000264/2021

Comodoro Rivadavia, de julio de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"L., R. E. c/ MINISTERIO DE SALUD s/ ACCION DE AMPARO" Expte N° 264/21,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 2 (Expte. N° 597/21).

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta instancia, por haber interpuesto la parte demandada (ID 345622), recurso de apelación contra la resolución dictada el 04/06/21 que dispuso: *"(…) decretar la* ***PROHIBICION DE INNOVAR****, ordenando al Ministerio de Salud, a suspender los efectos del acto administrativo impugnado, comunicado mediante la nota de fecha 20 de Mayo de 2021, suscripta por el Jefe del Departamento de Fiscalización de Farmacias Sr. M. A. T. y retrotraer en relación a la Sra. R. L. a la situación anterior al dictado del mismo, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos obrados (…)"*

Para así decidir, el a quo analizando la documentación acompañada, conjuntamente con los hechos narrados, teniendo en cuenta los fundamentos por los cuales se promovió la acción, el plazo otorgando mediante el acto administrativo impugnado cuya operatividad se pretende evitar, a fin de evitar perjuicios innecesarios, consideró prima facie verificados los requisitos de procedencia exigidos por la medida pedida en el ordenamiento procesal, por lo que accedió a la misma conforme art. 232 Código Procesal.

II.- De las constancias de autos, surge que la Sra. R. L., de profesión farmacéutica, promovió acción de amparo contra la Provincia del Chubut –Ministerio de Salud-, con el objeto de que se anule y revoque la decisión administrativa que importa la nota fechada el 20/05/21, emanada del funcionario farmacéutico Sr. M. A. T., como Jefe del Departamento de Fiscalización, Área Programática Comodoro Rivadavia del Ministerio de Salud

de la Provincia, por considerar que en forma arbitraria e ilegalidad manifiesta conculca su derecho constitucional de trabajar y ejercer su profesión, afectando derechos adquiridos.

Expresó que la acción de amparo también tiene como pretensión la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 44 y 144 de la ley X N 71. Narró hechos y fundó en derecho.

Como medida cautelar peticionó no innovar, para que se disponga la suspensión del acto administrativo impugnado, fundado en que el derecho adquirido a ejercer la profesión de farmacéutica y trabajar, es líquido y verosímil.

Dijo que cumple con el servicio profesional y resulta de actos administrativos emanados de la propia accionada: los certificados de habilitación sanitaria de las farmacias, las disposiciones que así la otorgaron y hasta del propio acto administrativo impugnado.

Expresó que la acción de amparo cumple esencialmente una función preventiva: evitar el daño o lesión al derecho constitucional.

Dijo que si no se admite la cautelar, se verá obligada a renunciar a un trabajo, y los propietarios de las farmacias a disponer el cese de sus funciones, y con la contratación de otros farmacéuticos, la reparación o mantenimiento in natura de su derecho, será irreparable.

El 04/06/21 se hizo lugar a la medida cautelar peticionada, conforme los fundamentos expuestos precedentemente y notificada la accionada, interpuso el recurso de apelación aquí analizado.

En su líbelo recursivo (ID 345622) la recurrente precisa como agravios: 1) Incongruente interpretación del acto administrativo. Cuestiona la afirmación de la accionante respecto de la duración de la acción de amparo, pues la índole excepcional y residual de la acción, lo aleja de cualquier proceso ordinario o administrativo,

debido a que transcurre en un acotado lapso temporal, debiendo el magistrado dictar sentencia conforme art. 10 Ley V-84.

2) Limitación a los derechos absolutos. Manifiesta que la creencia de la actora, de que sin la cautelar los efectos del acto seguirá operando en contra de su derecho de trabajar y ejercer su profesión, tornando ilusorios sus derechos constitucionales, debe analizarse a la luz de las leyes vigentes y aplicables al caso y desde el interés general, pues cuando hay colisión de intereses, los individuales deben ceder ante el general.

3) Presunción de legitimidad de los actos administrativos. Considera que, con la nota cuestionada, que intima adecuarse a la ley vigente, existe un interés general que está sobre el individual y que es el correcto funcionamiento de las farmacias. Se corre el riesgo que por efecto de una medida cautelar se afecte la jerarquía de una decisión válida adoptada por la autoridad máxima de otro ministerio.

Destaca que los derechos adquiridos a trabajar y ejercer la profesión, no son absolutos, pues están sujetos a las leyes que los reglamentan.

Por último, respecto de la nota del 20/05/21 dice que es un simple acto de la administración, sin los requisitos para ser considerado acto administrativo, la cual es susceptible de impugnación a nivel administrativo, siendo apresurado el planteo de una acción de amparo y la medida cautelar.

El firmante se expide de manera fundada y en consonancia con los archivos del Ministerio, haciendo mención a la norma vigente, manifestando la adecuación a la misma, pero nada dice respecto a renunciar, por lo que no visualiza cual sería el agravio real.

Entiende que le asiste a la amparista responsabilidad en la falta de documentación que respalde las funciones y horarios en las que desempeña sus trabajos, con lo cual evidenciaría la adecuación al régimen legal vigente.

De las habilitaciones otorgadas a las farmacias en las que se desempeña laboralmente, surge quienes ejercen la dirección de las mismas y horarios, pero no se aclara en que horarios se desempeña cada profesional.

Se interroga si era necesario el proceso, cuando el tema se podría haber solucionado agotando la vía administrativa y acompañando allí la documentación que justifique a adecuación de la profesional a la norma. También si es correcto computar el plazo desde ahora para la interposición del amparo, cuando la actual ley rige desde el año 2018.

Considera que por una nota de un funcionario solicitando adecuación a la ley vigente, no puede solicitarse declaración de inconstitucionalidad.

Concluye que siendo función del estado regular el ejercicio de una profesión, máxime cuando está ligada al servicio de la salud, corresponde dejar sin efecto la medida cautelar.

Mediante escrito ID 355940 la accionante presenta memorial, en el que contesta los agravios de la contraparte.

III.- Sintetizados así los antecedentes fácticos y conducentes del proceso, en forma preliminar ha de advertirse que la ausencia de fundamentación de la resolución en crisis es evidente.

En efecto, las remisiones genéricas a "la documentación acompañada conjuntamente con los hechos narrados" y "los fundamentos por los cuales se promueve

el presente” en modo alguno satisface la carga de razonable fundamentación que los jueces deben realizar por imperio de la forma republicana de gobierno. De allí que resulte también evidente la imposibilidad de criticar concreta y razonadamente la existencia de los presupuestos de la medida cautelar decretada.

Precisado ello y entrando al análisis de los agravios vertidos, cabe destacar que la resolución de grado cuestionada, hizo lugar a la medida cautelar de prohibición de innovar con carácter retroactivo al 20/05/21, apartándose de tal modo del criterio doctrinario y jurisprudencial imperante en la materia. La medida cautelar se acerca por su naturaleza jurídica a una medida cautelar innovativa, atento el carácter excepcional y de la exigencia de un cuarto requisito para su procedencia (irreparabilidad del perjuicio). Ello, en tanto la medida cautelar dictada altera o modifica -en principio- el estado de hecho existente antes de la petición (intimación para adecuarse al art. 39 ley X N° 71).

El Superior Tribunal de Justicia estimó en casos similares, que aún cuando la medida fuera solicitada en carácter de prohibición de innovar, la situación de hecho y derecho expuesta indica que será de “innovar” sobre los mismos, en tanto oblitera los efectos de una situación jurídica creada por el acto que se requiera se suspenda (conf. SI 72/SCA/03 y 93/SCA/07).

"La medida cautelar innovativa es una diligencia excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico; esto es que alguien haga o deje de hacer algo en el sentido contrario al representado por la situación existente (conf.

Peyrano, "Medida cautelar innovativa", Ed. Depalma, p. 21). La singularidad de la medida innovativa consiste en su aptitud para producir efectos retroactivos respecto de posiciones adquiridas de manera contraria a derecho.

Precisado ello, cabe recordar que la medida cautelar solicitada tiene naturaleza excepcional y requiere para su concesión la estricta concurrencia de los recaudos clásicos que tornan admisible toda cautelar; esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora; como así también un recaudo propio: el daño irreparable ("XVIII Congreso de Derecho Procesal" Santa Fe 1995).

Es que, la excepcionalidad que implica la cautelar de innovar, dado la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta, configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere la demostración del perjuicio inminente e irreparable que se sufriría si no se tutelara el derecho con anterioridad al dictado de la sentencia.

En esta faena, destacamos que artículo 31 de la Ley XVI N° 46 consagra el principio de ejecutividad de los actos administrativos; lo cual, constituye una consecuencia de la presunción de validez que estos ostentan.

Sobre el particular, es jurisprudencia del Superior Tribunal, en concordancia con la Corte Suprema Nacional que las medidas cautelares no pueden aplicarse automáticamente para suspender los actos de los poderes públicos en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan, sin perjuicio de lo cual su procedencia es aceptada excepcionalmente, previa acreditación y valoración de los requisitos que condicionan la misma (CSJN Fallos: 250:154; 251:336, 307:1702, LL 1993-B264, 1993-E-629, STJCH SI N° 26/93, 11/94, 58/SCA/97, 51/SCA/00, 10 y 20/SCA/05, 7 y 48/SCA/06 y 93/SCA/07).

Así, se ha establecido "a partir de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de las medidas cautelares contra tales declaraciones, la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, pues solo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la recordada presunción (…) Es por ello que se ha dicho que los actos administrativos no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad del administrado y se los considera válidos a partir de su nacimiento y hasta tanto se haya declarado judicialmente su ilegitimidad (…)" (STJ SI 93/SCA/07).

Sobre estas premisas, sin que el presente tratamiento pueda significar adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión debatida, corresponde verificar si el acto administrativo que se encuentra cuestionado adolece –o no–, de vicios prima facie verosímiles.

IV.- De la lectura de la nota fechada el 20/05/21, surge que el Jefe de Departamento Fiscalización Área Programática Comodoro Rivadavia del Ministerio de Salud de Chubut, otorgó a la amparista un plazo de 30 días para adecuarse al art. 39 de la ley X N° 71 (39 y 45), por estar cumpliendo la Co Dirección Técnica en dos establecimientos, lo cual es incompatible de acuerdo a la ley citada.

Así, el artículo 39 dispone que las farmacias tendrán un horario de apertura y cierre que deberá declararse ante la autoridad de aplicación, y según el régimen de horas (8,16 o 24 horas), contarán con Director Técnico, Director y Co Director y Director y 3 Co Directores respectivamente.

Por su parte, el artículo 44 dispone que los farmacéuticos que ejerzan la Dirección Técnica, Co Dirección Técnica o auxiliar a tiempo completo establecido por el Convenio Colectivo de Trabajo, de un establecimiento, no podrán hacerlo en otro establecimiento habilitado por la ley.

Ahora bien, de la propia documental acompañada por la accionante, consistente en certificados de habilitación de "F. F." (24/10/16) y "L. F." (14/11/16), surge que R. L. cumple la función de D.T.A (Dirección Técnica Auxiliar o Co Dirección) y de Farmacéutica Auxiliar respectivamente, cumplimentando el primero de dichos establecimientos un horario de 13 hs (9 a 22 horas) y el segundo 11 hs (lunes a lunes de 9 a 20 horas, quien cuenta además con otra persona en tal carácter Sra. D. T. H. No surge de dichos certificados el horario que cumple la amparista en cada establecimiento.

No obstante haber acompañado luego en su pretensión otros certificados (01/06/21), que darían cuenta del horario que cumple en cada una de las firmas y que entre ellos no se superpondrían, el último párrafo del art. 45 de la ley vigente dispone expresamente que se puede ejercer la misma función previa autorización, hasta en dos farmacias, sin superposición de horarios; circunstancia que bien podría haber acreditado ante la autoridad administrativa.

Teniendo en cuenta ello, no acreditada la autorización pertinente por la Autoridad de Aplicación, ni vicios prima facie comprobables del acto impugnado, no surge verosímil el derecho invocado por la amparista.

"Cabe recordar que, conforme el conocido criterio jurisprudencial de esta Corte, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos o a su simple inalterabilidad (Fallos: 267:247; 268:228; 275:130; 299:93; 325:2600)" (CSJN 509/2014 08/03/16).

Por otro lado, el planteamiento de una situación conjetural o hipotética (verse obligada a renunciar a un trabajo o que dispongan su cese) deviene en cuestión abstracta que no viabiliza el peligro en la demora invocado, pues solo se debe requerir la autorización pertinente.

Por los fundamentos dados, corresponde admitir el recurso interpuesto y revocar la decisión de grado que admite la medida cautelar.

V.- Las costas de ambas instancias, por el principio objetivo de la derrota se imponen a la actora vencida (arts. 69 y 282 del CPr). A los fines de la regulación de honorarios se tendrá en cuenta –a efectos de determinar los porcentuales previstos por los arts. 13 de la Ley XIII N° 4- el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, conforme arts. 5 a 9, 32 y 46 ley arancelaria.

Por ello, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia revocar en lo pertinente la resolución del 04/06/21 en cuanto admite la medida cautelar de prohibición de innovar.

2) Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida conforme considerando respectivo.

3) Regular los honorarios del Dr. R. A. V., letrado de la Fiscalía de Estado, por las tareas cumplidas en esta instancia, en la suma de pesos equivalente al 1,15% de lo que se le regulará por su actuación profesional en los autos principales y los honorarios del Dr. D. O. H., patrocinante de la parte actora, por la tarea profesional cumplida en esta instancia, conjuntamente en la suma de pesos equivalente al 25% de de lo que se le regulará por su actuación profesional para la primera instancia de este proceso. En ambos casos, más I.V.A. de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y existir concordancia en la solución del caso.

SENTENCIA REGISTRADA BAJO EL N° 104 AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

María Magdalena Constanzo

Secretaria de Cámara