



FSM / CNA

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN IMPETRADO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 2127, DE FECHA 13 DE ABRIL DE 2018, QUE DICTA SENTENCIA EN EL SUMARIO SANITARIO ORDENADO INSTRUIR POR MEDIO DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 0893, DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2018, EN FARMACIA AHUMADA LOCAL N° 387.

RESOLUCIÓN EXENTA N° _____/

SANTIAGO, 2821 18.05.2018

VISTOS estos antecedentes; la providencia interna 353, de fecha 12 de febrero de 2018, del Jefe de Asesoría Jurídica; el memorándum 207, de fecha 5 de febrero de 2018, de la Jefa del Departamento Agencia Nacional de Medicamentos; el acta inspectiva N° 1168/17, de fecha 15 de diciembre de 2017; el acta inspectiva N° 054/1, de fecha 9 de enero de 2018; el informe de fiscalización F-1168-054/18; la Resolución Exenta N° 0893, de fecha 19 de febrero de 2018; el acta de audiencia de estilo de fecha 13 de marzo de 2018 y los descargos presentados en ella; la Resolución Exenta N° 2127, de fecha 13 de abril de 2018; la providencia interna 1129, de fecha 7 de mayo de 2018, del Jefe de Asesoría Jurídica; el recurso de reposición de fecha 30 de abril de 2018, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, con fecha 19 de febrero de 2018, por medio de la Resolución Exenta N° 0893, se ordenó la instrucción de un sumario sanitario en Farmacia Ahumada Local N° 387, ubicada en Avenida Padre Alberto Hurtado N° 060, Interior Supermercado Líder, comuna de Estación Central, Santiago, de propiedad de Farmacias Ahumada Sociedad Anónima, Rol Único Tributario N° 76.378.831-8, representada legalmente por Juan Martín Monsalve, cédula de identidad para extranjeros N° 21.162.798-0; y en la dirección técnica del establecimiento ejercida por Juan Pablo Cuevas Pino, cédula de identidad N° 16.952.102-6, todos del domicilio del establecimiento, a fin de investigar y esclarecer los hechos que se consignan en los documentos que forman parte de los vistos de aquella resolución para determinar las eventuales responsabilidades sanitarias que de ellos pudieren derivar. Lo anterior, ya que; **1)** Se constató por los inspectores del Servicio que la farmacia se encuentra funcionando sin químico farmacéutico que ejerza la dirección técnica del mismo; **2)** Se constató que no existe anotación de ausencia del profesional químico farmacéutico en el Libro Oficial.

SEGUNDO: Que, por medio de la expedición de la Resolución Exenta N° 2127, de fecha 13 de abril de 2018, se dictó sentencia en el sumario sanitario individualizado en la consideración que precede. Tal acto administrativo resolvió, en lo que interesa para estos efectos, lo siguiente:

1.- Aplicar una multa de 200 UTM a Farmacias Ahumada Sociedad Anónima, por cuanto ha mantenido el Local N° 387, de su denominación, funcionando sin la presencia de químico farmacéutico que ejerza la dirección técnica del mismo, contraviniendo lo prescrito en el artículo 129 A del Código Sanitario.

TERCERO: Que, la sentencia del sumario sanitario fue válidamente notificada a los interesados a fojas 032 del expediente administrativo sancionador.

CUARTO: Que, encontrándose dentro de plazo, Nicolás Prado Gavilán, abogado, en representación de Farmacias Ahumada Sociedad Anónima, vino en deducir recurso de reposición en contra de la sentencia individualizada en la consideración segunda. El libelo impugnatorio contiene las alegaciones y argumentos que pasan a extractarse:

1) En cuanto a que la farmacia se habría encontrado funcionando sin la presencia de químico farmacéutico, viene en reiterar la exposición de hechos realizada a fojas 014 del expediente. Se añade que la sentencia procede una rebaja en la cuantía de la multa pues existe claramente una intención en torno a aminorar y tomar medidas mitigantes que escapan del control de la sumariada.

2) Viene en controvertir la interpretación que este Servicio da al artículo 129 A del Código Sanitario, señalando que el derecho debe ser aplicado conforme al sentido común pues la norma no siempre es capaz de adecuarse a la realidad, forzándose la aceptación de la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Aquello no puede ser desconocido en materia sanitaria.

3) En suma, debe considerarse que ha acaecido un caso fortuito y que se han tomado las medidas correctivas necesarias, de manera inmediata, actuando en directo interés y seguridad para los pacientes, cuestión que debe ser considerada para rebajar la multa aplicada.

QUINTO: Que, el considerando quinto del acto recurrido señala en lo pertinente que *“relevante resulta señalar que, tal como indica el Código Sanitario, en particular el artículo 129-A, el químico farmacéutico “deberá estar presente durante todo el horario de funcionamiento del establecimiento”, por tanto, aun existiendo un caso fortuito o fuerza mayor, la farmacia debe tomar las medidas que sean necesarias para cumplir con el imperativo señalado en la norma, por cuanto de esta –que establece una obligación objetiva y concreta para la farmacia- no nace ninguna situación de excepción contemplada por el legislador”*.

Acierta el sumariado, ahora recurrente, en que la apreciación normativa que debe hacer el ente fiscalizador en torno a las eximentes y aminorantes de responsabilidad debe condecirse con los principios generales que irradian al ordenamiento jurídico, resultando de toda justicia y acorde al derecho que las causales generales atenuantes y eximentes de responsabilidad se condigan con el caso fortuito y la fuerza mayor, de manera que, de concurrir en la especie, ello debe necesariamente ser ponderado. Consecuencia de lo anterior es, en la práctica y técnica fiscalizadora, que no puede sancionarse una conducta como si de responsabilidad objetiva se tratare pues el legislador sanitario no ha consagrado tal hipótesis – como si ocurren en legislación especial, quedando expresamente consagrada tal circunstancia en los preceptos pertinentes-.

SEXTO: Que, no debe, sin embargo, confundirse el mandato de la legislación sanitaria en cuanto aquella ordena tomar las medidas necesarias para la prevención y oportuna detección de eventos como el presente, con la alegación, manifestación y prueba de un caso fortuito por un lado y, por otro, a la demostración de haber cumplido exhaustivamente con el deber de cuidado que la misma norma impone.

Entonces, si bien es cierto que por más medidas preventivas que se adopten siempre existe la posibilidad de intervención volitiva de un agente externo, ello no implica inmediatamente la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues el evento imposible de resistir por el hombre razonable del Código de Bello debe ser contrastado con el hecho de que esa razonabilidad queda determinada por el estándar impuesto por el mismo Código Sanitario.

Consecuentemente, cumplido el mandato del legislador sanitario –lo que es calificado por esta Directora (S)- para prevenir que el establecimiento funcione siempre y en todo momento con la presencia de químico farmacéutico, verificado que la ausencia encuentra su origen en la conducta ajena, procede entonces efectivamente la conformación y aplicación de una eximente de responsabilidad. En este orden de cosas, se reitera que infinitas son las eventualidades a que la actividad farmacéutica se encuentra expuesta, lo que no es obstáculo para entender que lo que se sanciona no es el caso fortuito, ni la fuerza mayor, ni tampoco la serie de hechos ajenos a la voluntad del interviniente y que, fuera de su esfera de control, puedan modificar sus cursos de acción determinados subjetivamente de manera previa. Lo que se sanciona es la incapacidad de prevención y reacción acorde a la norma, la cual sanciona este tipo de hallazgos, independientemente de si estos se producen por simple falla en el proceso o si son atribuibles directamente a la conducta humana no industrializada.

Debe tenerse siempre en cuenta que será carga del administrado la demostración de la ocurrencia de tal circunstancia, tal como lo ha establecido recientemente la Corte Suprema en su Rol 19058-2017 al señala que “[...] *atendida la naturaleza, característica y fines propios del Derecho Administrativo Sancionado, recae sobre la autoridad que investiga y acusa, esto es, sobre el órgano fiscalizador, el peso de demostrar la ocurrencia de los hechos que configuran la infracción respectiva [...]*” y toca, como contrapartida “*que la carga probatoria que recae sobre el administrado, [...] se refiera, a su turno, a la acreditación de aquellas circunstancias alegadas en su defensa y conforme a las cuales, a su juicio, se eximiría de la responsabilidad que le achaca la autoridad*”.

Así las cosas, salvo que concurra en la especie un evento como el descrito, será siempre responsabilidad del propietario del establecimiento farmacéutico proveer a la farmacia de la presencia de profesionales aptos para ejercer la dirección técnica del mismo mientras aquella se encuentre en funcionamiento, cuestión que no ha ocurrido en la especie como puede desprenderse de lo señalado en la consideración octava de la sentencia, lo que consecencialmente obliga a proceder a la competente sanción por infringir la norma sanitaria.

SÉPTIMO: Que, del expediente administrativo sancionador no consta, a diferencia de lo esgrimido por el recurrente, que se haya aportado probanzas tendientes a la demostración de la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, lo que demuestra que su sola alegación no se basta a sí misma. Lo que sí consta en el expediente es aquello que se ha expuesto en el considerando octavo de la sentencia, esto es, que la farmacia se encontraba funcionando sin la presencia de un profesional debidamente habilitado para ejercer la dirección técnica de la farmacia, pues en ella se encontraba presente un agente con un título no homologado en territorio nacional, haciendo imposible concluir que cumplía el mandato del tantas veces citado artículo 129 A.

Del mismo modo, los cursos de acción tomados por la sumariada no son constitutivos tampoco de aminorantes de responsabilidad pues el *compliance* normativo sanitario que debe observarse como conducta estándar demanda que la farmacia funcione en todo momento dirigida por el profesional competente y si este debe ausentarse, la farmacia provee un profesional en dicha ausencia, o bien, cierra sus puertas hasta que pueda asegurar la aquiescencia del químico, cuestión que no ha ocurrido.

OCTAVO: Que, de acuerdo a lo expuesto en las consideraciones que preceden, el mérito del proceso, lo argumentado por la recurrente, lo que se ha razonado a tal respecto, y

TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, de 2003; en los Título I del Libro Cuarto y en los Títulos II y III del Libro Décimo, todos del Código Sanitario; lo dispuesto en el Decreto Supremo 3, de 2010, del Ministerio de Salud; 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; en el Decreto 54, de 2018, del Ministerio de Salud; así como lo establecido en la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, dicto la siguiente

RESOLUCIÓN

1.- RECHÁZASE el recurso de reposición impetrado en contra de la Resolución Exenta N° 2127, de fecha 13 de abril de 2018.

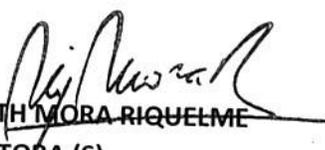
2.- REITÉRASE que el pago de la multa deberá efectuarse en la Tesorería del Instituto de Salud Pública de Chile, ubicada en Avda. Marathon N° 1000, Comuna de Ñuñoa, de esta ciudad, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la presente resolución, conforme al artículo 168 del Código Sanitario.

3.- INSTRÚYESE al Subdepartamento de Gestión Financiera, que comunique a la Asesoría Jurídica de este Servicio el hecho de haber recibido el pago de la multa, en un plazo de 5 días hábiles a contar de su recepción.

4.- NOTIFÍQUESE la presente resolución a Paolo Leonelli, José Fuenzalida y Nicolás Prado Gavilán al domicilio ubicado en Avenida Los Jardines N° 972, Ciudad Empresarial, Huechuraba, Santiago, sea personalmente por un funcionario del Instituto de Salud Pública de Chile o por carta certificada, en cuyo caso se entenderá notificada al tercer día hábil siguiente contado desde la recepción de la carta certificada por la Oficina de Correos que corresponda.

5.- PUBLÍQUESE por la Unidad de Comunicaciones e Imagen Institucional la presente resolución en el sitio web institucional "www.ispch.cl".

Anótese, comuníquese y publíquese en la página web institucional.


DRA. MARÍA JUDITH MORA RIQUELME
* DIRECTORA (S)
INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA DE CHILE



08/05/2018
Resol. A1/N° 531
Ref., F17/488 – SI917/17 – 5448/18
ID N° 400955

Distribución:

- Asesoría Jurídica.
- Nicolás Prado y otros.
- Gestión de Trámites.
- Unidad de Comunicaciones e Imagen Institucional.
- Subdepartamento de Gestión Financiera.
- Subdepartamento de Fiscalización.


Transcrito Fielmente
Ministro de Fe

Avenida Marathon N° 1000, Ñuñoa - Casilla 48 - Teléfono 25755100 – Fax 25755684 – Santiago, Chile – www.ispch.cl -