

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo,4 de agosto de 2015.

No. 570

VISTOS:

Para resolución la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado, planteada en estos autos caratulados: “COBOE S.A. Y OTRA con PODER EJECUTIVO. Suspensión de ejecución” (Ficha No. 678/14).

RESULTANDO:

I) Que comparece la parte actora, promoviendo acción de nulidad contra el Decreto del Poder Ejecutivo N° 369/013 del 18 de noviembre de 2013, que reguló la actividad de las farmacias.

II) Conjuntamente con la demanda, la actora solicita la suspensión de la ejecución del acto, al amparo de lo previsto por la Ley N° 15.859.

Señaló que el Decreto es manifiestamente ilegítimo, que es contrario a varias normas constitucionales y legales, que obligó a la actora a paralizar áreas de actividad como el e-commerce y el call center, que afecta los planes de negocios proyectados y menoscaba el valor de la inversión realizada.

Citando jurisprudencia y doctrina al respecto, sostuvo que el Decreto causa perjuicios gravísimos, y aplicando el balance de daños esgrimió como tales, la pérdida de valor de Farmashop, la pérdida de ganancias, abandonar proyectos en marcha como el e-commerce y el call center, obligar a cerrar el centro de distribución de la empresa, no poder utilizar el

call center, ni realizar ventas por internet.

Afirmó, que acceder a la suspensión no pone en riesgo a la Administración ni el interés público, y que es la Administración la que debe demostrar los daños que genera la suspensión.

III) Que la Administración demandada, evacuando el traslado conferido, solicita el rechazo de la suspensión impetrada manifestando que no se cumplen los extremos legales para acceder al beneficio, e indicó que la actora, previamente a esta acción, acudió a la vía judicial promoviendo acción de amparo solicitando la suspensión del Decreto en cuestión, obteniendo sentencias favorables el Ministerio de Salud Pública, tanto en primera como en segunda instancia.

Sostuvo que en otras dos acciones de amparo, también se obtuvo el mismo fallo, y concluyó que el Ministerio de Salud Pública es competente para limitar por razones de interés general el funcionamiento de las farmacias.

IV) Que a fs. 62, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (dictamen 51/2015), aconsejó amparar la medida solicitada y, por ende, proceder a la suspensión del decreto procesado.

V) Se dispuso el pase a estudio y se citó a las partes para resolución (Decreto No. 1076/2015), la que se acordó en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) Que, la parte actora solicita la suspensión del Decreto 369/013, dictado por el Poder Ejecutivo el 10 de noviembre de 2013 y publicado en el Diario Oficial el 25 de noviembre de 2013, por cuanto entiende que: a) que la ilegitimidad del Decreto es manifiesta; y, b)

su aplicación causa daños superiores a los que la suspensión del mismo causaría a la Administración.

II) Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 15.869, el Tribunal podrá disponer la suspensión transitoria, total o parcial, del acto impugnado: a) cuando la ejecución del mismo, fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado (inciso 1º); b) cuando aquél aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal (inciso 3º).

En cuanto a esta segunda hipótesis, el Tribunal ha expresado en sentencia 791/2011 que: “.....el acto debe revelarse palmaria e irrefutablemente en abierta contradicción con la regla de derecho y que disipe cualquier margen de duda razonable acerca de su ilegitimidad.

Ha señalado el Tribunal que para acreditar el supuesto legal debe asistirse a una hipótesis:....de ostensible, patente, evidente, incuestionable ilegalidad del acto administrativo, por cuanto es éste el exacto significado que el legislador quiso atribuir a la oración de referencia (manifiestamente ilegal) en consonancia con lo que, ya antes, establece el CGP a través de múltiples normas donde se utiliza la misma expresión (Cfe. Sentencia 620/1999, vide también Sentencia 1098/1994).....”

Igualmente, en sentencia N° 744/2013, se dijo que. “....el Tribunal entiende que la accionante no logra acreditar la "ilegitimidad manifiesta" del acto impugnado, es decir, que dicha ilegitimidad surja con un grado tal de ostensibilidad o evidencia que no deje lugar a ningún margen de duda razonable al respecto.....”.

En este orden de ideas, y sin que implique prejuizgamiento alguno sobre la cuestión de fondo sometida a decisión de la Corporación, se estima que el acto administrativo impugnado no se divisa en franca y notoria contradicción con normas de superior rango normativo, que meritase el acogimiento de la medida incidental suspensiva, por la causal en estudio.

En esta estación procesal el análisis no se efectúa con la profundidad y rigor sustancial propio de otra etapa del procedimiento. La causal suspensiva no debe suponer la exploración exhaustiva del obrar administrativo para determinar su concordancia con la norma de mayor valía jurídica con la que se quiere correlacionársele (Cfm. 791/2011).

Por tanto, un análisis preliminar de la cuestión -propio de esta instancia incidental- arroja que, las normas legales a que refiere el decreto, no determina que la solución propiciada por éste, aparezca como manifiestamente ilegítima, por violación del principio de reserva legal.

III) Que, en ambas hipótesis de suspensión de ejecución del acto, debe señalarse que, tal como ha sostenido reiteradamente la Corporación, la suspensión constituye un instituto de amparo, de carácter preventivo, contra la actuación arbitraria o antijurídica de la Administración, y es una excepción al principio según el cual los recursos y acciones no suspenden la eficacia de tales actos.

Dada la naturaleza de instituto de excepción, el legislador lo disciplinó como potestad del Tribunal, siempre que el acto impugnado sea susceptible de causar un perjuicio en las condiciones prevenidas por la norma (Cfm.: sentencia 252/2015, entre otras).

En el supuesto referido en el literal a) del Considerando precedente, se reclama una ponderación entre el daño grave susceptible de ser sufrido

por el administrado y el que habría de sufrir la organización y funcionamiento del órgano público involucrado.

Como enseña CAJARVILLE PELUFFO: "...el balance requiere una valoración comparativa de los daños que los efectos del acto podrían ocasionar al demandante, con los que los intereses que la Administración debió tener en cuenta al dictarlo sufrirían con la suspensión....." (Sobre Derecho Administrativo, pág. 751).

En este orden de ideas, el Tribunal estima del caso recepcionar la pretensión de la parte respecto del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 369/013.

En el inciso 1º del precitado artículo 2º, se establece que ninguna persona física o jurídica, conjuntos económicos o grupos de sociedades podrá ser titular, en forma simultánea de establecimientos que se encuentren comprendidos en más de una de las categorías previstas en los artículos 6 (farmacia), 7 (farmacia hospitalaria), 8 (farmacia rural), 9 (farmacia homeopática) y 10 (droguería o distribuidor farmacéutico) del Decreto-ley 15. 703.

A su vez, el inciso 2º dispone que aquéllos que se encuentran incluidos en la limitación precedente, dispondrán de un plazo de adecuación de 180 días.

Si bien el inciso 1º puede considerarse que es de aplicación futura, el problema lo plantea el premencionado inciso 2º, en cuanto dispone la adecuación en el plazo de 180 días de aquéllos que se encuentran en la situación prevista en el inciso 1º.

Esta constituye una de las razones sostenidas por Farmashop para reclamar la suspensión del acto, dado que se encuentra comprendida en la hipótesis del Decreto, al poseer establecimientos en la categoría 6 y 10.

Así las cosas, es menester convenir que una decisión del tipo de la exigida, daña de manera grave la estructura del grupo empresarial, obstaculizando el funcionamiento de las 92 farmacias que lo constituyen.

El requisito reclamado por el inciso 1º del artículo 2º de la ley 15.869, esto es, que la ejecución del acto impugnado: "...fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves...", cabe tenerlo por acreditado, conforme a los principios informadores de la sana crítica, en especial, al apotegma de cómo suceden las cosas de ordinario, desde que el exigido "daño grave" está ínsito en la naturaleza de la medida adoptada en el referido inciso 2º.

Al respecto, resultan sumamente atendibles las razones y explicaciones que la parte expone a fs. 36 y sobre todo a fs. 36 vto. y, de ellas fluye de toda evidencia que, con tal medida, se imposibilita o dificulta el funcionamiento y el abastecimiento de las farmacias involucradas.

Por otra parte, la suspensión no afecta al órgano involucrado, por cuanto de lo que se trata, hasta que se resuelva el fondo del accionamiento, es de mantener el status quo.

Al respecto, expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía que:

".....No se aprecia, seriamente, que la política sanitaria del Estado se vea menoscabada por la suspensión transitoria parcial (inciso 2º del artículo 2º del Decreto 369/013) y, en consecuencia, que el interés prevalente sea la salud de la población, desde que la concentración empresarial de

establecimientos comprendidos en las categorías previstas en los artículos 6 a 10 del Decreto-ley 15.703, que se pretende restringir por la decisión adoptada, atañe a factores de mercado.

Por lo demás, como señala GARBERI LLOBREGAT, en consonancia con doctrina especializada: "...No puede admitirse un mero interés genérico por la ejecutividad de la actividad administrativa. Ha de tratarse, en cambio, de un interés específico, cualificado, prevalente, que esté exigiendo precisamente el cumplimiento inmediato de aquel acto concreto cuyos efectos se pretende dejar en suspenso temporalmente..." (Las medidas cautelares, en AA.VV. "Derecho Procesal Administrativo", pág. 687).

En el caso no median razones perentorias para sensatamente admitir que existe un calificado interés en que -en esta fase de cuestionamiento- el acto se ejecute, modificando el estado de situación hasta ese momento existente....".

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

RESUELVE :

Haciendo lugar a la suspensión de la ejecución del inciso segundo del artículo segundo del Decreto N° 369/013, y, desestimando la solicitud respecto del resto del articulado.

Dra. Sassón, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Tobía.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).