



ASESORÍA JURÍDICA
BFV / FSM

DICTA SENTENCIA EN SUMARIO SANITARIO ORDENADO
INSTRUIR MEDIANTE LA RESOLUCIÓN EXENTA NÚM. 5839
DE 2014, EN SALCOBRAND S.A., LOCAL 151.

RESOLUCIÓN EXENTA N° _____/

SANTIAGO, 002279 10.07.2015

VISTOS estos antecedentes: Resolución Exenta N° 5839 de 20 de noviembre de 2014 que ordena instruir sumario sanitario en el local 151 de Farmacia Salcobrand S.A.; providencia núm. 2508 de fecha 11 de noviembre de 2014 de la Jefa (S) de Asesoría Jurídica; memorando núm. 1444 de fecha 10 de noviembre de 2014 de la Jefa del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; acta núm. 380 de fecha 27 de octubre de 2014 levantada por los inspectores del Instituto de Salud Pública en el local 151 de Farmacia Salcobrand ubicado en Av. Vicuña Mackenna N° 6.100 local 3107, comuna de La Florida; informe técnico núm. 31 de fecha 28 de octubre de 2014 elaborado por los inspectores del Subdepartamento de Farmacia del Instituto de Salud Pública de Chile; cartas de la Gerencia de Personas, RSE y Comunicaciones de Salcobrand S.A. dirigidas a dependientes del local 151; listado de comisiones entregadas a dependiente de acuerdo a categorías de medicamentos; captura de pantalla de punto de venta donde se señala a qué grupo terapéutico pertenecen ciertos medicamentos; copia de liquidaciones de remuneraciones del mes de agosto y septiembre de trabajador Iván Díaz; providencia núm. 2424 de fecha 3 de noviembre de 2014 de la Jefa (S) de Asesoría Jurídica; escrito de complementación de solicitud de alzamiento de medida sanitaria de fecha 30 de octubre de 2014; presentación de solicitud de alzamiento de fecha 30 de octubre de 2014 de Salcobrand S.A.; listado de medicamentos según grupo terapéutico con el respectivo valor de comisión; providencia núm. 2868 de fecha 15 de diciembre de 2014 de la Jefa (S) de Asesoría Jurídica; memorando núm. 296 de fecha 9 de diciembre de 2014 del Jefe del Subdepartamento de Farmacia del Instituto de Salud Pública; servicio interno núm. 532 de fecha 28 de noviembre de 2014 de la Jefa (S) de Asesoría Jurídica; memorando núm. 1490 de fecha 17 de noviembre de 2014 de la Jefa del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; memorando núm. 1454 de fecha 11 de noviembre de 2014 de la Jefa del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; memorando núm. 1590 de fecha 5 de diciembre de 2014 de la Jefa del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; providencia núm. 2839 de fecha 29 de diciembre de 2014 de la Jefa (S) de Asesoría Jurídica; acta inspectiva núm. 631 de fecha 30 de octubre de 2014; acta inspectiva núm. 383 de fecha 30 de octubre de 2014 levantada por los inspectores del Instituto de Salud Pública en el local 224 de Farmacia Salcobrand; Resolución Exenta N° 203 de fecha 20 de enero de 2015 que ordena alzar medidas sanitarias de prohibición de funcionamiento en los locales 151 y 224 de Salcobrand S.A.; correo electrónico de notificación de Resolución Exenta N° 206 de 2015 de fecha 27 de enero de 2015; constitución de fiscalía; citaciones a representante legal y director técnico de Farmacia Salcobrand S.A. local 151; acta de audiencia de fecha 18 de marzo de 2015; escrito de descargos de fecha 18 de marzo de 2015 y documentos que se acompañan; y **TENIENDO PRESENTE**; lo dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; en los Títulos I del Libro Cuarto y en los Títulos II y III del Libro Décimo, todos del Código Sanitario; en el Decreto Supremo N° 466, de 1985 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados; en los artículos 59 letra b), 60 y 61 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469; y 4º letra b), 10º letra b) y 52º del Decreto Supremo N° 1.222, de 1996, de la misma Secretaría de Estado, que aprueba el Reglamento del Instituto de Salud Pública de Chile; en el Decreto 607 de 2014, del Ministerio de Salud; así como lo establecido en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, por medio de la Resolución Exenta 5.839, de fecha 20 de noviembre de 2014, se ordenó instruir sumario sanitario en el local 151 de SALCOBRAND S.A., con la finalidad de investigar y esclarecer los hechos singularizados en ella y perseguir las

responsabilidades sanitarias que pudieren de ellos derivar, en relación a la existencia de incentivos que la farmacia otorga a los dependientes de los establecimientos de expendio para inducir la venta de medicamentos, contraviniendo los incisos cuarto y quinto del artículo 100 en relación al inciso segundo del artículo 129, ambos del Código Sanitario.

SEGUNDO: Que, citados en forma legal a presentar sus descargos, se desarrolló audiencia de estilo con la comparecencia de don Nicolás Jadell Riveros, apoderado de la sociedad anónima, y en rebeldía del director técnico. El compareciente aportó descargos por escrito suscritos por el representante de Salcobrand don Carlos Aravena Villegas, expresando, en síntesis, lo que sigue:

a) Solicita se tenga presente el marco regulatorio establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de ser el derecho administrativo sancionador una manifestación del *ius puniendi* estatal y por tanto, le serían aplicables los principios inspiradores del ordenamiento penal, de lo que fluye que debe respetarse en el procedimiento administrativo principios como los de culpabilidad, proporcionalidad e inocencia.

b) La forma de ajustar los contratos a la Ley N° 20.724 sería absolutamente legal. SALCOBRAND agrupó la totalidad de los medicamentos en cuatro categorías terapéuticas, utilizando para ello las mismas categorías contenidas en el Decreto Supremo N° 3 de 2010 del Ministerio de Salud. Todos los productos de una misma categoría remuneran con un mismo valor. El sistema elimina las metas de ventas. Las comisiones se pagan sólo por la venta de la primera unidad del producto dentro de cada categoría. La segunda y demás unidades no generan comisión. De este modo, a juicio de la sumariada el sistema no induciría al personal de la farmacia a privilegiar la venta de un producto determinado por sobre otro, pues todos los productos de esa misma categoría reportarían el mismo beneficio patrimonial. Señala la sumariada que a su juicio la disposición del artículo 100 del Código Sanitario no imposibilita de forma absoluta la posibilidad de asociar algún tipo de emolumento variable a la venta de productos farmacéuticos. Se refiere a la opinión del Profesor Patricio Zapata Larraín quien, a propósito de la prohibición de los incentivos, señala que el artículo 100 no ha prohibido todos los incentivos económicos en materia de venta de productos farmacéuticos, tratándose de una prohibición limitada o condicionada. Acompaña, en el mismo sentido, Dictamen N° 4.901 de 2015.

c) Solicita se tenga presente el principio de proporcionalidad. Agrega, en ese sentido, que no ha habido daño a la salud de la población.

TERCERO: Que, previo a realizar el análisis de los hechos investigados en este proceso sumarial y de los descargos planteados, es necesario señalar las normas legales y reglamentarias aplicables al caso:

a) La letra b) del artículo 59 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2763, de 1979 y las leyes N° 18.469 y 18.933, señala que será función del Instituto de Salud Pública *“ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, detallando enseguida que dichas actividades comprenderán, entre otras, autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control, de acuerdo con las normas que determine el Ministerio de Salud; y controlar las condiciones de internación, exportación, fabricación, distribución, expendio y uso a cualquier título, como asimismo, de la propaganda y promoción de los mismos productos, en conformidad con el reglamento respectivo”*.

b) El artículo 96 del Código Sanitario dispone que el Instituto de Salud Pública de Chile es la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos, de los establecimientos del área y de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones que sobre esta materia se contienen en ese Código y sus reglamentos.

c) El artículo 100 del mismo Código, en sus incisos cuarto y quinto dispone: *“Quedan prohibidos la donación de productos farmacéuticos realizada con fines publicitarios y los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos o a los dependientes de los establecimientos de expendio y a cualquier otra persona que intervenga en la venta o administración de medicamentos.*

Se entenderá por incentivo cualquier pago, regalo, servicio o beneficio económico entregado o realizado a las personas señaladas en el inciso anterior, por parte de laboratorios farmacéuticos, droguerías, importadores o distribuidores de medicamentos, establecimientos farmacéuticos en general o por quienes los representen”.

d) Asimismo, el artículo 129, en su inciso segundo, prescribe: *“Las farmacias son centros de salud, esto es, lugares en los cuales se realizan acciones sanitarias y, en tal carácter, cooperarán con el fin de garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención de salud.*

Serán dirigidas por un químico farmacéutico y contarán con un petitorio mínimo de medicamentos para contribuir a las labores de farmacovigilancia”.

e) El artículo 166 del mismo cuerpo normativo, expresa: *“Bastará para dar por establecido la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales; o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla”.*

f) El artículo 174 del Código Sanitario dispone *“La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original. Las resoluciones que establezcan las infracciones y determinen las multas tendrán mérito ejecutivo y se harán efectivas de acuerdo con los artículos 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”.*

CUARTO: Que, a fin de ordenar el curso de los acontecimientos, resulta necesario tener claridad respecto de los hechos constatados por los inspectores en la visita inspectiva efectuada al local 151 de la sociedad anónima SALCOBRAND, tal como se expone en los considerandos que prosiguen.

QUINTO: Que, en lo que concierne a la visita efectuada al local 151, los inspectores se apersonaron el día 27 de octubre de 2014, dejando constancia de lo siguiente: *“Se revisa comunicación enviada por la empresa a los auxiliares donde se señala el nuevo sistema de pago de remuneraciones, el cual clasifica todos los medicamentos según categorías terapéuticas en 4 grandes grupos, pagándose un monto en dinero por cada medicamento, dependiendo del grupo al que pertenezca (se obtiene copia de documento). Se obtiene copia de documento que indica el detalle de comisiones canceladas a vendedores donde figuran los grupos terapéuticos señalados anteriormente con las denominaciones GM1, GM2, GM3 y GM4, y los respectivos montos que reciben por la venta de los medicamentos pertenecientes a cada grupo. Se obtiene imagen de pantalla de consulta de los puntos de venta donde se señala a qué grupo terapéutico pertenece un determinado medicamento. Se obtiene copia de pantalla que muestra el porcentaje de comisión asignado a cada medicamento. Dados los hechos observados se constata pago de incentivo por la venta de medicamentos, lo cual contraviene el uso racional de medicamentos y la normativa vigente, generando un riesgo inminente para la salud de la población. Previa comunicación con la jefatura superior, se determina prohibición de funcionamiento”.*

SEXTO: Que, en el informe técnico núm. 31 de 2014, elaborado por los propios fiscalizadores que concurrieron a la visita, que rola a fojas 6 de este expediente, se reitera que se constató el pago de incentivos en las remuneraciones del personal, lo cual contraviene el uso racional de medicamentos. Además, se acredita mediante los documentos que rolan de fojas 7 a 24, que en ese local, trabaja bajo el régimen de incentivos doña Gladys Patricia Durán Vargas, Alexis Enrique Flores Jiménez, Nelly Alejandra Salgado Agurto, Patricio Antonio Alvarado Aguilar e Iván Strogoff Díaz López.

SÉPTIMO: Que, a fojas 209 y siguientes, rolan contratos de trabajo y anexos de los mismos celebrados entre la farmacia sumariada y algunos de los dependientes individualizados en el considerando que precede, y que han sido aportados por la propia Farmacia SALCOBRAND en sus descargos. En el acápite “Remuneraciones” del contrato de uno de los trabajadores (fojas 211 vuelta) se señala: *“El empleador se obliga a remunerar al trabajador con: A) Sueldo base mensual de \$182.000.- (ciento ochenta y dos mil pesos) imponible; B) Comisiones: Las partes de común acuerdo establecen que el trabajador (a) percibirá mensualmente comisiones por las ventas brutas que realice personalmente, debiendo para su cálculo deducirse del precio de ventas todos los descuentos y/o bonificaciones efectuadas al cliente, según los siguientes tipos de venta, y que se detallan a continuación: Comisión general 0.210%; Comisión productos seleccionados, no marcas propias 1.680%; Comisión productos marcas propias 2.100%; Comisión Recetario Magistral 4.200%; Productos con bajo margen seleccionado: entre 0.700% y 1.680%. se entenderá por bajo margen, cualquier producto con un margen inferior al promedio de los productos que comercializa Salcobrand; Comisión por venta de planes telefónicos y avances en efectivo de la Tarjeta de Crédito Salcobrand 0.595%”. Las comisiones antes señaladas no son acumulables unas con otras, es decir cada tipo de producto tiene su propia comisión porcentual. Las partes acuerdan que si durante la vigencia del contrato de trabajo se produce al acaecimiento de cualquiera de las circunstancias que se expresan a continuación, las partes acordarán, a petición de la empresa, las nuevas condiciones y porcentajes para el periodo que restare del presente*

instrumento mediante la celebración de un anexo de contrato de trabajo complementario: cuando existan cambios en la productividad de la cadena; cuando a raíz del modelo de comisiones, las remuneraciones superen el porcentaje esperado respecto del margen o gastos de administración y ventas; cuando los productos con margen alto no sean los suficientes para poder cumplir con la meta de tener un 25% y un 50% de los productos en Grupo A o seleccionados; Cuando existan cambios legales o cambios en la industria que impidan a la empresa mantener los márgenes actuales. En caso de tratarse de una venta sujeta al 'Convenio Grandes Clientes', la comisión sobre la venta, es decir la que resulta una vez deducidos del precio de ventas todos los descuentos y/o bonificaciones efectuados al cliente, que realicen personalmente los vendedores, será de 0,210% sin importar el tipo de producto que se venda bajo esa modalidad". Por su parte, en el acápite "Prohibiciones" se señala en el numeral 11 que le está vedado al dependiente "Aceptar estímulos o incentivos de los proveedores, visitadores médicos, vendedores, etc. sin contar con el consentimiento expreso de la empresa". Se acompaña anexo de contrato que sólo deja constancia de la fecha del contrato, del sueldo base y de que el trabajador desempeña la función de AUXILIAR FARMACIA VENDEDOR MF.

OCTAVO: Que, con fecha 30 de octubre de 2014, SALCOBRAND S.A. solicitó ante este Servicio el alzamiento de la medida de prohibición de funcionamiento de su local 151, decretándose el alzamiento de la medida mediante Resolución Exenta N° 206 de fecha 20 de enero de 2015 tras allanarse SALCOBRAND a suspender transitoriamente el pago de los emolumentos variables respecto de productos farmacéuticos cuya condición de venta esté sujeta a receta médica en los locales afectados.

NOVENO: Que, al haberse ya discutido la procedencia de la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento, pronunciarse aquí respecto de ella resulta inoficioso.

DÉCIMO: Que, sin perjuicio de la dictación de la Resolución Exenta N° 206 de 2015, con fecha 20 de noviembre de 2014 se dictó la Resolución Exenta N° 5.839 que ordenó instruir sumario sanitario en el local 151 de la sociedad anónima SALCOBRAND, lo que trajo aparejado la presentación de descargos ya indicada en el considerando segundo de esta sentencia en audiencia de estilo de fecha 18 de marzo de 2015 que tuvo lugar en las dependencias de este Instituto, y respecto de la cual esta autoridad se pronunciará en las consideraciones venideras.

UNDÉCIMO: Que, respecto a que el derecho administrativo sancionador es una manifestación del *ius puniendi* estatal y, en consecuencia, debiera acreditarse la culpa para que proceda la sanción, imperioso resulta tener presente que para el desarrollo de la actividad farmacéutica y, en este caso, el expendio de medicamentos, el Estado impone deberes en forma objetiva a quienes ejecuten esa industria, lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa. Por otra parte, el Profesor Luis Cordero Vega señala que las *"exigencias típicas y objetivas de cuidado que se establecen, a fin de cautelar la gestión de intereses generales en materias especialmente reguladas, colocan a los entes objeto de fiscalización en una especial posición de obediencia respecto a determinados estándares de diligencia, cuya inobservancia puede dar lugar a la aplicación de las sanciones respectivas"*. Agrega el autor que *"Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado"*¹.

DUODÉCIMO: Que, el criterio anteriormente descrito ha sido materia de reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, quien ha resuelto que *"la circunstancia de que un régimen de responsabilidad no se cimiente en la culpa del autor, no lo transforma en inconciliable con nuestro ordenamiento, desde que un sistema objetivo o estricto no viola el principio constitucional de la presunción de inocencia. En efecto, la Constitución Política de la República prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, mas no la civil, de manera que la construida sobre la base de la protección al usuario -cual la de la especie - con prescindencia del castigo a la idea de falta, inspiradora de los Códigos Civiles clásicos, no hace sino reflejar modernas tendencias del Derecho de Daños contemporáneo, centrado en la víctima más que en el castigo del autor"*².

¹ CORDERO VEGA, Luis. *"Lecciones de Derecho Administrativo"*. Editorial Legal Publishing Chile. 2015. Pág. 503-504.

² CORTE SUPREMA. Tercera Sala Constitucional. 19 de mayo de 2015. Rol: 24.262-2014.

DÉCIMOTERCIO: Que, de lo dicho, se colige que el examen del reproche efectuado a la sumariada discurre sobre la determinación de la existencia de la culpa infraccional, lo que implica, por un lado, descartar la existencia de caso fortuito y la diligencia debida y, por otro, dar por acreditado el incumplimiento a la norma.

DÉCIMO CUARTO: Que, importante resulta prevenir que el hecho reprochado por esta autoridad sanitaria radica en la sola existencia de incentivos que la farmacia sumariada otorga a los dependientes de sus establecimientos de expendio. Es más, como puede desprenderse del tenor literal de la norma contenida en el artículo 100 del Código Sanitario, el legislador no ha supeditado la configuración de la conducta típica a la existencia de la concreción material del acto dispensador, y menos aún a un eventual resultado dañoso, bastando la evidencia del incentivo para que el hecho sea punible.

DÉCIMO QUINTO: Que, en lo que dice relación con el modelo de incentivos creado por SALCOBRAND, llama la atención a este sentenciador que se indique que las cuatro categorías en las que han agrupado a los medicamentos obedece a las contenidas en el Decreto Supremo N° 3 de 2010 del Ministerio de Salud. En efecto, el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos de Uso Humano aprobado por aquella norma no establece un catálogo de categorías terapéuticas como las que aparecen en las agrupaciones de SALCOBRAND. Ahora bien, aún en el evento de que así lo hubiese hecho el Ejecutivo, ello no sería en ningún caso una circunstancia que habilite a la sumariada para crear grupos de medicamentos y asignarles una indicación terapéutica y menos una comisión asociada a su expendio. De hecho, al existir medicamentos que tienen más de una indicación terapéutica aprobada en su registro sanitario, y al existir a su vez diferentes categorías de medicamentos con disímiles valores de comisión asociados a su expendio, se perfecciona el escenario para que un dependiente prefiera expender un producto de aquella categoría que en la venta le resulte más rentable.

DÉCIMO SEXTO: Que, continuando en la línea de los descargos, SALCOBRAND S.A. expone su propia interpretación de lo que el legislador pretendió regular en el artículo 100 del Código Sanitario. A ese respecto, ha dicho la cadena de farmacias que lo que en realidad quiso prohibir la ley es el incentivo económico a quienes dispensan medicamentos, pero no respecto de todos los medicamentos, sino aquel "determinado" producto respecto del cual se induzca a privilegiar su uso. En esta línea, expone su modelo de incentivos tal como se expresa en la siguiente comunicación enviada a sus dependientes (fojas 7 a 14):

El Nuevo Sistema clasifica todos los medicamentos según su categoría terapéutica, por ejemplo: anticonceptivos, hipoglucémicos, antihipertensivos, analgésicos, etc. A su vez, estas categorías se unen en 4 grandes Grupos asignando un valor único y distinto a pagar para cada uno de ellos. Este monto es el mismo para todo el grupo y, por tanto, para toda la categoría de productos farmacéuticos. De esta forma, y bajo el Nuevo Sistema, para el Auxiliar de Farmacia es, desde el punto de vista de sus remuneraciones, igual despachar un anticonceptivo de \$1.000 que uno de \$12.000, pues obtendrá el mismo monto por esta transacción como parte de su remuneración variable por medicamentos, sin perjuicio del pleno respeto a la normativa sanitaria vigente.

Los montos asociados a cada grupo han sido calculados de acuerdo al comportamiento histórico de compra de los consumidores y su comisión promedio actual, de tal forma de no perjudicar las remuneraciones variables de medicamentos de los colaboradores

Es así que aplicaremos la siguiente tabla:

Valor bruto a pagar:
Grupo 1 \$ 55 (cincuenta y cinco pesos)
Grupo 2 \$ 65 (sesenta y cinco pesos)
Grupo 3 \$ 80 (ochenta pesos)
Grupo 4 \$ 100 (cien pesos)

Para los vendedores Ingresados o ascendidos con fecha posterior al 21 de Julio del 2008 y para los efectos de dar cumplimiento al pago de la semana corrida, en conformidad a lo dispuesto por la ley N° 20.281, el 30% del valor indicado en la tabla precedente corresponde al pago de la semana corrida, de modo que en la liquidación de remuneraciones aparecerán ambos conceptos separadamente. Esto en conformidad a lo establecido en su actual contrato de trabajo.

Agrega la comunicación la siguiente información respecto a la productividad de sus dependientes:

Todos los meses se comparará la renta variable de medicamentos ganada (de los productos considerados por la ley) con el promedio calculado, pagándose el de mayor valor, ante la misma productividad. De no ser así, es decir, si la productividad es inferior a la establecida para el promedio de comparación, el promedio bajará en la misma proporción.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, cada una de las categorías está compuesta por un universo determinado de medicamentos; respecto de cada uno de ellos existe una comisión que es beneficio directo para el vendedor en caso de concretar una venta.

DÉCIMO OCTAVO: Que, de acuerdo a los descargos presentados por SALCOBRAND S.A., sería la frase “privilegiar el uso de determinado producto” que adoptó el legislador en el artículo 100 del Código Sanitario, el que habilitaría a la cadena de farmacias para incentivar a los expendedores en la venta de productos mediante el sistema de categorías, toda vez que la prohibición legal recaería sobre el incentivo a un medicamento específico y no a una clase de ellos. Este Director (S) tendrá por descartada aquella tesis, por los motivos que se exponen en las consideraciones que prosiguen.

DÉCIMO NOVENO: Que, en lo que dice relación con la opinión del Profesor Patricio Zapata en cuanto a la interpretación que efectúa del inciso cuarto del artículo 100 del Código Sanitario, y en lo que respecta al Dictamen N° 4.901 de 2015, este Director (S) sostiene que esos pronunciamientos no pugnan con lo que se reprocha por esta autoridad sanitaria, pues ni el Profesor ni el Dictamen se refieren a la supuesta procedencia de generar incentivos de categorías de medicamentos.

En tal sentido, imperioso resulta atender a la historia fidedigna de la ley. Así, recurriendo al propio espíritu de la misma, se extrae de la moción presentada por los Honorables senadores Mariano Ruiz-Esquide y Soledad Alvear³ el siguiente diagnóstico de la situación que pretendió corregir la ley: *“La diferencia entre un remedio y un veneno puede ser sólo la dosis. Los medicamentos no son un artículo que pueda ofrecerse en el mercado como cualquier otro. Es responsabilidad de todos cuidar la salud de la población y corregir la fuerte asimetría de información que presenta este mercado. Las personas no pueden saber todos los efectos que un fármaco puede producir, y los vendedores no tienen ningún incentivo para informarles, todos los incentivos están puestos en vender más medicamentos”*. Agregan los congresistas ya señalados, que *“Finalmente, se propone una norma a nuestro juicio trascendental consistente en prohibir todo incentivo en la venta de determinados medicamentos, con lo que se pone término a todo el sistema de remuneraciones actualmente aplicado por estas empresas y que se basa en los incentivos por venta de los medicamentos que le interesa vender a la farmacia por su mayor rentabilidad. Complementariamente y a modo de impedir burlar una auténtica competencia se establece la obligación de contar con mecanismos reales de comparación de precios refrendando la legislación de defensa de los derechos del consumidor a la que igualmente estas empresas se han intentado sustraer”*.

A mayor abundamiento, los parlamentarios efectúan un análisis de las causas de la demanda de medicamentos indicando que ella no obedece a la necesidad efectiva de su administración, sino que a estrategias comerciales de las propias cadenas farmacéuticas, como la sumariada, que inducen a la compra de este tipo de productos. Así, señala la moción ya referida que *“[...] el mayor consumo de medicamentos está dado también por las estrategias comerciales de las cadenas de farmacias que inducen a sus vendedores a colocar cada vez más medicamentos entre la población, sin ningún criterio de salud pública. Las metas de ventas de las cadenas no consideran si se requiere receta médica o no, no toman en cuenta si el sobreconsumo del medicamento puede acarrear consecuencias para la población”*.

VIGÉSIMO: Que, así las cosas, en el proyecto de ley⁴ se describió como un objetivo fundamental el *“Prohibir los incentivos por la venta de determinados medicamentos, que hoy forma parte del sistema de remuneraciones de los dependientes de farmacias”*⁵. Por su parte, el Presidente del Colegio Médico señaló que *“el sueldo de los dependientes de farmacia es variable y un componente importante de la remuneración se origina en los incentivos por la venta de determinados productos; entonces la regulación debe corregir la estructura de esas remuneraciones”*⁶.

³ Moción de los Senadores Mariano Ruiz-Esquide Jara y la Senadora Soledad Alvear Valenzuela. Fecha 19 de agosto, 2008. Cuenta en Sesión 45. Legislatura 356.

⁴ Boletín N° 6523-11

⁵ Historia de la Ley N° 20.724. Primer Informe de Comisión de Salud. Senado. Fecha 15 de julio, 2010. Cuenta en Sesión 40. Legislatura 358. Pág. 114.

⁶ Ídem. Pág. 33.

Asimismo, la propia Presidenta del Colegio de Químicos Farmacéuticos expuso que *“concuerdan con la prohibición de los incentivos relacionados con la venta o expendio de medicamentos”*. En el mismo orden de cosas, estimó *“indispensable prohibir a los productores o comercializadores de productos farmacéuticos pagar tales incentivos”*⁷.

Por otra parte, el propio Presidente de la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos, en tanto, explicitó su posición *contraria a cualquier tipo de incentivos* como forma de remunerar al personal de las farmacias, mientras que el Vicepresidente de la Cámara de la Industria Farmacéutica expresó su acuerdo, también, en cuanto a *prohibir los incentivos de cualquier tipo* en la comercialización de los productos farmacéuticos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, cabe precisar que durante la discusión parlamentaria, el actual artículo 100 del Código figuraba en el artículo 127 bis del proyecto, indicando aquél que *“la venta o expendio de medicamentos o productos farmacéuticos de cualquier clase no estará sujeta a incentivos de ninguna clase o naturaleza, ni para el vendedor o expendedor ni para el comprador o consumidor”*.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, la Comisión⁸, por su parte, respaldó unánimemente la proscripción de los incentivos en la venta de medicamentos para todos quienes intervienen en su prescripción, venta, dispensación, administración y consumo. En otros términos, esta prohibición afecta a los profesionales, dependientes y consumidores.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, continuando con lo que ha arrojado la revisión exhaustiva de la historia fidedigna de la ley, imprescindible resulta señalar que en la discusión en sala⁹, se señaló: *“es sumamente importante, para evitar distorsiones que se pueden traducir en un mayor costo para el usuario, la prohibición de incentivos de distinta naturaleza para profesionales, dependientes o consumidores”*. El Honorable Senador Muñoz Aburto, en tanto, dijo: *“Hasta ahora, lamentablemente, los mostradores de las farmacias, más que un lugar para acceder a una solución económica y eficaz al problema de salud, son el escenario de una cuasi guerra, en que los dependientes, a causa de las políticas de incentivo, tratan de influir en la decisión de los compradores al instarlos a preferir determinados productos. La transparencia, la solidaridad y la preocupación fundamental por la recuperación de la salud pasan a segundo plano en este tira y afloja, donde muchas veces también la prescripción médica es desatendida”*.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, ya en el Segundo Informe de la Comisión de Salud¹⁰, se plasmó que una de las ideas centrales del artículo 127 *ter*, en cuanto a la prohibición de los incentivos a la venta de productos farmacéuticos, quedó plasmada en los incisos cuarto y quinto del artículo 100 que se propuso en ese informe. Cabe destacar que se abandonó la idea contenida en el mencionado artículo 127 *ter*, de vincular la prohibición del incentivo a productos farmacéuticos que requieran receta médica, de modo que *la interdicción de los incentivos alcanza a cualquier producto farmacéutico, requiera o no prescripción*.

El Honorable Senador Girardi manifestó, en la misma línea, que *es imperativo poner freno a los incentivos por venta*, que se han convertido en el componente principal de la remuneración de los dependientes de farmacia. El Honorable Senador Rossi expresó que la prohibición del incentivo debe comprender todos los medicamentos, no sólo aquellos que requieren receta. El Honorable Senador Navarro, por su parte, añadió: *“Lo que hoy se llama “canela” en realidad es una comisión que se pacta entre el propietario de la farmacia y los trabajadores, lo que pasa a formar parte de la remuneración. En efecto, el sueldo base es el ingreso mínimo, y a él se le agregan las comisiones. ¿Qué son las comisiones? Un porcentaje del precio de los medicamentos. Por ejemplo: por la venta de paracetamol, 0,3 por ciento; de Tapsin, 2,4 por ciento. Eso constituye un incentivo para ofrecer y vender el producto que otorgue mayor comisión, porque al dueño de la farmacia así le interesa”*.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, finalmente, concluyendo las consideraciones relativas a la historia de la ley, en el Informe que evacuó posteriormente la Comisión Mixta¹¹, se dejó constancia de lo siguiente: *“En efecto, es imperioso que la ley promueva un mayor grado de desincentivo a la sustitución del medicamento solicitado por el paciente, lo que constituye una violación de la receta, o al hecho de que el dependiente adopte el rol de un médico y recomiende a los pacientes la*

⁷ *Ídem*. Pág. 40.

⁸ *Ídem*. Pág. 106.

⁹ Senado. Legislatura 358. Sesión 41. Fecha 10 de agosto, 2010. Discusión general.

¹⁰ Senado. Fecha 03 de enero, 2012. Cuenta en Sesión 22. Legislatura 360.

¹¹ Cámara de Diputados. Fecha 02 de enero, 2014. Cuenta en Sesión 107. Legislatura 361.

administración de algún fármaco ante una afección, incluso de aquellos que demandan una prescripción previa”.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, no resulta plausible, a juicio de este sentenciador, que la sociedad anónima sumariada pretenda argüir ante este Servicio que SALCOBRAND S.A. no cuenta con ninguna clase de mecanismo que incentive privilegiar la venta de un determinado producto, justificando su modelo de incentivos en la creación de categorías de productos y refugiándose en el vocablo “determinado producto” que utilizó el legislador para indicar que los incentivos sí pueden estar orientados a la venta de estos grupos de medicamentos, atendido que lo que solamente estaría prohibido, a su juicio, sería el incentivo de un solo producto determinado en reemplazo de otro.

De este modo, no cabe sino concluir que la configuración del modelo de incentivos propuesto por SALCOBRAND S.A. obedece a una manipulación espuria del texto expreso de la ley para conservar la supeditación de la variabilidad de la renta de sus dependientes al expendio indiscriminado de medicamentos, desarrollando su sistema remuneratorio de la misma forma en que lo hacían antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.724, sólo que esta vez en lugar de dirigir el incentivo a un producto, lo hacen respecto de un grupo de ellos, torciendo la redacción y finalidad de la prohibición consagrada en el artículo 100 del Código Sanitario.

Lo anterior constituye, de conformidad a la controversia instalada por SALCOBRAND S.A., el núcleo de la discusión que motiva el sumario de autos, por lo que el rechazo de aquella alegación tendiente a legitimar la existencia de incentivos por categorías, será determinante para efectos de lo que se resolverá.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, producto de lo anterior, esto es, la constatación empírica de la subsistencia de incentivos en la venta de medicamentos y la consiguiente defraudación a la norma y su espíritu, ha sido el propio legislador quien ha reforzado la redacción del artículo 100 del Código Sanitario. En efecto, la reciente modificación a ese cuerpo normativo aprobada por la Ley N° 20.850 en su artículo 34 N° 1, letra a), reemplaza los actuales incisos cuarto y quinto del artículo 100, por los siguientes:

“Prohíbese la donación de productos farmacéuticos realizada con fines publicitarios, como asimismo los incentivos de cualquier índole que induzcan a privilegiar el uso, prescripción, dispensación, venta o administración de uno o más productos farmacéuticos a cualquier persona que participe en la venta. Con todo, el Ministerio de Salud, mediante decreto supremo fundado, podrá incluir dentro de esta prohibición algunos elementos de uso médico.

Se entenderá por incentivo cualquier pago, regalo, servicio o beneficio económico entregado o realizado a las personas, por parte de laboratorios farmacéuticos, droguerías, importadores o distribuidores de medicamentos o establecimientos farmacéuticos, por quienes los representen o, en general, por quienes tengan algún interés en que se privilegie el uso de uno o más productos o dispositivos”.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, no debe soslayarse el hecho que junto con la prohibición de incentivos a la venta de fármacos, a través de la propia Ley N° 20.724, se limitó la publicidad de medicamentos, en atención, nuevamente, al resguardo del principio del uso racional de los mismos. De ello, se colige que subyace en la ley un cambio de paradigma respecto de la concepción del producto farmacéutico. Así, hoy no debe expendirse un medicamento con prescindencia de su régimen de venta; se prohíbe el estímulo económico en el acto dispensador y se restringe también la publicidad y promoción de los medicamentos, plasmándose, a su vez, una nueva forma de entender a la farmacia, que hoy ostenta la calidad normativa de ser un centro de salud.

En este estado de las cosas, cobra especial relevancia la forma en que la farmacia cumpla la normativa, y que esta debe atender a los fines impuestos por la carga que implica ser un centro de salud. De esta manera, no se satisfará el artículo 100 del Código Sanitario mediante acciones que, en la práctica, vulnere el principio de uso racional de medicamentos.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, complementando lo señalado en el considerando precedente, es dable aseverar que el modelo de incentivos de SALCOBRAND S.A., que se expuso en autos y cuya existencia fue también verificada por los fiscalizadores de este Instituto, no cumple con el resguardo al principio establecido en la ley de “uso racional de medicamentos”, y siendo aquel el *leitmotiv* de la prohibición de los incentivos actualmente consagrada en el artículo 100 del Código Sanitario, difícilmente puede sostenerse su legitimidad.

TRIGÉSIMO: Que, de lo dicho, fluye la evidente lejanía de la tesis sostenida por SALCOBRAND S.A. respecto a lo que el legislador efectivamente cautela y protege a

través de la prohibición de los incentivos. Pues, se entiende que el uso racional de los medicamentos consagrado en el artículo 129 del Código Sanitario no puede estar lo suficientemente amparado si se mantiene el régimen de competencia y estímulo de los vendedores por aumentar las unidades de venta de productos farmacéuticos. De este modo, no puede sino ser a través de la prohibición de los incentivos puestos en la dispensación de uno o más medicamentos (vistos como unidades o como categorías) que se cautele el bien jurídico protegido por la ley -salud pública- mediante el uso racional de los mismos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, se colige que es lógica y jurídicamente incompatible la correcta dispensación de cualquier medicamento si ella lleva de la mano el incentivo económico prohibido por el legislador.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, el Derecho Administrativo Sancionador corresponde a una potestad de la que está investida la Administración para velar por el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas mediante la imposición del acatamiento de una disciplina cuya observancia propende sin lugar a dudas a la realización de sus cometidos. En el Estado actual, las funciones de la Administración se han incrementado de manera notable, lo que ha conducido a que la represión de los ilícitos relacionados al ámbito administrativo que correspondía exclusivamente a la esfera judicial y, más concretamente a la jurisdicción penal, se muestra hoy insuficiente frente al aumento del repertorio de infracciones producto de la mayor complejidad de las relaciones sociales.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, la naturaleza intrínsecamente técnica y compleja de la actividad farmacéutica requiere de una Administración dotada de las atribuciones que le permitan controlar, fiscalizar y sancionar adecuadamente las conductas de reproche que se detecten en el ejercicio de sus funciones. De este modo, las coordinadas actuales del Derecho Administrativo Sancionador están dadas por la necesidad de otorgar a la Administración una potestad sancionadora capaz de disciplinar poderes privados que hoy se alzan como una de las principales amenazas a la efectividad de los derechos fundamentales¹². En ese sentido, y en razón de las modificaciones que ha introducido al Código Sanitario la Ley N° 20.724, la fiscalización del cumplimiento de la normativa relativa a las farmacias se encuentra radicada ahora en este Instituto de Salud Pública de Chile, razón por la cual al verificarse una infracción a cualquiera de las normas de dicho Código o en los reglamentos afines, serán aplicables las normas contenidas en el Libro X denominado "*De los procedimientos y Sanciones*", substanciándose el procedimiento administrativo sancionatorio ante este Servicio.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, la prueba, como se extrae del artículo 35 de la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, se aprecia en conciencia. Ello significa que rige el principio de libre apreciación de la prueba, el que se ha interpretado tradicionalmente acudiendo a la apreciación conjunta de la prueba y el concepto de sana crítica. En consecuencia, la Administración y, por ende este Servicio, puede y debe apreciar integralmente y con libertad las pruebas suministradas al expediente¹³.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, las actas cumplen con los requisitos exigidos en la ley para que tengan validez y, además, dejan constancia de la existencia de los incentivos otorgados a los dependientes de las farmacias.

Cabe aclarar en este punto que la constancia que las actas deben manifestar no recae en el haber presenciado por parte de los fiscalizadores el acto material y positivo de la dispensación de un medicamento no requerido. Ello, no sólo por la inmensa dificultad probatoria inherente al hallazgo, sino porque la conducta de reproche, de acuerdo al tantas veces mencionado artículo 100 del Código Sanitario, radica en la mera existencia del incentivo, cuya realidad está avalada por lo consignado en las actas, pero además por los antecedentes que pasan a formar parte de ella, como las liquidaciones de remuneraciones, comunicaciones emanadas desde la Gerencia de Personas, copia de anexos de contratos de trabajo, indicadores de productividad, etcétera. En ese sentido, todos y cada uno de los documentos anexos al acta y que sirvieron de base para la redacción de ella y del informe técnico, forman parte de la misma y constituyen elementos de juicio que este sentenciador debe valorar.

¹² QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio. *El procedimiento administrativo sancionador en la ley N° 19.880*. En "Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo". Thomson Reuters. Colección Estudios de Derecho Público. Santiago. 2014. Pág. 301 – 323.

¹³ JARA SCHNETTLER, Jaime; MATURANA MIQUEL, Cristián. Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 3. 2009. Páginas 1-28.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, a través de la contundencia de los otros instrumentos probatorios señalados en el considerando anterior, fluye que los dependientes de los locales de farmacia efectivamente mantienen vínculos laborales con SALCOBRAND. Dicho vínculo se materializa en contratos como los que obran en autos y que sujetan gran parte de la renta a los modelos de incentivos como el expuesto por la farmacia. De este modo, siendo los contratos individuales de trabajo los instrumentos que dan origen al incentivo, y por los cuales los dependientes se someten al modelo de remuneraciones –pues, en la práctica es sabido que estas cláusulas no son precisamente negociables- se concluye que existen tantos incentivos como contratos suscritos entre los dependientes y la sumariada.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, de otro lado, y respecto del modelo de incentivos en sí, cabe señalar que la separación del arsenal terapéutico en las categorías que ha anunciado SALCOBRAND S.A. no se traduce necesariamente en una estructura relacionada con las indicaciones terapéuticas de los medicamentos que componen esas categorías o grupos, por lo que pueden existir productos farmacéuticos que tengan una misma indicación (utilidad terapéutica), pero con un incentivo monetario diferente destinado a ser percibido por el vendedor (por estar en una categoría diversa). Se genera así una priorización hacia la dispensación de estos productos que presenten un mayor porcentaje de comisión, dando lugar a una “lógica” de desempeño -en el vendedor- fundada en la percepción de una mayor remuneración y no en la pura necesidad de expender al paciente el medicamento adecuado, actividad esta última que requiere de una evaluación que debe implicar un análisis de patologías basales, previas u otras, por un profesional competente para ello, y nunca un criterio económico para la decisión de venta.

Cabe hacer presente que un medicamento puede tener más de alguna indicación o finalidad terapéutica, vale decir, tener la capacidad de atender más de algún padecimiento, síntoma o enfermedad. De este modo, no resulta viable la categorización de los medicamentos en grupos de indicaciones terapéuticas, porque no se garantiza bajo ese sistema una distinción inequívoca entre los diversos productos y su actividad. De este modo, aún en el modelo de SALCOBRAND S.A. que predica el apego a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Sanitario, se puede hacer competir a los denominados “productos determinados” entre sí, ya que al tener dos productos con la misma utilidad terapéutica, pero encontrándose potencialmente en categorías distintas –y por ende, con bonos distintos- provoca que el dependiente privilegie aquel que le renta mayor margen de ganancia.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, es necesario señalar que la “justa retribución” a la que se refiere el constituyente en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental no depende ni debe depender, en caso alguno, de la existencia de incentivos económicos en la dispensación de un producto farmacéutico; ello, no sólo por la expresa prohibición contemplada en el ya mencionado artículo 100 del Código Sanitario, sino porque la variabilidad de la renta puede subsistir respecto de ítems distintos a la venta de fármacos. Así, no se vislumbra impedimento alguno en que la farmacia pueda establecer un sistema de incentivos o comisiones respecto de cuestiones ajenas a la venta de medicamentos, como podría ser, por ejemplo, la gestión operacional, la venta de productos de belleza o cosméticos, etcétera, siendo estos ítems –ajenos al expendio de medicamentos- perfectamente concordantes con el artículo transitorio de la Ley N° 20.724 cuando obliga a los empleadores a pagar las remuneraciones “con cargo a otros emolumentos variables”, no existiendo motivo alguno para subsumir estos otros estipendios a la comercialización indiscriminada de medicamentos que pretende evitar la ley.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, respecto del químico farmacéutico encargado del local sumariado, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 466, de 1984, haría plausible la discusión de la eventual existencia de su responsabilidad (junto con la propietaria de los locales) en función de la obligación general de cumplimiento normativo contemplada en el literal j) del artículo 24, no es menos cierto que existe entre ellos y SALCOBRAND S.A., una relación de subordinación y dependencia lo suficientemente poderosa como para no exigir en ellos la conducta de reprimir la política de incentivos que su empleadora instaló en sus locales. De este modo, y en función de lo prescrito en el artículo 26 del mismo Decreto, la propietaria de los locales es responsable ante esta autoridad sanitaria.

CUADRAGÉSIMO: Que, para resolver el fondo del asunto planteado, conviene tener presente los siguientes hechos acreditados en el sumario:

- a) Con fecha 27 de octubre de 2014, inspectores del Instituto de Salud Pública visitaron el local 151 de farmacia SALCOBRAND S.A., levantando acta N° 380.
- b) De acuerdo a lo constatado en el acta y habiendo tenido acceso este Servicio a los contratos de trabajo que SALCOBRAND mantiene con sus dependientes, liquidaciones de remuneraciones, ,

indicadores de productividad, modelo de incentivo expuesto por la propia farmacia a sus dependientes, se pudo verificar la existencia y pago de incentivos económicos dirigidos a cada uno de los vendedores del local de la cadena farmacéutica SALCOBRAND S.A., asociados a la venta de productos farmacéuticos a través de un sistema que agrupa a los medicamentos en categorías terapéuticas, asignándosele un monto de dinero a cada unidad de cada producto de cada una de esas categorías.

- c) Dentro de cada categoría de medicamentos, existen medicamentos cuyo régimen de expendio está sujeto a receta médica, y respecto de los cuales no se excluye el incentivo, en circunstancias que su venta debiera estar sólo motivada por la exhibición de aquel instrumento médico y no estimulada por el porcentaje de dinero que existe detrás de la comisión contemplada para esa especialidad farmacéutica.
- d) El incentivo económico que pacta SALCOBRAND S.A. con el dependiente de farmacia es personal para cada vendedor, en función de cada contrato de trabajo y de cada rendimiento.
- e) De acuerdo a las actas inspectivas y los documentos adjuntos en cada una de ellas, se pudo verificar que los incentivos existen respecto de, al menos, los siguientes trabajadores:
 - i. Gladys Patricia Durán Vargas
 - ii. Alexis Enrique Flores Jiménez
 - iii. Nelly Alejandra Salgado Agurto
 - iv. Patricio Antonio Alvarado Aguilar
 - v. Iván Strogoff Díaz López

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, no existe lugar a dudas de que la sociedad anónima sumariada fomenta y promueve la competencia entre trabajadores dependientes de farmacia, en tanto cada uno de ellos será mejor remunerado en función de la cantidad de clientes que logre captar para venderle la mayor cantidad de medicamentos, de modo que ese porcentaje de remuneración variable asociado a la venta unitaria por producto corresponde al incentivo que se define en el inciso quinto del artículo 100 del Código Sanitario. Ello genera que los pacientes adquieran más productos farmacéuticos que aquellos que realmente necesitan.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, acorde con el espíritu de la Ley N° 20.724, esta viene en reconocer legalmente a las farmacias como *“centros de salud”*, reemplazando el Libro Sexto del Código Sanitario denominado *“DE LOS LABORATORIOS, FARMACIAS Y OTROS ESTABLECIMIENTOS”* por *“DE LOS ESTABLECIMIENTOS DEL AREA DE LA SALUD”*. Así, el nuevo texto del artículo 121 señala: *“Son establecimientos del área de la salud aquellas entidades públicas o privadas que realizan o contribuyen a la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas. Estos establecimientos requerirán, para su instalación, ampliación, modificación o traslado, autorización sanitaria de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la región en que se encuentren situados, la que se otorgará previo cumplimiento de los requisitos técnicos que determine el reglamento, sin perjuicio de las atribuciones que este Código confiere al Instituto de Salud Pública de Chile”*.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, a su turno, en el Título III de este Libro se incorpora a las farmacias como establecimientos de salud, cuya definición y función se precisan en el inciso segundo del artículo 129: *“Las farmacias son centros de salud, esto es, lugares en los cuales se realizan acciones sanitarias y, en tal carácter, cooperarán con el fin de garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención de salud. Serán dirigidas por un químico farmacéutico y contarán con un petitorio mínimo de medicamentos para contribuir a las labores de farmacovigilancia”*. Esta disposición legal es de suma relevancia para efectos de comprender cuál es la naturaleza jurídico-sanitaria de las farmacias y, asimismo, para definir cuál es su función. Al efecto, ha señalado el legislador en primer lugar que son centros de salud, vale decir, no son asimilables a un almacén, bazar o supermercado, porque la naturaleza intrínseca de los bienes que comercializa producen efectos directos e inmediatos en la salud de las personas, viendo restringida su actividad conforme las exigencias sanitarias que imponga el ordenamiento jurídico y la autoridad encargada de su fiscalización. Respecto de la función, ha quedado expresamente establecido que corresponderá a las farmacias cooperar con el fin de **garantizar el uso racional de medicamentos**, es decir, entregar un servicio, más allá de un producto.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, al efecto, la dimensión estrictamente comercial de la farmacia, se ve necesariamente restringida por la carga pública que implica ser un centro de salud. En este contexto, la actividad de la farmacia debe adecuarse a los fines del Estado relacionados con la garantía de acceso a las acciones de salud, mediante la dispensación de productos farmacéuticos con estricta subordinación al principio de *“uso racional de los medicamentos”*.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, concordante con ello, la ley impone para su funcionamiento la exigencia de la presencia de un químico farmacéutico, quien la dirigirá técnicamente, debiendo estar presente durante todo el horario de funcionamiento del establecimiento, correspondiéndole *realizar o supervisar la dispensación adecuada de los productos farmacéuticos conforme a los términos dispuestos en la receta, informar personalmente y propender a su uso racional, absolviendo las consultas que le formulen los usuarios*. También deberá ejercer la permanente vigilancia de los aspectos técnico-sanitarios del establecimiento. En el ejercicio de su función de dispensación, dichos profesionales deberán, además, efectuar o supervisar el fraccionamiento de envases de medicamentos para la entrega del número de dosis requerido por la persona, según la prescripción del profesional competente.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, el Derecho Administrativo Sancionador corresponde a una potestad de la que está investida la Administración para velar por el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas mediante la imposición del acatamiento de una disciplina cuya observancia propende sin lugar a dudas a la realización de sus cometidos. En el Estado actual, las funciones de la Administración se han incrementado de manera notable, lo que ha conducido a que la represión de los ilícitos relacionados al ámbito administrativo que correspondía exclusivamente a la esfera judicial y, más concretamente a la jurisdicción penal, se muestra hoy insuficiente frente al aumento del repertorio de infracciones producto de la mayor complejidad de las relaciones sociales.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, la naturaleza intrínsecamente técnica y compleja de la actividad farmacéutica requiere de una Administración dotada de las atribuciones que le permitan controlar, fiscalizar y sancionar adecuadamente las conductas de reproche que se detecten en el ejercicio de sus funciones. De este modo, las coordinadas actuales del Derecho Administrativo Sancionador están dadas por la necesidad de otorgar a la Administración una potestad sancionadora capaz de disciplinar poderes privados que hoy se alzan como una de las principales amenazas a la efectividad de los derechos fundamentales¹⁴. En ese sentido, y en razón de las modificaciones que ha introducido al Código Sanitario la Ley N° 20.724, la fiscalización del cumplimiento de la normativa relativa a las farmacias se encuentra radicada ahora en este Instituto de Salud Pública de Chile, razón por la cual al verificarse una infracción a cualquiera de las normas de dicho Código o en los reglamentos afines, serán aplicables las normas contenidas en el Libro X denominado "*De los procedimientos y Sanciones*", substanciándose el procedimiento administrativo sancionatorio ante este Servicio.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, de acuerdo a la documentación recopilada, donde consta la existencia del sistema de incentivos por venta de medicamentos, se colige que, al menos hasta el mes de octubre de 2014, SALCOBRAND S.A. mantenía seis trabajadores sujetos a este sistema en el local 151 de su cadena farmacéutica, a fin de inducirlos a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos¹⁵.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, de esta forma, los hechos objeto del sumario, ya acreditados, se subsumen en la prohibición consagrada en el artículo 100 del Código Sanitario, constituyendo la inobservancia reprochada, de acuerdo al mérito de lo expuesto en las consideraciones anteriores, una infracción de las más graves contempladas en el ordenamiento jurídico sanitario vigente en función de la afectación al bien jurídico salud pública protegido mediante el principio de uso racional de medicamentos consagrado en el artículo 129 del Código del ramo.

QUINCUAGÉSIMO: Que, lo anterior se hace presente para los efectos de fijar el *quantum* de la sanción a aplicar, por cuanto debe propenderse a resguardar la finalidad de la sanción, en términos tales que esta tenga una entidad respecto de la cual que sea posible predicar de ella que guarda armonía y proporcionalidad con los antecedentes allegados al proceso administrativo sancionatorio, y calificarla finalmente como la que corresponde a la infracción cometida, según lo exige el artículo 171 del Código Sanitario. Asimismo, debe entenderse que, conjuntamente con la finalidad retributiva de la infracción cometida, la pena tiene una finalidad preventiva que exige que esta sea de una entidad suficiente que permita estimar que el infractor no volverá a incurrir en una conducta ilícita.

¹⁴ QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio. *El procedimiento administrativo sancionador en la ley N° 19.880*. En "Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo". Thomson Reuters. Colección Estudios de Derecho Público. Santiago. 2014. Pág. 301 – 323.

¹⁵ Cabe recordar que en voto de disidencia el Ministro Pedro Pierry señaló: "*que lo apropiado era entender que si el ingreso económico de los dependientes está en relación con la venta de medicamentos, ello, como lo señala la Organización Mundial de la Salud, constituye un peligro para la salud pública*". Corte Suprema, Rol: 1611-2015. 13 de abril de 2015.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, en síntesis, al haberse desechado las alegaciones y defensas realizadas por la sumariada en sus descargos, no queda sino tener por acreditada la culpa infraccional y, por ende, establecida la infracción a la normativa sanitaria, por lo que dicto la siguiente:

R E S O L U C I Ó N :

1. **APLÍCASE UNA MULTA de 1.000 UTM** (mil unidades tributarias mensuales) a SALCOBRAND S.A., RUT: 76.031.071-9, representada por don Carlos Alberto Arenas Villegas, cédula de identidad núm. 16.067.042-8, domiciliados ambos en Huérfanos N° 835, piso 12, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, por su responsabilidad acreditada en la contravención al artículo 100 del Código Sanitario, al establecer un sistema de incentivos, a fin de inducir a la dependiente de farmacia doña **Gladys Patricia Durán Vargas**, cédula de identidad núm. 11.756.213-1, al menos hasta el mes de octubre de 2014, a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en el local 151.
2. **APLÍCASE UNA MULTA de 1.000 UTM** (mil unidades tributarias mensuales) a SALCOBRAND S.A., RUT: 76.031.071-9, representada por don Carlos Alberto Arenas Villegas, cédula de identidad núm. 16.067.042-8, domiciliados ambos en Huérfanos N° 835, piso 12, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, por su responsabilidad acreditada en la contravención al artículo 100 del Código Sanitario, al establecer un sistema de incentivos, a fin de inducir al dependiente de farmacia don **Alexis Enrique Flores Jiménez**, cédula de identidad núm. 13.934.201-1, al menos hasta el mes de octubre de 2014, a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en el local 151.
3. **APLÍCASE UNA MULTA de 1.000 UTM** (mil unidades tributarias mensuales) a SALCOBRAND S.A., RUT: 76.031.071-9, representada por don Carlos Alberto Arenas Villegas, cédula de identidad núm. 16.067.042-8, domiciliados ambos en Huérfanos N° 835, piso 12, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, por su responsabilidad acreditada en la contravención al artículo 100 del Código Sanitario, al establecer un sistema de incentivos, a fin de inducir a la dependiente de farmacia doña **Nelly Alejandra Salgado Agurto**, cédula de identidad núm. 16.524.798-1, al menos hasta el mes de octubre de 2014, a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en el local 151.
4. **APLÍCASE UNA MULTA de 1.000 UTM** (mil unidades tributarias mensuales) a SALCOBRAND S.A., RUT: 76.031.071-9, representada por don Carlos Alberto Arenas Villegas, cédula de identidad núm. 16.067.042-8, domiciliados ambos en Huérfanos N° 835, piso 12, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, por su responsabilidad acreditada en la contravención al artículo 100 del Código Sanitario, al establecer un sistema de incentivos, a fin de inducir al dependiente de farmacia don **Patricio Antonio Alvarado Aguilar**, cédula de identidad núm. 16.383.996-2, al menos hasta el mes de octubre de 2014, a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en el local 151.
5. **APLÍCASE UNA MULTA de 1.000 UTM** (mil unidades tributarias mensuales) a SALCOBRAND S.A., RUT: 76.031.071-9, representada por don Carlos Alberto Arenas Villegas, cédula de identidad núm. 16.067.042-8, domiciliados ambos en Huérfanos N° 835, piso 12, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, por su responsabilidad acreditada en la contravención al artículo 100 del Código Sanitario, al establecer un sistema de incentivos, a fin de inducir al dependiente de farmacia don **Iván Strogoff Díaz López**, cédula de identidad núm. 8.531.513-7, al menos hasta el mes de octubre de 2014, a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en el local 151.
6. **ABSUÉLVASE** al químico farmacéutico (director técnico) encargados del local 151 de SALCOBRAND S.A. del cargo relativo a la existencia de los incentivos

destinados a inducir a privilegiar el uso de determinados medicamentos en el proceso de venta de los productos que se expenden en sus locales.

7. **TÉNGASE PRESENTE** que el pago de las multas impuestas en los numerales precedentes de esta parte resolutive, deberán efectuarse en la Tesorería del Instituto de Salud Pública de Chile, ubicada en Avda. Marathon N° 1.000, Comuna de Ñuñoa, de esta ciudad, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Código Sanitario.

8. **INSTRÚYASE** al Subdepartamento de Gestión Financiera, que comunique a esta Asesoría jurídica el hecho de haber recibido el pago de la multa, en un plazo de 5 días hábiles a contar de su recepción.

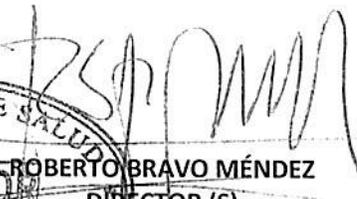
9. **TÉNGASE PRESENTE** que la presente resolución podrá impugnarse por la vía de los siguientes recursos:

a) Recurso de reposición establecido en el artículo 10° de la Ley N° 18.575 ante el Director del Instituto de Salud Pública, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la resolución al interesado; o

b) Recurso judicial establecido en el artículo 171 del Código Sanitario, ante la Justicia Ordinaria Civil, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la resolución.

10. **NOTIFÍQUESE** la presente resolución a los apoderados de SALCOBRAND S.A. don **Álvaro Villa Vicent, Jesús Vicent Vásquez, Daniela Montebruno y Nicolás Jadell Riveros**, al domicilio ubicado en Huérfanos N° 835, piso 12 norte, oficina 1203, comuna y ciudad de Santiago, sea por un funcionario de este Instituto o por Carabineros de Chile, en la forma señalada en el artículo 165 del Código Sanitario.

Anótese y comuníquese



MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA DE CHILE
DIRECTOR (S)
ROBERTO BRAVO MÉNDEZ
DIRECTOR (S)

10/07/2015
Resol A1/N° 696
Ref.: F14/0164

Distribución:

- Álvaro Villa Vicent, Jesús Vicent Vásquez, Daniela Montebruno y Nicolás Jadell Riveros
- Asesoría Jurídica.
- Subdepartamento de Gestión Financiera
- Subdepartamento de Farmacia
- Jefatura ANAMED
- Gestión de Trámites


MINISTRO DE FE


Transcrito fielmente
Ministro de fe

Avda. Marathon N° 1000, Ñuñoa - Casilla 48 - Fono 257551004 Fax 25755684 - Santiago, Chile - www.ispch.cl