



ASESORÍA JURÍDICA

FSM/TSO

DICTA SENTENCIA EN SUMARIO SANITARIO
ORDENADO INSTRUIR MEDIANTE LA RESOLUCIÓN
EXENTA N° 148, DE 11 DE ENERO DE 2017, EN
DROGUERÍA GADOR, DE LA COMUNA DE
PROVIDENCIA.

RESOLUCIÓN EXENTA N° _____/

SANTIAGO, 2351 *16.05.2017

VISTOS; a fojas 1, La Resolución Exenta N° 148, de 11 de enero de 2017, que ordena instruir sumario sanitario en Droguería Gador; a fojas 3, providencia interna N°18, de 5 de enero de 2017, de la Jefatura de Asesoría Jurídica; a fojas 4, memorando N° 11, de 4 de enero de 2017, del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; a fojas 5, informe de fiscalización N° 834/16, de 27 de diciembre de 2016, elaborado por el Subdepartamento de Farmacias; ; a fojas 6, acta inspectiva N° 834/16, de 21 de septiembre de 2016, levantada por los inspectores del Instituto de Salud Pública de Chile en dependencias de Droguería Gador; a fojas 7 y 10, documentos puestos a disposición por Droguería Gador; a fojas 11 y 12, recurso de reposición de Droguería Gador, interpuesto en contra de acta inspectiva N° 834/16, de 21 de septiembre de 2016; a fojas 13, acta de audiencia de estilo de 22 de febrero de 2017; a fojas 14 a 31, escrito de descargos acompañado por la sumariada; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el Derecho Administrativo Sancionador corresponde a una potestad de la que está investida la Administración del Estado, a fin de velar por el cumplimiento de las normas y reglamentos cuya vigilancia le ha sido encomendada.

SEGUNDO: 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. En ese sentido, el artículo 96 del Código Sanitario radica la función de fiscalización del cumplimiento de la normativa relativa a las farmacias 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.

TERCERO: Que, en virtud de lo anterior, por medio de la Resolución Exenta N° 148, de 11 de enero de 2017, se ordenó instruir sumario sanitario en Droguería Gador, con el objeto de perseguir las responsabilidades sanitarias que pudieran de ellos derivar, relativas a: a) El laboratorio cuenta con listado de precios disponible en página web de Gador, desde septiembre de 2016, y se detalla: Descuento financiero, el que corresponde al tipo de descuento por fecha de pago. Dicho descuento tiene un máximo de 3% por pago contado, siendo el único descuento de la lista de precios; Listado de precios y productos, el que detalla la totalidad de los productos de Gador, correspondientes a fármacos antiretrovirales, fármacos oncológicos, inmunosupresores, hemoderivados, entre otros. Dichos productos según declara la directora técnico corresponden en su mayoría (90%), a terapias dentro de programas ministeriales o GES, por lo que su venta está relacionada principalmente a licitaciones a establecimientos públicos (Hospitales, Cenabast). Las ventas a privados se realiza a instituciones que realizan prestaciones GES; Se solicitaron facturas durante la visita inspectiva, a las que los fiscalizadores no pudieron tener acceso, dado que de acuerdo a instrucciones de la sociedad solo pueden ser presentadas ante el Servicio de Impuestos Internos; b) La droguería fiscalizada efectúa una ficha de creación de clientes públicos, en el que solicita

individualización del cliente con datos comerciales (representante legal, encargado de compras, encargado de pago) y su respectiva autorización sanitaria, para poder ser creado como cliente, siendo la resolución sanitaria y fotocopia del RUT obligatorios; c) A la solicitud de envío de facturas y ventas de notas de crédito realizadas entre el 15 de agosto de 2016 y el 26 de agosto de 2016, Gador efectuó una impugnación mediante un recurso de reposición al acta levantada por los fiscalizadores de este Instituto, señalando que la normativa sanitaria vigente tiene por objeto el fomento, protección y recuperación de la salud de las personas, no existiendo facultades para examinar documentos contables o de naturaleza tributaria.

Todo lo anterior podría ser constitutivo de infracción en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.724 y artículo 162° del Código Sanitario.

CUARTO: Que, citados a la audiencia de estilo, comparece don Luis Ramiro Moya Gutiérrez, abogado, cédula nacional de identidad N° 10.686.492-6, en representación de Droguería Gador y de la Directora Técnico de la misma, conforme a poder debidamente autorizado ante Notario Público. En el acto de audiencia, acompaña escrito de descargos, efectuando las alegaciones y defensas que se exponen, resumidamente, a continuación:

a) Alega defectos y vicios en la iniciación del procedimiento sanitario: Expone el apoderado de los sumariados, que la Jefatura de la Unidad de Asesoría Jurídica no cuenta con facultades para instruir sumarios sanitarios. Esto se desprende de lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 335 y 334 de 2011, correspondiendo dicha facultad al Departamento Agencia Nacional de Medicamentos y no a la Unidad dependiente de Dirección.

b) En razón de la alegación antes expuesta, esgrime el compareciente que los Órganos de la Administración del Estado deben sujetarse a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y por lo tanto, al excederse de sus competencias y facultades, sus actos serían nulos. Aduce además que es erróneo que la facultad de instruir sumarios sanitarios se encuentre delegada en la Unidad de Asesoría Jurídica mediante la Resolución Exenta N° 2.194 de 2010, dado que por un aspecto temporal la Resolución Exenta N° 334 de 2011 es posterior, y por lo tanto la facultad de instruir sumarios por parte de la Jefatura de Asesoría Jurídica se encontraría tácitamente derogada. También estima que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 41° de la Ley N° 18.575, en la que la delegación de facultades debe efectuarse a un funcionario de la dependencia de los delegantes, y la Jefatura de la Unidad de Asesoría Jurídica jamás ha sido dependiente del Subdepartamento de Inspecciones del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos, sino únicamente depende de la Dirección del Instituto de Salud Pública de Chile, solicitando la declaración de nulidad de la instrucción de sumario sanitario N° 148 de 2011.

c) Sobre la sustanciación del procedimiento sanitario y el cargo formulado: Señalan los sumariados en su escrito de descargos, que no existirían hechos constitutivos de infracción sanitaria. En primer lugar, indican que el artículo 2° de la Ley N° 20.724, describe la conducta prohibida, esto es realizar prácticas que impliquen discriminar a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra. Señala el representante de Gador y de la Directora Técnico, que en los cargos formulados no se vislumbra ninguna práctica que implique algún tipo de discriminación a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra, es más, ni siquiera se menciona a una farmacia o almacén farmacéutico, describiendo más que nada conductas apegadas a la Ley.

d) En razón de lo anterior, señalan que el recurso de reposición interpuesto en contra del acta levantada por los inspectores del Instituto de Salud Pública, tiene por objeto dejar a la vista que hubo un exceso de la Autoridad Sanitaria en solicitar documentos que no se encuentran dentro de sus competencias, atendido lo dispuesto en los artículos 155° y 162° del Código Sanitario, encontrándose dicha facultad reservada a otro Órgano del Estado (Servicio de Impuestos Internos), debiendo efectuarse una interpretación restrictiva y literal de la norma, careciendo por lo tanto el Instituto de Salud Pública de competencias para solicitar al fiscalizado antecedentes relacionados a facturas, debiendo por lo tanto absolverse a los sumariados dado que no existe infracción alguna a la normativa sanitaria vigente.

e) El compareciente, junto con el escrito de descargos, viene en acompañar el siguiente documento:

- Poder debidamente autorizado ante Notario Público Alfredo Martín Illanes, fechado el día 26 de enero de 2017.

QUINTO: Que, por medio del acta N° 831/16, de 21 de septiembre de 2016, levantadas por funcionarios de este Instituto, con motivo de la visita inspectiva efectuada a Droguería Gador, ubicada en Antonio Bellet N° 444, piso 8, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, los fiscalizadores de este Servicio constataron las siguientes circunstancias: El laboratorio cuenta con listado de precios disponible en página web de Gador, desde septiembre de 2016, y se detalla: Descuento financiero, el que corresponde al tipo de descuento por fecha de pago. Dicho descuento tiene un máximo de 3% por pago contado, siendo el único descuento de la lista de precios; Listado de precios y productos, el que detalla la totalidad de los productos de Gador, correspondientes a fármacos antiretrovirales, fármacos oncológicos, inmunosupresores, hemoderivados, entre otros. Dichos productos según declara la directora técnico corresponden en su mayoría (90%), a terapias dentro de programas ministeriales o GES, por lo que su venta esta relacionada principalmente a licitaciones a establecimientos públicos (Hospitales, Cenabast). Las ventas a privados se realiza a instituciones que realizan prestaciones GES; Se solicitaron facturas durante la visita inspectiva, a las que los fiscalizadores no pudieron tener acceso, dado que de acuerdo a instrucciones de la sociedad solo pueden ser presentadas ante el Servicio de Impuestos Internos; La droguería efectúa una ficha de creación de clientes públicos, en el que solicita individualización del cliente con datos comerciales (representante legal, encargado de compras, encargado de pago) y su respectiva autorización sanitaria, para poder ser creado como cliente, siendo la resolución sanitaria y fotocopia del RUT obligatorios.

En este sentido, habiéndose constatado las circunstancia descrita, es dable para esta Autoridad Sanitaria dar cabal cumplimiento al artículo 166 del Código Sanitario que dispone que: *"Bastará para dar por establecida 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."*

SEXTO: Que, en primer lugar, en lo que dice relación con la alegación solicitando la declaración de nulidad del procedimiento sanitario por adolecer el mismo de vicios en su tramitación, por cuanto Jefe de la Asesoría Jurídica carece de facultades para instruir sumarios sanitarios, este Director rechaza su alegación, puesto que lo hace en uso de las facultades que le otorga la letra l) del punto 8 de la Resolución Exenta 2194, de 12 de noviembre de 2010, del Instituto de Salud Pública de Chile, en la cual se señala "Instruir sumarios sanitarios". A mayor abundamiento –solo para efectos de resolver este punto, el cual es artificialmente contencioso- debe distinguirse a un nivel conceptual una resolución o normativa que determine la estructura orgánica de un Servicio, de aquella que delegue facultades dentro del mismo. Mientras la primera forma parte de las facultades inherentes al Jefe de Servicio respectivo, que le permite estructurar, reestructurar, organizar y reorganizar al mismo, la segunda es aquella que comisiona determinadas potestades en el competente funcionario. De modo que, siguiendo las normas delegatorias de facultades, la letra l), del punto 8, de la Resolución Exenta 2194, otorga la potestad necesaria para instruir sumario al Jefe de la Asesoría Jurídica. En cambio, la citada Resolución Exenta 334, de 2011, al tratarse de una norma de carácter organizativo, solo puede establecer funciones y fijar estructuras, cediendo por criterio de especialidad ante la primera, debiendo por lo tanto no proceder a acoger la solicitud efectuada por el apoderado de los sumariados.

SÉPTIMO: Que, lo que dice relación con el cargo formulado en la instrucción de sumario sanitario e individualizado en el considerando tercero del presente acto administrativo, el artículo 2 de la Ley N° 20.724 dispone que; *"Los proveedores de productos farmacéuticos, ya sean laboratorios farmacéuticos, importadores o distribuidores, estarán obligados a publicar los precios de los productos que expenden y los descuentos por volumen que apliquen en sus ventas, indicando cada tramo de descuento. Además, no podrán realizar prácticas que*

impliquen discriminar a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra. La infracción a este artículo será sancionada conforme al artículo 174 del Código Sanitario". En tal contexto normativo, el precepto puede descomponerse en dos obligaciones, las cuales dentro de la teoría de las mismas, resultan en una positiva y una negativa. La primera consistente en publicar los precios de los productos a la venta y descuentos por volumen que se apliquen a las transacciones de los mismos, con indicación expresa de cada tramo, y, por otra, una segunda por medio de la cual los proveedores deben abstenerse en la realización de prácticas que pudieren resultar discriminatorias.

OCTAVO: Que, en ese contexto, se advierte que los hechos imputados en el presente proceso sumarial están relacionados con la posible vulneración de su obligación negativa, es decir, la abstención de realización de prácticas que impliquen discriminación a las farmacias o almacenes farmacéuticos en razón de su tamaño o por no pertenecer a una cadena de farmacias o a una asociación o agrupación de compra.

NOVENO: Que, si bien en el acta inspectiva se deja constancia de la forma en que se realizan los descuentos a través de su política de precios, llama la atención el ítem de los descuentos financieros que Droguería Gador efectúa *"Prevía evaluación financiera de la institución, asignándole un monto y plazo de crédito, cuya aprobación quedará a criterio de las políticas internas del área de Ventas y Finanzas de Gador Ltda"*. Habiéndose constatado dicha circunstancia, se solicitó a la sociedad facturas de ventas y notas de crédito realizadas entre el 15 de agosto de 2016 y el 26 de agosto de 2016, otorgando un plazo de 5 días hábiles para ser presentadas en el Instituto de Salud Pública de Chile.

DÉCIMO: Que, transcurrido el plazo otorgado en el acta inspectiva, la sociedad no acompañó las facturas requeridas, y en un sentido contrario interpuso recurso de reposición en contra de la medida solicitada por los inspectores del Instituto de Salud Pública en acta de 21 de septiembre de 2016. Argumentan en su impugnación principalmente que dicha facultad excede las competencias de este Servicio, y corresponde a otra entidad solicitar y/o requerir las facturas de ventas y notas de crédito, debiendo dejarse sin efecto el requerimiento adoptado en el acta inspectiva.

UNDÉCIMO: Que, antes de resolver el eje central del presente procedimiento, es necesario detenerse en el alcance del recurso de reposición en sede administrativa. A este respecto, en un primer término el artículo 15° de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, establece: *"Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.*

Sin embarco, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo."(el énfasis es nuestro).

La norma citada es clara en señalar que el recurso de reposición se interpondrá en contra de un acto administrativo, entendido este como aquella decisión formal emanada de un Órgano de la Administración del Estado, en la forma de un decreto o resolución (artículo 3° de la Ley N° 19.880). La excepción contemplada en el artículo 15° de la norma en comento, radica en aquellos actos de mero trámite emitidos por algún Órgano que cause indefensión o provoque la imposibilidad de continuar con un procedimiento.

En este sentido, esta Autoridad Sanitaria que el acta inspectiva constituye un acto intermedio o de trámite, el cual tiene por objeto verificar y constatar presuntas infracciones a la normativa sanitaria vigente, así como también de dejar constancia de hechos o circunstancias que sean esenciales para la tramitación, en este caso, del procedimiento sanitario. De esta manera, el acta impugnada por Droguería Gador no priva, vulnera, perturba o amenaza el ejercicio legítimo de los derechos de los sumariados, no acompañando antecedentes la

sociedad que acrediten arbitrariedad en el requerimiento de los inspectores tendientes a recabar información importante para la decisión del procedimiento sanitario.

DUODÉCIMO: Que, en directa relación con lo razonado en los considerandos anteriores, la sociedad yerra en señalar, tanto en su reposición como en las alegaciones y defensas efectuadas en los escritos de descargos, que la facultad de solicitar facturas de venta y notas de créditos, se encuentre radicada solamente en el Servicio de Impuestos Internos, dado que tal como lo señala el artículo 155° del Código Sanitario, *"Para la debida aplicación del presente Código, y de sus reglamentos, decretos y resoluciones del Director General de Salud, la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados"*. En el mismo sentido, el artículo 162° del Código Sanitario prescribe: *"La autoridad sanitaria, tendrá autoridad suficiente, para investigar y tomar declaraciones necesarias en el esclarecimiento de los hechos relacionados con las leyes, reglamentos y resoluciones sanitarias."*

Es decir, de la norma citada, así como de los antecedentes que obran en el expediente sumarial, el requerimiento efectuado a Droguería Gador por los fiscalizadores en acta inspectiva N° 834 de 21 de septiembre de 2016, en torno a acompañar a este Instituto facturas de venta y notas de crédito dentro del plazo de 5 días hábiles, no tiene otra función que la de establecer si el fiscalizado estaba dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 2° de la Ley N° 20.724. De esta forma, y tal como obra en cada uno de los documentos y antecedentes acompañados, la sociedad en primer lugar no acompañó las facturas de ventas y notas de créditos requeridos, correspondientes al período que abarca desde el 13 de agosto de 2016 a 26 de agosto de 2016, y en segundo lugar se opuso a la entrega de los documentos amparados en preceptos legales erróneamente interpretados a la luz de lo señalado en los considerando precedentes, vulnerando de esta forma lo dispuesto en el artículo 162° del Código Sanitario, dado que no da cumplimiento a una orden de la Autoridad Sanitaria tendiente a establecer el incumplimiento del mencionado artículo 2°.

DÉCIMO TERCERO: Que, en lo relativo a acreditar la calidad de empresa que ostenta el propietario, no se acompañaron documentos que acrediten la calidad de empresa que se establece en la Ley N° 20.416 que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, circunstancia que ha de tenerse en consideración al momento de resolver el presente sumario sanitario; 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 Título I del Libro Cuarto y en los Títulos II y III del Libro Décimo, todos del Código Sanitario; en el Código Sanitario; en la Ley N° 20.724; en los artículos 59 letra b), 60 y 61 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud; lo establecido en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, y las facultades que me confiere el Decreto Exento N° 277, de 2016, del Ministerio de Salud, dicto la siguiente:

R E S O L U C I Ó N :

1. APLÍCASE UNA MULTA DE 100 UTM (cien unidades tributarias mensuales) a DROGUERÍA GADOR LIMITADA, RUT 76.084.945-6, cuyo representante legal es don Roberto Leiva, cédula nacional de identidad N° 5.896.698-3, propietario de Droguería Gador, ubicada en Antonio Bellet N° 444, piso 8, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, por no haber dado cumplimiento a la orden solicitada por los fiscalizadores del Instituto de Salud Pública según consta en acta inspectiva N° 834 de 21 de septiembre de 2016, en orden a acompañar dentro del plazo de 5 días hábiles facturas de ventas y notas de créditos por venta de productos que abarcan los períodos desde el 13 de agosto a 26 de agosto de 2016, hecho que vulnera lo dispuesto en el artículo 162° del Código Sanitario.

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

a) Recurso de reposición establecido en el artículo 10º de la Ley Nº 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.

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

4. **NOTIFÍQUESE** la presente resolución a don Luis Ramiro Moya Gutiérrez, sea personalmente por funcionario del Instituto de Salud Pública de Chile o por Carabineros de Chile, conforme lo establecido en el artículo 165º del Código Sanitario, al domicilio ubicado en Antonio Bellet Nº 444, piso 8, comuna de Providencia, ciudad de Santiago.

ANÓTESE Y COMUNÍQUESE



08/05/2017
Resol A1/Nº 668
ID: 266898

Distribución:

- D. Luis Ramiro Moya Gutiérrez.
- Asesoría Jurídica.
- Subdepartamento de Gestión Financiera.
- Subdepartamento de Farmacia.
- Gestión de Trámites.