tampoco tendría un interés legítimo afectado que la habilitara para plantear la supuesta incertidumbre.

Así, independientemente de la aplicabilidad de la ley 26.567, los kioscos no estarían habilitados ni legalmente podrían expender medicamentos en general, pues ello no constituiría su actividad principal –tal rubro no estaría contemplado en el Código de Habilitaciones y Verificaciones–.

El GCBA continuó su escrito de contestación de demanda señalando la falta de legitimación de la Unión de Kiosqueros para plantear la cuestión debatida como una defensa de derechos colectivos de los habitantes de la ciudad, así como que no existiría caso o controversia que debiera ser resuelto.

Finalmente, hizo reserva de la cuestión federal y del recurso de inconstitucionalidad.

10. A fs. 177/202 vta. la CFA contestó la citación de terceros. A fs. 202 vta. el COFBCF adhirió a la presentación realizada por la CFA.

11. A fs. 208 se deja constancia de la declaración de conexidad de los autos “*Cámara Argentina de Farmacias c/ GCBA s/ acción meramente declarativa*”, expte. N° 39.212/0, con el presente expediente.

12. A fs. 211/212 la actora solicitó nuevamente el dictado de una medida cautelar, rechazada a fs. 214.

13. A fs. 220 el juez de grado declaró la cuestión de puro derecho.

13.1. A fs. 224/229 y 231/236 se encuentran glosados los argumentos en derecho de la Unión de Kiosqueros y del GCBA, respectivamente.

14. A fs. 240/241 vta. dictaminó la señora fiscal de grado.

15. A fs. 256/262 vta. el señor juez de grado dictó sentencia y rechazó la demanda, con costas.

15.1. En primer lugar, consideró formalmente admisible la acción declarativa de certeza.

A continuación, y como marco de análisis de la incertidumbre planteada, realizó algunas consideraciones respecto del *status* jurídico de la ciudad, concluyendo que correspondería atribuir a su autonomía una extensión idéntica a la de las provincias, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la ley 24.588.

Sentado lo anterior, recordó los distintos criterios constitucionales de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, destacando la existencia de facultades concurrentes entre ambos niveles de gobierno dentro de las cuales se encontraría el llamado “*poder de policía de bienestar o bien común*”.

En este orden de ideas, analizó qué tipo de competencia habría ejercido el Congreso Nacional al sancionar la ley 26.567, concluyendo que sus artículos reflejan el ejercicio de distintos tipos de facultades (una relacionada con el dictado del Código Penal –cfr. artículo 1º, último párrafo–, y otra propiamente de policía, relacionada con el establecimiento de una política de salud para la Nación). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró como ejercicio del poder de policía del Estado Nacional (conforme las competencias atribuidas en el actual artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional) el dictado de la ley 17.565 (*Fallos*: 308:943).

Por lo tanto, el Congreso Nacional habría reglamentado –en cuanto interesa a esta causa– la dispensa de medicamentos de venta libre ejerciendo una facultad propia (aunque concurrente con las provincias) establecida en el artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

15.2. Determinado el tipo de competencia ejercida por el Congreso Nacional, el juez de grado desarrolló los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la interacción de las normas dictadas por los distintos niveles de gobierno en ejercicio de una competencia concurrente, fundamentalmente respecto de cuáles prevalecen frente a situaciones de conflicto.

En este orden de ideas, señaló que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la CSJN propugnan la prevalencia de la norma nacional (conforme el principio de jerarquía normativa contenido en el artículo 31 de la Constitución Nacional) en la medida en que (i) la facultad hubiera sido ejercida por el Estado Nacional dentro de aquellas atribuidas expresa o implícitamente en la Constitución Nacional y (ii) ambas normas (nacional y local) resultaran incompatibles una con otra, incompatibilidad materializada en la existencia de “*repugnancia efectiva*” en el ejercicio simultáneo de la competencia –cuando la norma local dificultara o impidiera el cumplimiento del fin de la norma nacional–.

A la luz de todo lo anterior, sostuvo que no correspondía calificar al decreto 2284/1991 como una norma local que pudiera continuar vigente en la ciudad, conforme lo establecido en el artículo 5º de la ley 24.588 y la cláusula transitoria 4º de la CCABA, dado que se trataría de una norma dictada por el Estado Nacional en el ejercicio de una facultad propia. Por lo tanto, no habría confornte normativo que realizar entre aquél y la ley 26.567.

15.3. Ahora bien, al haberse dictado dicha ley en ejercicio de una competencia propia (aunque concurrente con las provincias) del Estado Nacional, aquella regiría directamente en el territorio de la ciudad, dado que carecería de sentido



Sala II

“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”. EXPTE. N°37.185/0.

que su aplicación en una jurisdicción determinada dependiera de la decisión de aquella. En este sentido, citó el precedente de *Fallos*: 308:943, en que la CSJN determinó la aplicabilidad directa de una restricción de derechos prevista en el artículo 20 del decreto-ley 17.565 que no había sido recogida por la norma local (de la provincia de Corrientes) que reglamentaba, asimismo, el ejercicio de la profesión farmacéutica.

Dicha conclusión estaría apoyada, por lo demás, en una interpretación teleológica de la ley 26.567, teniendo en cuenta especialmente las manifestaciones de los diputados y senadores que intervinieron en su debate.

15.4. Finalmente, entendió que no existiría lesión a la autonomía de la ciudad ni a la igualdad de sus habitantes (por la inexistencia de una norma local que reglamente el expendio de medicamentos de venta libre) en la medida en que los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la interacción de las normas dictadas por los distintos niveles de gobierno en ejercicio de una competencia concurrente incidirían en la autonomía de la ciudad de idéntica forma que en la de las provincias, lo que tampoco coartaría las facultades de la Legislatura en la materia, dado que el propio constituyente de la ciudad las previó de modo condicionado a la “*coordinación con otras jurisdicciones*” (artículo 22 *in fine* de la CCABA).

16. A fs. 270/270 vta. la actora solicitó aclaratoria y apeló la sentencia de primera instancia.

16.1. A fs. 273 el juez de grado rechazó la aclaratoria y a fs. 274 concedió libremente el recurso de apelación interpuesto.

17. La Unión de Kiosqueros fundó su apelación a fs. 306/325 vta. y concretó su crítica a la sentencia de primera instancia en seis agravios:

17.1. Primer agravio: la actora sostuvo que en el sistema federal argentino existirían cuatro tipos de competencias: (i) exclusivas del Estado Nacional; (ii) exclusivas de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; (iii) concurrentes “*con piso mínimo*”; y (iv) concurrentes “*sin piso mínimo*” o compartidas.

En este orden de ideas, la reglamentación del derecho a la salud no sería una competencia exclusiva del Estado Nacional (ni materia delegada por las provincias). Así, la regulación de la dispensa de medicamentos de venta libre sería una competencia concurrente “*sin piso mínimo*” o compartida “*con margen de libre regulación*”.

Lo anterior quedaría demostrado por la conducta de las provincias respecto de la reglamentación de la materia cuando la norma nacional permitía el expendio de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias. Reitera la descripción de las alternativas locales (en su opinión, igualmente válidas) de regulación de la profesión farmacéutica, particularmente respecto de la dispensa de medicamentos de venta libre referida en el antecedente 1.2. En este sentido, las provincias habrían

ejercido sus competencias, respetando sus particularidades, sin que la norma nacional hubiera constituido un “*piso mínimo*”.

Continúa describiendo las particularidades de los distintos barrios de la ciudad respecto de la concentración/ubicación de farmacias destacando que, en la zona sur, el 96% de aquellas se encontraría cerrado sin indicación o turno alguno y que, en las villas de emergencia, no existirían farmacias. Ello causaría que los habitantes de zonas alejadas o económicamente menos favorecidas de la ciudad no pudieran acceder a comprar medicamentos de venta libre en idénticas condiciones que aquellos de zonas con mayor capacidad económica, lo que generaría una situación de discriminación en términos de accesibilidad y protección de la salud e impediría la denominada “*automedicación responsable*”.

En este orden de ideas, dado que la situación de la ciudad no coincidiría con la de provincias con menor densidad poblacional y mayor accesibilidad a las farmacias, la ley 26.567 nunca podría ser considerada una “*ley concurrente con piso mínimo*”.

Afirmó que el juez de grado no se interrogó acerca de quién titularizaba la competencia para reglamentar el derecho a la salud. Presenta como ejemplo la ley 25.569, cuyo decreto de promulgación (que vetó la parte del artículo 12 referida a la delegación de facultades de fiscalización de la Nación a las provincias) demostraría que el poder de policía en materia de salud sería una facultad no delegada por las provincias al Estado Nacional. El mismo mecanismo podría identificarse en la adhesión por la Legislatura local a la ley 23.753 (que instituyó el Programa de Prevención de la Diabetes).

Concluyó que dicho mecanismo de adhesión (y la posibilidad de adoptar una postura contraria por las provincias y la ciudad) es el que debería aplicarse respecto de la ley 26.567.

Finalmente, criticó la interpretación realizada por el juez de grado del voto del ministro Maqueda en la causa “*Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*”, tramitada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

17.2. Segundo agravio: la Unión de Kiosqueros sostuvo que dado el *status* jurídico de la MCBA, el decreto 2284/1991 (ratificado por la ley 24.307) se habría aplicado como norma local en el territorio de la municipalidad, lo que habría determinado su génesis normativa.

Así, sancionada la CCABA y constituidos los poderes públicos locales, habría existido una decisión implícita de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de continuar aplicando el decreto 2284/1991 como norma local, dado que aún cuando podrían haber adoptado una postura distinta respecto del expendio de medicamentos de venta libre, no lo hicieron.

Afirmó que desde 1996 hasta 2010 no se habría presentado ningún proyecto de ley en la Legislatura que tuviera por objeto la prohibición de la dispensa de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias, y que los terceros adherentes en esta causa habrían incluso aceptado pacíficamente la aplicación del decreto 2284/1991 como norma local.

17.3. Tercer agravio: la actora señaló que al momento de presentar su expresión de agravios, la Legislatura local habría estado debatiendo dos proyectos de



“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”. EXPTE. N°37.185/0.

ley sobre la cuestión planteada en esta causa (los expedientes N° 2059D10 y 00510D11). Lo anterior demostraría que los representantes del pueblo de la ciudad habrían establecido claramente (en el marco de su legitimidad epistémica y en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 6° de la CCABA) –como mínimo– que la ley 26.567 no se aplicaría en su territorio hasta tanto se resolviera su adhesión a aquella. En este sentido, afirmó que la discusión referida no tendría sentido si la norma nacional fuera directamente aplicable.

17.4. Cuarto agravio: la Unión de Kiosqueros sostuvo que el juez de grado habría definido las competencias concurrentes como espacios normativos constitucionales de confluencia y distribución insusceptibles de ejercicio exclusivo, pero luego establecido que la ley 26.567 fue dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de una facultad propia, atribuida por el artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional (aunque concurrente con las provincias y la ciudad).

Afirmó que las competencias serían propias o concurrentes, pero no ambos tipos a la vez. Si fueran propias prevalecerían sobre las no propias, y si fueran concurrentes, se compartirían espacios normativos en que se resguardaría la autonomía de cada sujeto (salvo que existiera un “*piso mínimo*”).

En su opinión, para el juez de grado no se trataría realmente del ejercicio de una facultad concurrente sino de una facultad propia del Estado Nacional.

Finalmente, se preguntó retóricamente quién estaría mejor capacitado para concretar el mandato de las cláusulas constitucionales del progreso respecto de los habitantes de la ciudad, concluyendo que los legisladores locales. Insistió con el argumento planteado en el primer agravio respecto de la dificultad de acceder a las farmacias en distintas zonas de la ciudad.

17.5. Quinto agravio: la actora realizó un resumen de algunos argumentos expuestos en las sesiones de las Cámaras de Diputados y de Senadores de la Nación en que se debatió la ley 26.567, concluyendo en la falsedad del argumento del juez de grado respecto de que una interpretación finalista de la voluntad de aquellas implicaría afirmar la validez de la ley 26.567 sin posibilidad alguna para las provincias y la ciudad de ejercer su autonomía en la materia.

Luego de rebatir los argumentos expuestos por los legisladores nacionales, señaló que la postura del *a quo* convalidaría una posición que otorgaría a los farmacéuticos una suerte de *bill* de indemnidad respecto de los kiosqueros, que serían presentados apriorísticamente como personas sospechosas de turbios manejos respecto de la totalidad de los medicamentos del mercado por el solo hecho de expender medicamentos de venta libre.

Continuó rebatiendo los argumentos de los diputados y senadores nacionales, cuestionando la razonabilidad de la restricción de los derechos de los kiosqueros por la norma nacional.

17.6. Sexto agravio: Finalmente, la Unión de Kiosqueros sostuvo que de la “*lógica*” de la sentencia de primera instancia surgiría que el ejercicio del poder de

policía en la ciudad respecto de la cuestión debatida en esta causa sería competencia exclusiva del Estado Nacional (Ministerio de Salud).

Afirmó que dicha postura implicaría una violación de la autonomía de la ciudad y conculcaría el principio de igualdad (respecto de las provincias). Por otra parte, la negativa del juez de grado a resolver el recurso de aclaratoria planteado contra su sentencia demostraría la incongruencia e inestabilidad de la línea argumental expuesta en aquella.

18. A fs. 334/340 vta. y 341/347 vta. se encuentran glosadas las contestaciones de agravios del GCBA y de la CFA y el COFBCF, respectivamente.

19. A fs. 348 se realiza el sorteo de ley y pasan los autos al acuerdo.

20. A fs. 351 la actora hizo saber al Tribunal que mediante el decreto 670/2011 el Jefe de Gobierno de la ciudad vetó en forma total el proyecto de ley 4.015, de adhesión a la ley 26.567.

Sostuvo que la postura adoptada por la Legislatura coincidiría con los planteos realizados por esa parte, dado que si el órgano legislativo estimó necesario adherir a la ley 26.567 para que ésta resultara aplicable en el territorio de la ciudad, era claro que la regulación de la dispensa de medicamentos de venta libre sería una facultad propia del GCBA (que quedaría sometida al funcionamiento institucional establecido por la CCABA).

Dado que con su propio accionar el sujeto pasivo de la relación procesal habría dilucidado la incertidumbre objeto de esta causa, solicitó se declarase abstracta la acción debido a la modificación sobrevenida de los hechos relatados en la demanda.

20.1. A fs. 352 se suspendió el llamado de autos y se corrió traslado de la presentación anterior.

20.2. A fs. 358/359 vta. y 362/363 vta. se encuentran glosadas las contestaciones de traslados de la CFA y el COFBCF y del GCBA, respectivamente.

21. A fs. 376 volvieron a pasar los autos al acuerdo.

21.1. A fs. 378/383 vta. se hizo saber a las partes la nueva integración del Tribunal.

CONSIDERANDO:

22. En primer lugar, trataré el recurso de apelación interpuesto por el GCBA a fs. 140 contra la imposición de costas de la incidencia resuelta por la sentencia interlocutoria de fs. 137/138 vta., concedido con efecto diferido a fs. 141.

Dado que el GCBA no fundó el recurso dentro del plazo establecido en el artículo 231 del CCAyT (la providencia de fs. 305 que puso los autos en la oficina fue notificada al GCBA el 28 de junio de 2011 –ver constancia de fs. 331 vta.–), corresponde declararlo desierto (artículo 237 del CCAyT).



“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAyT)”. EXPTE. N°37.185/0.

23. En segundo lugar, consideraré la solicitud de la actora de que se declare abstracto el objeto de su acción debido a la modificación sobrevenida de los hechos relatados en la demanda.

Como esta sala sostuvo *in re* “*Cámara Argentina de Farmacias c/ GCBA s/ acción meramente declarativa (artículo 277 CCAyT)*”, expte. 39.212/0 – conexo con esta causa conforme lo indicado en el antecedente 11–, sentencia del 4 de octubre de 2012, teniendo en cuenta los términos de la incertidumbre planteada (...¿conculca la aplicación de la ley 26.567 –modificatoria del decreto–ley 17.565– en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la autonomía consagrada por el artículo 129 de la Constitución argentina habida cuenta que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no adhirió a dicha normativa o dictó una ley local que regule la materia?... – destacado en el original–), la sanción del proyecto de ley 4.015 (el 17 de noviembre de 2011) y su veto por el decreto 670/2011 (el 15 de diciembre de 2011, BOCABA del 22 de diciembre de 2011) no modificaron la situación que motivó la interposición de la demanda.

23.1. Ante todo, el planteo de la Unión de Kiosqueros gira en torno de las consecuencias que la aplicación de la ley 26.567 en el territorio de la ciudad (aplicación en el sentido de vigencia espacial de la norma) trae respecto de su autonomía (particularmente, si la afecta o no), en la medida en que (i) no existiría una norma local que prohibiera la dispensa de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias (y por lo tanto, la conducta se encontraría permitida) o (ii) existiría una norma nacional (el decreto 2284/1991) que habría actuado como local con anterioridad a la institucionalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ello habría fijado su naturaleza normativa (como norma local), y la ciudad habría continuado implícitamente aplicándola sin adherir a la ley 26.567 (que derogó los artículos 14 y 15 del decreto 2284/1991 y, en consecuencia, la autorización para comercializar medicamentos de venta libre fuera de las farmacias).

Es decir, la incertidumbre planteada se relaciona con la interacción entre una norma nacional que reglamenta el expendio de medicamentos de venta libre en todo el territorio nacional y la autonomía de la ciudad que, en opinión de la actora, implicaría la existencia en cabeza de aquella de una competencia virtualmente exclusiva de regulación de la materia (sea porque se trataría, efectivamente, de una facultad exclusiva de las provincias y de la ciudad, o de una competencia concurrente muy particular en que el respeto de la libertad de configuración de los estados locales conllevaría el diferimiento de la vigencia espacial de la norma nacional hasta la adhesión a aquella por las provincias y la ciudad).

Por lo tanto, la dilucidación de la incertidumbre planteada implica determinar, en primer lugar, si el Estado Nacional es competente para reglamentar la dispensa de medicamentos de venta libre en todo el territorio nacional y cuál es la fuente constitucional y el carácter (exclusivo o concurrente) de dicha competencia. En segundo lugar, si –o en qué medida– la regulación nacional de la materia (en el sentido

de prohibir el expendio de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias y –vale recordarlo también– requerir que sea realizado en forma personal “en el mostrador” por farmacéuticos o personas autorizadas) excluiría o limitaría la posibilidad de la ciudad de reglamentarla de manera diferente. Este último punto se encuentra estrechamente vinculado con la vigencia de la ley 26.567 en el territorio de la ciudad y (i) la validez de una norma local que actualmente (si se asumiera que el decreto 2284/1991 continúa implícitamente aplicándose como norma local) permitiese la comercialización de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias en la ciudad o (ii) la posibilidad de afirmar la existencia en cabeza de aquella de una competencia virtualmente exclusiva de regulación de la materia ante la cual la sola inexistencia de una norma local que prohibiera la dispensa de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias implicara que la conducta se encontrara permitida.

Así, la existencia del procedimiento legislativo (entonces en trámite) referido en la presentación de fs. 351 (cfr., en este sentido, el considerando 4º del voto del juez Casás *in re* “Confederación Farmacéutica Argentina (COFA) y otro c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. Nº 8.590/2011, sentencia del 28 de marzo de 2012 y el considerando 3º del voto del juez Lozano *in re* “Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la CABA y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. Nº 8.596/2011, sentencia del 11 de abril de 2012) no habría podido tener incidencia alguna en la subsistencia y actualidad de la cuestión debatida, salvo que hubiera concluido en la adhesión de la ciudad a la ley 26.567, lo que finalmente no ocurrió.

En este orden de ideas, la Legislatura no insistió en la sanción del proyecto de ley 4.015 (conforme lo establecido en el artículo 87 de la CCABA) vetado por el decreto 670/2011. Por ello, las circunstancias (al menos desde el punto de vista estrictamente normativo local) al día de hoy, no han cambiado.

23.2. Por otra parte, tampoco corresponde atribuir al accionar de los poderes públicos locales la virtualidad de dilucidar la incertidumbre planteada. En este sentido, sus acciones solamente expresan la interpretación que aquellos mismos realizan de la extensión de sus propias competencias.

Concediendo hipotéticamente el argumento de la Unión de Kiosqueros, la Legislatura efectivamente podría haber considerado necesaria la adhesión a la ley 26.567 para tornarla aplicable en el territorio de la ciudad y el Poder Ejecutivo también considerado inconveniente prohibir el expendio de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias –*vide*, en este orden de ideas, los fundamentos del decreto 670/2011, que permitirían comprender implícitamente la extensión que el Poder Ejecutivo atribuye a la autonomía de la ciudad respecto de su competencia de reglamentación de la materia–.

Ambas acciones hablarían en algún punto a favor de la dilucidación de la incertidumbre planteada en los términos propuestos por la actora, dado que ambos poderes locales coincidirían en que la ley 26.567 no resultaría aplicable en el territorio de la ciudad sin una adhesión expresa de aquella –lo que también llevaría a sostener, aunque sin precisar coherentemente el fundamento normativo, que la comercialización de medicamentos de venta libre fuera de las farmacias se encontraría actualmente permitida en su territorio–.



Sala II

“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAyT)”. EXPTE. N°37.185/0.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la forma en que se encuentra planteada la incertidumbre a dilucidar en esta causa (relacionada con la interacción entre una norma nacional que reglamenta la dispensa de medicamentos de venta libre en todo el territorio nacional –de manera pretendidamente directa e inmediata, conforme surge de su texto y el del decreto-ley 17.565– y la autonomía de la ciudad), las inferencias realizadas por la Unión de Kiosqueros resultan insuficientes para tornar inoficioso un pronunciamiento de esta sala respecto de la cuestión debatida, en la medida en que –conforme lo indicado en el primer párrafo de este considerando– solamente expresan una interpretación (posible, pero no necesariamente correcta desde el punto de vista constitucional –de hecho, descartada por el juez de grado–) de la extensión que los poderes públicos locales atribuyen a la autonomía de la ciudad respecto de su competencia de regulación de la materia.

Por todo ello, corresponde rechazar la solicitud de la actora de que se declare abstracto el objeto de su acción, con costas (artículo 62 del CCAyT).

24. Sentado lo anterior, consideraré el recurso de apelación de la Unión de Kiosqueros contra la sentencia de fs. 256/262 vta.

24.1. Ante todo, trataré las solicitudes de desglose del informe del Ministerio de Salud de la Nación obrante a fs. 306/311 realizadas por el GCBA a fs. 334 vta. y por la CFA y el COFBCF a fs. 347/347 vta.

El artículo 231.3 del CCAyT establece claramente que la presentación de documentos ante esta instancia, además de tempestiva (dentro del quinto día de notificada la providencia que pone los autos en la oficina para expresar agravios), requiere que estos sean de fecha posterior a la providencia de autos a sentencia de primera instancia, o anterior, en la medida en que la parte que intentara valerse de ellos afirmara no haberlos conocido previamente.

Aunque conforme el cargo de fs. 325 vta. la presentación del informe fue tempestiva (incluso anterior a la notificación de la providencia de fs. 305), ninguno de los restantes requisitos para admitirla se encuentran cumplidos.

Por ello, corresponde ordenar que por secretaría se proceda al desglose del documento obrante a fs. 306/311 y –oportunamente–, a su entrega a la Unión de Kiosqueros, dejándose debida constancia en el expediente.

24.2. Sentado lo anterior, los agravios expresados en tercero, cuarto, quinto y sexto término por la actora no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 236 del CCAyT.

En este orden de ideas, aun ponderando el escrito de la Unión de Kiosqueros con el criterio amplio a favor del apelante sostenido por esta sala (*in re* “*Amoia, Rubén Ángel y otros c/ GCBA s/ empleo público*”, expte. 5600, sentencia del 19/11/2002, entre muchos otros, y “*Staropoli, Santiago c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ incidente de apelación s/ medida cautelar*”, expte. 572/00, sentencia del 14/03/2001),

los agravios citados en el párrafo anterior no reúnen un mínimo de suficiencia técnica que habilite su tratamiento y constituyen meras manifestaciones inconducentes.

24.2.1. En este sentido, respecto del tercer agravio, la virtualidad atribuible al accionar de los poderes públicos locales en la dilucidación de la incertidumbre planteada fue suficientemente tratada en el considerando 23.2.

24.2.2. El cuarto agravio constituye un cuestionamiento puramente semántico de un pasaje de la sentencia de primera instancia. En este orden de ideas, que una competencia sea concurrente entre distintos niveles de gobierno implica que cada nivel cuenta con la facultad de ejercerla (sin perjuicio de la extensión con que pudiera hacerlo) y, en ese sentido, la competencia es propia. Pero ello no significa que sea exclusiva. En definitiva, el planteo contenido en este agravio puede reconducirse (en la medida en que en algún punto reitera) al del primer agravio.

24.2.3. El quinto agravio pretende refutar el resumen que la propia actora realizó de algunos argumentos expuestos en las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación durante el debate de la ley 26.567. Es decir, cuestiona propiamente la razonabilidad de la reglamentación del expendio de medicamentos de venta libre por el Estado Nacional –particularmente, la prohibición de comercialización fuera de las farmacias– (la idoneidad o adecuación técnica de la medida) para el logro del fin estatal, deducible a partir de aquellos mismos argumentos –seguridad en la dispensa de medicamentos de venta libre, prevención de la automedicación, etc.–, lo que claramente excede el objeto de esta causa teniendo en cuenta los términos de la incertidumbre planteada referidos en el considerando 23.1.

24.2.4. El sexto agravio constituye simplemente una queja respecto de la decisión del juez de grado de rechazar el recurso de aclaratoria interpuesto por la Unión de Kiosqueros contra la sentencia de primera instancia. En este sentido, la actora hipotetizó sobre el sentido de la respuesta que el juez de grado no habría querido dar a su recurso y la cuestionó, en un ejercicio retórico completamente ajeno al objeto de esta causa, en la medida en que la incertidumbre planteada se relaciona con el poder de policía en cuanto facultad de normación (regulación) y no de control del cumplimiento (fiscalización) de las normas dictadas como derivación de aquella.

Por todo lo expuesto, corresponde declarar parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la Unión de Kiosqueros, con la extensión indicada en el considerando 24.2.

24.3. Finalmente, corresponde considerar los agravios expresados en primer y segundo término por la actora.

24.3.1. Respecto del primer agravio, me permito destacar la contradicción existente en el planteo de la Unión de Kiosqueros que, por una parte, parecería sostener el carácter efectivamente concurrente entre el Estado Nacional, las provincias y la ciudad de la competencia para reglamentar el expendio de medicamentos de venta libre (la diferencia respecto del razonamiento del juez de grado residiría en el tipo de competencia concurrente, que no tendría “*piso mínimo*”) y, por otra, parecería afirmar (en la conclusión) el carácter exclusivamente local de aquella.

Sentado lo anterior, esta sala sostuvo *in re* “*Banca Nazionale del Lavoro S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones*”, expte. RDC 2.181/0, sentencia del 13 de septiembre de 2012 (aunque su



Sala II

“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”. EXPTE. N°37.185/0.

doctrina en sentido similar se retrotrae a precedentes tan antiguos como “*Giannattasio, Jorge Horacio y otros c/ GCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires – ex IMOS)*”, sentencia del 28 de mayo de 2001, en Juristeca, sumario N° 32.491) que “[l]a Ciudad goza de uno de los privilegios de los estados parte de la federación argentina en tanto no se encuentra obligada a someterse al poder de otros estados locales, y resulta conteste con ello su propia representación en el Senado de la Nación de un modo similar a la de las provincias (art. 54 C.N.). De allí que más allá de las diferentes categorizaciones que se le han otorgado al nuevo status de la Ciudad de Buenos Aires (Reiriz, María Graciela en “*El status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su relación con la jurisdicción originaria de la CSJN*” publicado en Revista [áDA Ciudad, N°2, septiembre de 2008) lo cierto y concreto es que el constituyente se ha expedido por un gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción lo que lleva a que no pueda desconocerse su carácter de ente federado (en este sentido, ver disidencia de los Dres. Carmen M. Argibay y Eugenio R. Zaffaroni en Fallos 330:5279)”.

El juez de grado se expresó en términos similares, por lo que la controversia no residiría estrictamente en el reconocimiento de la autonomía de la ciudad ni, más aún, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 121 y 129 de la Constitución Nacional y 22 de la CCABA, en el reconocimiento en cabeza de aquella de la existencia de una competencia de reglamentación de la comercialización de medicamentos de venta libre.

Ahora bien, el *a quo* reconoció también la existencia de idéntica competencia (concurrente con las provincias y la ciudad) en cabeza del Estado Nacional, como ejercicio de su “*poder de policía de bienestar o bien común*” (conforme las facultades atribuidas en el artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional). Los argumentos expuestos por la actora no logran refutar la sólida fundamentación de la sentencia de primera instancia.

(i) En este orden de ideas, la Unión de Kiosqueros clasifica las competencias concurrentes en “*con*” o “*sin piso mínimo*”. En el caso de las facultades concurrentes “*con piso mínimo*”, las provincias y la ciudad podrían ampliar o complementar la regulación nacional. En el caso de las competencias concurrentes “*sin piso mínimo*”, existiría una “*voluntad integradora conjunta*” (sic) del Estado Nacional y de las provincias y la ciudad. Dicha “*voluntad integradora conjunta*” tendría, en la práctica, la misma virtualidad que si se tratara de una competencia exclusivamente local.

La distinción desde el punto de vista teórico entre unas facultades concurrentes “*con piso mínimo*” y otras “*sin piso mínimo*” parecería insustancial frente a la doctrina de la CSJN (referida por el juez de grado) respecto del ejercicio simultáneo de competencias concurrentes por el Estado Nacional, las provincias y la ciudad.

En la medida en que la facultad se encuentre implícita o explícitamente atribuida al Estado Nacional en la Constitución Nacional (es decir,

“dentro de la constitución”), aquél tiene libertad para ejercerla configurando normativamente la regulación de la materia de la forma que estime más adecuada para el logro del fin perseguido (sujeto, naturalmente, al respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos y al *standard* de razonabilidad establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional). En este sentido, MARÍA ANGÉLICA GELLI sostiene que “*las atribuciones consagradas en este inciso [el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional] son discrecionales y programáticas pero no deben ejercerse con arbitrariedad y en perjuicio de derechos constitucionales*” (cfr. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, 4ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008, tomo II, pág. 196).

Idéntica libertad tienen las provincias y la ciudad, aunque como derivación del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la norma dictada por el Estado Nacional en el ejercicio de la misma competencia concurrente prevalecerá sobre la norma local cuando resultaran incompatibles una con otra, incompatibilidad materializada en la existencia de “*repugnancia efectiva*” en el ejercicio simultáneo de la competencia –cuando la norma local dificultara o impidiera el cumplimiento del fin de la norma nacional– (cfr. también, GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, tomo II, pág. 198-9, y FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Poder de policía*, 1ª edición, Buenos Aires, Alfa, 1957, págs. 162-3: “*Cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma jerárquica, la nacional, debe privar sobre la local [...] Materia de funciones policiales concurrentes son las que se establecen para el Gobierno de la Nación en el artículo 67, inc. 16 [actual artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional], que no se encuentran entre las prohibiciones a la competencia provincial enunciadas en el artículo 108 [actual artículo 126], y expresamente reconocidas también para las provincias en el artículo 107 [actual artículo 125] de la Constitución; la letra clara de estas disposiciones no presentan ninguna duda, lo que ha sido excluido no corresponde y lo que es permitido tiene vigencia conjunta*”).

Por lo tanto, si la facultad es efectivamente concurrente (y la reglamentación de la profesión farmacéutica ha sido considerada una competencia concurrente entre el Estado Nacional y las provincias por la CSJN en *Fallos*: 264:248 y 308:943) la norma nacional actuará, en principio, como un “*piso mínimo*” que la norma local no podrá alterar en su esencia.

(ii) Por otra parte, la reiteración de la descripción de las distintas alternativas locales (en su opinión, igualmente válidas) de regulación de la profesión farmacéutica durante la vigencia del decreto 2284/1991 nada dice respecto de la dilucidación de la incertidumbre planteada (en este sentido, corresponde remitirse al considerando 23.2.). Por el contrario, solamente presenta ejemplos ilustrativos de la misma (eventual) situación de incertidumbre.

(iii) En otro orden de ideas, la descripción de las particularidades de los distintos barrios de la ciudad respecto de la concentración/ubicación de farmacias, además de no encontrarse debidamente sustentada desde el punto de vista fáctico, excede el objeto de esta causa, en la medida en que cuestiona indirectamente (leído en el contexto de toda la expresión de agravios) la razonabilidad de la reglamentación de la dispensa de medicamentos de venta libre por el Estado Nacional, conforme lo indicado en el considerando 24.2.3. Esta sala, huelga señalarlo, no relativiza por ello la



Sala II

**“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAYT)”.
EXPTE. N°37.185/0.**

importancia de la problemática descrita (con las salvedades indicadas en el párrafo anterior) en cuanto podría incidir en el derecho a la salud de los habitantes de menores recursos de la ciudad.

(iv) En cuanto al planteo referido a la supuesta existencia de un mecanismo de entrada en vigencia de las normas nacionales en materia de salud, cabe destacar –ante todo– que la ley 25.569 (BO del 7 de mayo de 2002), que constituye el primer ejemplo brindado por la Unión de Kiosqueros para ilustrar el supuesto mecanismo, aprueba en realidad el convenio de cooperación en materia deportiva entre la República Argentina y el Reino de Arabia Saudita.

En todo caso, la actora se refirió a la ley 25.649 (BO del 19 de septiembre de 2002), que estableció la obligatoriedad de la prescripción de medicamentos por su nombre genérico. El decreto 1.855/2002 vetó efectivamente, entre otros puntos, la parte del artículo 12 de la norma citada en primer término, referida a la posibilidad de delegación, por el Poder Ejecutivo nacional, de la facultad de fiscalización del cumplimiento de la ley, en la medida en que el poder de policía en materia de salud no era materia delegada por las provincias y la ciudad al Estado Nacional (cfr. párrafos 18 y 19 de los considerandos y artículo 4° del decreto citado). Como segundo ejemplo, la Unión de Kiosqueros presentó a la ley 23.753, referida a las medidas necesarias para la divulgación de la problemática derivada de la enfermedad diabética y sus complicaciones y a la adhesión a aquella por la ciudad.

En el caso de la ley 25.649, el propio artículo 12 de la norma previó la necesaria adhesión de las provincias y la ciudad a aquella y, en este orden de ideas, el artículo 1°, inciso d) de la ley local 752 estableció la obligatoriedad para los profesionales del sector estatal de la ciudad de prescribir medicamentos por su nombre genérico, convocando a los profesionales del sector privado a hacer lo propio.

Respecto de la ley 23.753, el artículo 2° del decreto 1.271/1998 concretó el mandato al Ministerio de Salud de la Nación de promover la adhesión de las provincias al régimen de la ley y de la reglamentación aprobada por dicho decreto. Así, la ciudad adhirió al régimen mediante la ley local 337 y creó el programa de prevención y asistencia de la diabetes de la ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, estos dos casos concretos, en que las normas nacionales respectivas previeron expresamente la necesidad de adhesión por parte de las provincias y la ciudad, no parecen suficientes para deducir la existencia del mentado mecanismo, ni su aplicabilidad en todos los casos en que el Estado Nacional dicte una norma en materia de salud en ejercicio de una competencia concurrente.

En primer lugar, respecto de la ley 25.649, conforme lo indicado en el considerando 24.2.4., la incertidumbre planteada se relaciona con el poder de policía en cuanto facultad de normación (regulación) y no de control del cumplimiento (fiscalización) de las normas dictadas como derivación de aquella. En este sentido, incluso durante el *status* jurídico anterior del GCBA, las competencias de fiscalización del cumplimiento del decreto-ley 17.565 se encontraron (aunque durante un acotado

período comprendido entre los años 1970 y 1972) en cabeza de la MCBA (*vide* los decretos-leyes 18.576 y 19.998 y los decretos 547/1970 y 8.544/1972).

Por otra parte, dicho temperamento constituye una opción más para articular el ejercicio de facultades concurrentes entre el Estado Nacional y las provincias y la ciudad, máxime en el caso de los ejemplos citados, en que se trata de la implantación progresiva de determinadas políticas de salud en todo el territorio nacional y en que la acción coordinada de los distintos niveles de gobierno resulta necesaria (y, en ese último sentido, lo mismo no parecería predicable de una prohibición como la establecida por la ley 26.567).

(v) Finalmente, la Unión de Kiosqueros citó una parte del voto concurrente del juez Maqueda *in re* CSJN, “*Diócesis de San Martín de la Iglesia Católica Apostólica Romana c/ Buenos Aires Provincia de s/ acción declarativa de certeza*”, Fallos: 333:1279, que sustentaría (en su opinión) el planteo de que la ley 26.567 no resultaría aplicable directa e inmediatamente en el territorio de la ciudad. Así, transcribió el siguiente fragmento del considerando 6° de dicho voto: “6°) *Que, a la luz de tales directrices, resulta claro que las cuestiones medulares que hacen al desenvolvimiento de la industria y actividad farmacéuticas corresponden a la esfera reglamentaria de la Nación, mientras que lo concerniente a la habilitación de los establecimientos respectivos, al contralor de la matrícula de los profesionales y a la vigilancia directa sobre el cumplimiento de los recaudos a que ha de estar sujeta la conservación, distribución y comercialización de medicamentos son de incumbencia de la autoridad sanitaria provincial...*” (destacado en el original).

Ante todo, cabe destacar que aun cuando se trata de una cita aislada (el considerando 5° del voto del juez Maqueda sostiene que respecto de la actividad farmacéutica, la CSJN (i) admitió la concurrencia de potestades reglamentarias entre la Nación y las provincias y (ii) otorgó cierta prevalencia a la desplegada por la autoridad nacional –con cita de Fallos: 308:943–; y el considerando 7° que la confrontación normativa suscitada entre la ley nacional 17.565 y la ley 10.606 de la provincia de Buenos Aires debía resolverse otorgándole preeminencia a la ley 17.565, lo que refuerza las conclusiones arribadas hasta ahora en esta causa), de la simple lectura de la misma no surge el sentido que la actora pretende atribuirle.

El juez Maqueda afirmó que la “...*vigilancia directa sobre el cumplimiento de los recaudos a que ha de estar sujeta la (...) comercialización de medicamentos...*” es competencia de la autoridad sanitaria provincial. Dicha frase, leída de forma literal y fuera de contexto, hablaría incluso en contra de la existencia de una facultad de regulación concurrente del expendio de medicamentos de venta libre en cabeza de aquella, dado que sólo el poder de policía como control de cumplimiento (fiscalización) de la norma nacional estaría a cargo de las provincias y la ciudad. Como surge de la lectura completa del voto del juez Maqueda, reseñada en el párrafo anterior, ello dista de ser así.

Conforme lo indicado en los considerandos 23.1. y 24.2.4., entonces, la cita (como la propone la Unión de Kiosqueros) no parecería estrictamente pertinente para la dilucidación de la incertidumbre planteada o, por lo menos, para sostener la posición de la actora.

(vi) Concluyendo el tratamiento del primer agravio de la actora, cabe señalar que la cita de las normas constitucionales locales que enuncian las competencias



Sala II

“UNION DE KIOSQUEROS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CONTRA GCBA SOBRE ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277 CCAyT)”. EXPTE. N°37.185/0.

reglamentarias de la ciudad en materia de salud nada dice sobre la extensión de aquellas en relación con idénticas facultades concurrentes del Estado Nacional. Dicha extensión (frente al ejercicio simultáneo de una competencia concurrente por ambos niveles de gobierno) debe analizarse –como en el caso de las provincias– a la luz de la doctrina (me permito agregar, pacífica) de la CSJN al respecto.

Por todo lo expuesto, tal y como lo sostuvo el juez de grado, la ley 26.567 fue dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de una facultad concurrente con las provincias y la ciudad (derivada de su “*poder de policía de bienestar o bien común*” –cfr. artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Nacional–) y resulta directa e inmediatamente aplicable en el territorio de la ciudad. Idéntica conclusión (en este último sentido) puede extraerse de la lectura de la sentencia de la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re “Proconsumer c/ Farmacity S.A. s/ amparo ley 16.986”*, sentencia del 29 de marzo de 2012 (LL, 2012–D, 496).

24.3.2. Respecto del segundo agravio, aun cuando pudiera asistir razón a la actora respecto de que el decreto 2284/1991 hubiera continuado efectivamente aplicándose como norma local en el territorio de la ciudad con posterioridad a su institucionalización como ciudad autónoma (conforme lo establecido en el apartado 4° de la cláusula transitoria primera de la CCABA y el artículo 5° de la ley 24.588), lo cierto es que confrontadas (hipotéticamente) las disposiciones del decreto 2284/1991 (como norma local) y de la ley 26.567 (cuya vigencia directa e inmediata en el territorio de la ciudad fue reconocida en el considerando 24.3.1.) conforme las pautas reseñadas en el punto (i) de dicho considerando, la incompatibilidad entre ambas normas sería manifiesta, en la medida en que cada una regularía la comercialización de medicamentos de venta libre en sentido opuesto (tan es así que la ley 26.567 derogó a nivel nacional los artículos 14 y 15 del decreto 2284/1991).

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el análisis de la razonabilidad de la reglamentación del expendio de medicamentos de venta libre por el Estado Nacional –particularmente, la prohibición de comercialización fuera de las farmacias– para el logro del fin estatal (seguridad en la dispensa de medicamentos de venta libre, prevención de la automedicación, etc.) claramente excede el objeto de esta causa teniendo en cuenta los términos de la incertidumbre planteada referidos en el considerando 23.1., la norma nacional debería prevalecer. Dicha prevalencia, por lo demás, y conforme lo expresado en el punto (vi) del considerando 24.3.1., no se traduciría ni en la afectación de la autonomía de la ciudad ni en un agravio comparativo para sus habitantes frente a los de las provincias.

24.4. Las costas de esta instancia se impondrán a la Unión de Kiosqueros vencida (artículo 62 del CCAyT), en la medida en que no existen circunstancias que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota.

25. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **1. Declarar desierto** el recurso de apelación interpuesto por el GCBA contra la imposición de costas de la incidencia resuelta por la sentencia interlocutoria de fs. 137/138 vta.; **2. Rechazar** la solicitud de la actora de que se declare abstracto el objeto de su acción, con costas (artículo 62 del CCAyT); **3. Ordenar** que por secretaría se proceda al desglose del documento obrante a fs. 306/311 y –oportunamente– a su entrega a la Unión de Kiosqueros, dejando debida constancia en el expediente; **4. Declarar parcialmente desierto** el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de fs. 256/262 vta., con la extensión indicada en el considerando 24.2. (artículos 236 y 237 del CCAyT), y **rechazarlo** en lo restante, con costas (artículo 62 del CCAyT).

Así voto.

A la cuestión planteada, los **Dres. Esteban Centanaro y Fernando Enrique Juan Lima** dijeron: Que adhieren al voto de la jueza Mabel Daniele.

En mérito de la votación que antecede, el tribunal **RESUELVE: 1. Declarar desierto** el recurso de apelación interpuesto por el GCBA contra la imposición de costas de la incidencia resuelta por la sentencia interlocutoria de fs. 137/138 vta.; **2. Rechazar** la solicitud de la actora de que se declare abstracto el objeto de su acción, con costas (artículo 62 del CCAyT); **3. Ordenar** que por secretaría se proceda al desglose del documento obrante a fs. 306/311 y –oportunamente– a su entrega a la Unión de Kiosqueros, dejando debida constancia en el expediente; **4. Declarar parcialmente desierto** el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de fs. 256/262 vta., con la extensión indicada en el considerando 24.2. del voto de la jueza Mabel Daniele (artículos 236 y 237 del CCAyT), y **rechazarlo** en lo restante, con costas (artículo 62 del CCAyT).

Regístrese en el libro de sentencias definitivas, notifíquese a las partes por secretaría y –oportunamente– devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mabel Daniele
Jueza de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fernando Enrique Juan Lima
Juez de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires