

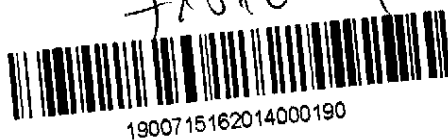
Secretaría	: Criminal
Tipo de recurso	: Protección
Recurrente	: FASA CHILE S.A.
Rut N°	: 96.809.530-7
Representante (1)	: Marcelo Weisselberger Araujo
Rut N°	: 10.032.623-K
Representante (2)	: Miguel Farah Nemtala
Rut N°	: 8.481.178
Abogado patrocinante y Apoderado (1)	: Paulo Montt Rettig
Rut N°	: 13.232.077-2
Abogado patrocinante y Apoderado (2)	: Judith Pasmíño Pedraza
Rut N°	: 16.123.483-4
Abogado patrocinante y Apoderado (3)	: María del Pilar Soffia Ahumada
Rut N°	: 15.311.829-9
Recurrido (1)	: Director del Instituto de Salud Pública
Rut	: Se ignora
Recurrido (2)	: Marcela Fontecilla Schmidt
Rut	: 7.433.006
Recurrido (3)	: Sandra Cerda Obando
Rut	: 12.200.633-6
Recurrido (4)	: Sebastián Riquelme
Rut	: Se ignora

En lo principal, interpone recurso de protección de garantías constitucionales; en el primer otrosí, acompaña documentos; en el segundo otrosí, orden de no innovar; en el tercer otrosí, acredita personería; y, en el cuarto otrosí, patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Marcelo Weisselberger Araujo, ingeniero comercial, y **Miguel Farah Nemtala**, químico farmacéutico, ambos en representación convencional, según se acreditará, de **FASA CHILE S.A.**, en adelante también "Fasa", sociedad del giro de comercialización de productos en locales farmacéuticos, todos domiciliados en Miraflores 383, piso 6, comuna y ciudad de Santiago, a S.S. respetuosamente decimos:

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
 N° ING : Protección-71516-2014
 N° Tomo : 0001
 FECHA : 29/10/2014 HORA : 02:12 (CASTGRSP)
 RECURSO : Protección-Protección
 ROL :
 TRIBUNAL :



De conformidad a lo establecido por el artículo 20 de la Constitución Política de la República (en adelante, la “Constitución”) y dentro del plazo señalado en el N°1 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección de las Garantías Fundamentales, interponemos recurso de protección de garantías constitucionales en contra de: **(i)** el Director del Instituto de Salud Pública, don Ricardo Fábrega Lacoa, o quien le suceda o subrogue en el cargo, **(ii)** doña Marcela Fontecilla Schmidt, química farmacéutica y fiscalizadora de dicha institución, **(iii)** doña Sandra Cerda Obando, química farmacéutica y fiscalizadora de dicha institución, y **(iv)** don Sebastián Riquelme, ignoramos segundo apellido, químico farmacéutico y fiscalizador de dicha institución; todos domiciliados en Avenida Marathon 1000, comuna de Ñuñoa, Santiago.

El presente recurso se deduce por los actos ilegales y arbitrarios consistentes en la aplicación de la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento de 2 locales farmacéuticos de nuestra representada, a saber: **(i)** el local N°230 del centro comercial “Parque Arauco”, ubicado en Avenida Kennedy 5413, comuna de Las Condes, Santiago; y **(ii)** el local ubicado en Pedro de Valdivia 2523, comuna de Ñuñoa, Santiago. Ambas medidas fueron dictadas, respectivamente, con fecha 28 y 27 de octubre de 2014 por los referidos fiscalizadores del Instituto de Salud Pública (“ISP”), mediante las Actas N°176 y N°173 de dicho organismo, y notificadas a esta parte en la misma fecha de su pronunciamiento¹. Dichas medidas sanitarias fueron dictadas a propósito de una fiscalización por parte de los funcionarios del ISP y el levantamiento de la correspondiente acta administrativa, realizada en dos de los locales ya señalados.

Como demostraremos, ambas medidas sanitarias de prohibición de funcionamiento resultan completamente improcedentes a la luz de los hechos. Se trata de actos arbitrarios e ilegales que no sólo vulneran el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales de nuestra representada, sino que contravienen manifiestamente la normativa sanitaria. Se trata de actos enteramente injustificados por parte de la autoridad sanitaria, presidida por el Director del ISP (razón por la cual también se ha recurrido en su contra), por lo que S.S. Itma. es quien, en este caso, está llamada a restablecer el imperio del derecho.

Dada la naturaleza cautelar de la acción de protección, el presente recurso no busca que S.S. Itma. se pronuncie sobre el fondo de la correcta interpretación del artículo 100 del Código Sanitario (artículo agregado recientemente por la Ley N°20.724 “sobre Regulación de Farmacias y Medicamentos”), cuestión que corresponde ser decidida ante las autoridades pertinentes. El objetivo del presente recurso de protección es mucho más simple, ya que sólo persigue que S.S. Itma. brinde a Fasa

¹ La prohibición de funcionamiento de fecha 27 de octubre fue decretada por los funcionarios del ISP doña Marcela Fontecilla Schmidt y don Sebastián Riquelme; mientras que la prohibición de funcionamiento de fecha 28 de octubre fue decretada por los funcionarios del ISP doña Marcela Fontecilla Schmidt y doña Sandra Cerda Obando.

una tutela de emergencia y deje sin efecto los actos de aplicación de las medidas sanitarias de prohibición de funcionamiento de sus locales, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo de la aplicación de la norma citada por parte de las autoridades competentes, en el marco de un procedimiento legalmente tramitado. Esto justifica también, la solicitud de orden de no innovar del segundo otrosí de este escrito, ya que en estos momentos Fasa tiene 2 locales cerrados y es posible que la autoridad pretenda replicar su actuación en otros locales de nuestra representada.

Aclarado lo anterior, fundamos el presente recurso en las consideraciones de hecho y de derecho que exponemos a continuación.

I.

ANTECEDENTES GENERALES

1. El origen de los actos recurridos se encuentra en la facultad del Director del ISP de fiscalizar y sancionar aquellas conductas que supongan la infracción de la normativa sanitaria. En este caso, aquella contenida en el artículo 100 del Código Sanitario, y que se refiere a la prohibición de los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan a privilegiar el uso de determinado producto a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos, a los dependientes de los establecimientos de expendio de medicamentos, y a cualquier otra persona que intervenga en la venta o administración de medicamentos.

2. La incorporación de este nuevo artículo al Código Sanitario se efectuó por la Ley N°20.274 (“Ley de Fármacos”), que introdujo ciertas modificaciones aplicables al mercado de las farmacias y los medicamentos. El nuevo artículo 100 supuso una prohibición que tuvo por objeto erradicar la práctica de pago de comisiones y otras formas de incentivo a los vendedores de los establecimientos farmacéuticos (denominada coloquialmente “canela”), que tenía como consecuencia la injerencia de los vendedores en las decisiones de compra del consumidor al cual se le sugerían -en muchas ocasiones- cambios en el medicamento originalmente solicitado o indicado en la receta médica.

3. Lo que prohíbe el nuevo artículo 100 es cualquier tipo de incentivos “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”. Desde ya aclaramos que los contratos de trabajo de Fasa y los sistemas de remuneraciones de sus dependientes fueron ajustados al texto de la nueva ley y se ajustan plenamente a la norma citada. Fasa no cuenta con sistemas de incentivos que induzcan a privilegiar el uso de un determinado producto, sin perjuicio de lo cual ello no es materia de una acción

cautelar como la de autos sino una cuestión de fondo que debe ser decidida ante las autoridades competentes.

4. También hacemos presente que, de acuerdo con la historia de la Ley de Fármacos, queda en evidencia cuál es el sentido y alcance de la prohibición expuesta y su repercusión en la forma de remuneración de los dependientes de los establecimientos de expendio de productos farmacéuticos. Ello hace plenamente identificable el marco de actuación de la autoridad sanitaria.

5. Al efecto, en el debate legislativo se expresó que: “la iniciativa de ley no pretende prohibir que se generen incentivos por venta, sino sólo evitar que tales incentivos requieran necesariamente de la venta de ciertos insumos farmacéuticos que sólo son producidos por laboratorios farmacéuticos específicos” (Informe Complementario Comisión Trabajo del Senado, 20 de junio de 2012, HL N°20.724, pág.499).

6. Es decir, lo que la ley prohibió, al amparo de su historia fidedigna, fueron los incentivos por la venta de ciertos productos de determinada marca o laboratorio farmacéutico, pero jamás prohibió de forma general los incentivos por venta de medicamentos a sus dependientes como parece creerlo el recurrido. En este sentido, el ISP ha estimado que cualquier incentivo por venta a los dependientes de los establecimientos de expendio de productos farmacéuticos –incluso uno basado en criterios objetivos, generales y no discriminatorios– genera *per se* una infracción a la normativa sanitaria.

7. De esta manera, mediante actos administrativos, el ISP terminó imponiendo su interpretación de la norma de la referencia, sin que exista fundamento legal alguno que lo ampare. Ello lo ha hecho mediante el ejercicio de la facultad restrictiva otorgada por ley al Director del ISP, y que consiste en la aplicación de una medida sanitaria de urgencia, que deriva de su facultad preventiva: la prohibición inmediata de funcionamiento. A continuación explicaremos cómo se llegó a la dictación de los actos recurridos.

II.

ORIGEN DE LOS ACTOS RECURRIDOS

8. Los días 27 y 28 de octubre del presente año, inspectores del ISP concurrieron a los locales de Fasa ubicados en el centro comercial Parque Arauco y en Pedro de Valdivia 2523, Ñuñoa.

9. En dicha inspección, los funcionarios del ISP procedieron a solicitar los contratos de trabajo de los dependientes que se encontraban atendiendo en ambos locales. Al efecto, se les entrevistó personalmente y se les preguntó acerca de su

régimen remuneracional, en particular, respecto a las comisiones por venta que contemplaban sus contratos de trabajo.

10. Una vez finalizado dicho procedimiento, los inspectores estimaron que nuestra representada infringía el artículo 100 del Código Sanitario, puesto que los contratos con sus dependientes contemplaban un sistema de comisiones por la venta de medicamentos. Al efecto una de las actas de inspección señala que:

“se observa que el sistema asegura puntos por la venta de cada caja de medicamento, con valores distintos según clasificación terapéutica, pero el mismo puntaje para todos los productos que contienen el mismo principio activo (...) lo anteriormente descrito constituye incentivo a la venta de medicamentos y un riesgo inminente para la salud de la población (...)”².

11. Todo lo anterior derivó en que, con el solo mérito del levantamiento de acta administrativa de inspección, se dictara inmediatamente, y acto seguido, la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento. En este sentido, el artículo 178 del Código Sanitario establece que:

“La autoridad podrá también, como medida sanitaria, ordenar en casos justificados, la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos. Estas medidas podrán ser impuestas por el ministro de fe, con el sólo mérito del acta levantada, cuando exista un riesgo inminente para la salud, de lo que deberá dar cuenta inmediata a su jefe directo. Copia del acta deberá ser entregada al interesado”.

12. Por tanto, y con el solo mérito del levantamiento de acta administrativa en los locales referidos, se procedió a dictar dos actos administrativos en contra de nuestra representada: (i) prohibición de funcionamiento de local ubicado en Avenida Kennedy 5413, comuna de Las Condes, amparada en el Acta de Inspección N°0176 de fecha 28 de octubre de 2014, realizada por las funcionarias del ISP doña Marcela Fontecilla y doña Sandra Cerda, y (ii) prohibición de funcionamiento de local ubicado en Pedro de Valdivia 2523, comuna de Ñuñoa, amparada en el Acta de Inspección N°0173 de fecha 27 de octubre de 2014, realizada por las funcionarias del ISP doña Marcela Fontecilla y don Sebastián Riquelme.

13. Ambos actos administrativos, en los hechos, impiden el funcionamiento de la actividad comercial de nuestra representada, y con ello, la venta o expendio de productos farmacéuticos al público en general, por lo que implica un verdadero acto de clausura o cierre de dichos locales. Es decir, sin haber sido objeto de

² Acta N° 0176 de fecha 28 de octubre de 2014, levantada por los funcionarios del ISP, doña Marcela Fontecilla y Sandra Cerda en el Local de Fasa ubicado en Avenida Kennedy 5413, comuna de Las Condes.

proceso o sumario alguno y sin siquiera haber tenido la oportunidad de formular descargos, esta recurrente se ve privada de sus derechos, y fue objeto de la más gravosa de las sanciones administrativas que contempla el procedimiento sancionatorio contenido en la normativa sanitaria: el cierre de los locales.

14. Como S.S. Iltma. sabrá, las medidas sanitarias contempladas en el artículo 178 del Código Sanitario son de carácter restrictivo, y evocables únicamente cuando existen justificaciones graves que hagan presumir un riesgo inminente para la salud de la población, por lo que su aplicación es limitada. En este caso, según esta Iltma. Corte podrá apreciar, no existe razón o justificación alguna manifestada en las actas de inspección, lo que hace que los actos sean enteramente infundados.

III.

LOS ACTOS RECURRIDOS SON ILEGALES

15. Según ya señalamos, no es objeto de este recurso de protección cuestionar la postestad de fiscalización del recurrido, ni tampoco buscamos establecer en esta sede la correcta interpretación de la norma que prohíbe la conducta de incentivar la venta, a través del establecimiento de comisiones para sus dependientes con el objeto de *privilegiar el uso de un determinado producto*. Lo que se pretende es más simple, y es, en definitiva, dejar sin efecto la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento mientras no exista un pronunciamiento de fondo que establezca la supuesta infracción atribuida a Fasa

16. Conforme prescribe nuestra propia normativa, la constatación de infracciones a la normativa sanitaria, trae consigo la aplicación de un procedimiento sancionatorio en contra del sujeto supuestamente responsable de la conducta infraccional. Dicho proceso se inicia con el correspondiente sumario administrativo.

17. Es el Libro X del Código Sanitario, entre los artículos 155 a 181, el que se preocupa de regular dicho procedimiento y las consecuentes sanciones aplicables al infractor, por lo que si el recurrido estima que se está ante una conducta que infringe alguna de las normas contenidas en dicho cuerpo legal, deberá seguir el curso de dicho procedimiento.

18. Por otro lado, e independiente del procedimiento regular (o común) que acabamos de señalar, se encuentra la potestad de la autoridad sanitaria para establecer medidas preventivas, de aplicación inmediata, y que se fundamentan en la evitación de un peligro o riesgo en la salud. En este sentido, no requieren de un procedimiento o proceso previo de calificación de la conducta supuestamente infractora de la norma sanitaria, como en el caso anterior, sino que son de

disposición inmediata, ya que tienen como objetivo proteger a las personas y la salud de la población.

19. Ahora bien, en este recurso lo que se impugna es simplemente la dictación de estas medidas sanitarias, las que, conforme lo regula la misma legislación en la materia, son de uso restrictivo y sólo para determinados escenarios indubitados.

20. En efecto, es el propio legislador el que señala que dichas medidas se impondrán en casos justificados, y sólo cuando exista un riesgo inminente para la salud de la población. Es decir, el propio artículo 178 del Código Sanitario impone dos requisitos copulativos para el ejercicio de esta potestad. De este modo, no es una potestad que se pueda ejercer libremente por el recurrido, sino que requiere necesariamente la concurrencia de dos hechos que le permiten investirse de la facultad de dictar dicha medida cautelar o preventiva. Obviamente, al dictarse un acto de tales características, dicho acto debe contener las motivaciones que justifiquen cómo y por qué concurren los requisitos que la norma exige para decretar una medida como la prohibición de funcionamiento. Si ello no ocurre, el acto es simplemente ilegal.

21. Según hemos manifestado, ambas actas de inspección, no contienen justificación alguna, ni menos aun, la explicación o razonamiento de cómo las conductas imputadas constituirían un riesgo inminente para la salud de la población. La doctrina en la materia ha señalado que:

“(…) Las medidas sanitarias, no están destinadas a reprimir infracciones a las leyes o reglamentos, sino sólo persiguen precaver un riesgo sanitario o poner término a un daño que esté afectando a la población, Así por ejemplo, cuando la autoridad sanitaria ordena el decomiso de un producto medicinal cuya autorización ha sido cancelada por el Servicio; cuando dispone la clausura de un establecimiento que con el objeto de proteger de una enfermedad transmisible a las personas que en ellas habitan o laboran; cuando aísla a una persona que padezca de una enfermedad o en caso de amenaza de una epidemia, la interna en un establecimiento hospitalario, cuando prohíbe el embarque o desembarque de pasajeros, o cuando ordena la destrucción o desnaturalización de un producto alimenticio que se haya contaminado por obra de agentes naturales, no está imponiendo una sanción, sino simplemente adoptando una medida sanitaria en resguardo de la salud pública”³.

22. Así lo ha resuelto esta Il. Corte con fecha 5 de diciembre de 2008 (sentencia confirmada por la Excm. Corte Suprema), disponiendo al efecto que:

“Sin que se hayan expresado en ella razones de riesgo sanitario expuestas en el informe del Recurso, que son las únicas que

³ Vergara Bezanilla, Juan Pablo, “El recurso de reclamación contra las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria”, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, N°9, 1968, pág. 222.

excepcionalmente, sin sumario previo, autorizan una medida excepcional como la dispuesta, por lo que esta Resolución, debe ser calificada de arbitraria”.

23. Es evidente que no estamos en uno de estos casos excepcionales, y como S.S. Iltma. podrá comprobar, la calificación de la conducta supuestamente infractora de ley (artículo 100 del Código Sanitario), no era de aquellas infracciones susceptibles de ser tratadas conforme el artículo 178 del Código Sanitario, por lo que jamás debió imponerse una medida sanitaria en los términos expuestos en este recurso de protección.

24. Es más, no existe razón alguna expresada en el acta de inspección que permita concluir razonablemente que nos encontramos frente a unos de estos casos. Ambas actas administrativas se limitan a señalar que los contratos de trabajo de los dependientes de nuestra representada contienen disposiciones que regulan comisiones por venta de medicamentos, lo que constituye un riesgo a la salud de la población. Ciertamente S.S. Iltma. no era esa la justificación a la que se refería el legislador.

25. Ahora bien, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, ha confirmado el carácter excepcional de la norma, y sobretodo ha definido claramente el ámbito de ejercicio de la misma. Es así como S.S. Iltma. en sentencia de fecha 6 de abril de 2006 (fallo confirmado por la Excma. Corte Suprema) señaló al efecto que:

“En efecto, si bien el aludido artículo 178 del Código Sanitario faculta a la autoridad para ordenar, en casos justificados, determinadas medidas sanitarias, e incluso extiende o amplía estas atribuciones al ministro de fe que fiscaliza, cuando exista un riesgo inminente para la salud de la población, resulta evidente que se trata de una norma excepcional, por lo que ha de ser interpretada (y utilizada) en forma restrictiva. Que la situación de riesgo o peligro inminente para la salud de la población es, sin lugar a dudas, el elemento central de esta norma excepcional, que justifica la entrega de facultades de tal magnitud a la autoridad sanitaria. Hay que tener presente que se trata de medidas que, de no mediar la ‘proximidad de un daño’ ‘que amenaza o que está por suceder prontamente’, sólo pueden ser impuestas para castigar una infracción, luego de instruido el sumario sanitario respectivo (artículo 174 del Código Sanitario). En consecuencia, el estándar de exigencia para su aplicación ha de ser necesariamente alto”⁴.

26. En definitiva, la autoridad recurrida no puede ejercer la potestad que le confiere la ley en cualquier caso, sino sólo en aquellos que lo habiliten. Aun más, según acabamos de ver, la propia Iltma. Corte ha señalado que debe mediar la proximidad de un daño que amenaza o que está por suceder prontamente para el

⁴ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 6 de abril de 2006, Rol N°6547-2005.

ejercicio de dicha potestad, pues de lo contrario estaríamos en aquellos casos que requieren *-necesariamente-* la instrucción del debido sumario administrativo.

27. Es decir, lo que debió hacer el recurrido en una correcta aplicación de la ley del ramo, fue iniciar un sumario administrativo en el que se calificaran las supuestas infracciones, y sólo en el caso de determinar alguna responsabilidad imputable a Fasa, aplicar las correspondientes sanciones que dispone el Código Sanitario, entre ellas, la prohibición de funcionamiento del establecimiento infractor de la norma sanitaria.

28. Pero más importante aun, el acto que dispone la prohibición de funcionamiento de un local farmacéutico debe estar suficientemente motivado, lo que implica señalar las razones por las cuales (i) la autoridad considera estar ante un *caso justificado* y (ii) existe un *riesgo inminente para la salud*, tal como lo exige el artículo 178 del Código Sanitario. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 inciso segundo de la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (“LBPA”): “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio (...)”⁵.

29. Si el acto no contiene dichas motivaciones, entonces se trata de un acto infundado y, por ende, ilegal. Al respecto, recientemente se ha fallado que una resolución de calificación ambiental “carece también de la debida motivación e igualmente deviene en ilegal y arbitraria por carecer del sustento que la ley le impone”⁶. Pues bien, en este caso, los actos recurridos no expresan motivo alguno que justifique decretar una prohibición de funcionamiento en los términos que exige el citado artículo 178. Por ende, se trata de actos ilegales, toda vez que contrarían el citado artículo 11 de la LBPA y demás normas legales que exigen motivar los actos administrativos.

IV.

LOS ACTOS IMPUGNADOS SON ADEMÁS ARBITRARIOS

30. Según hemos señalado, los actos recurridos no señalan las razones o fundamentos para decretar una medida tan gravosa como la prohibición de funcionamiento de dos locales. Es decir, se trata de actos carentes de motivación.

31. La falta de motivación de un acto es el prototipo del acto arbitrario. Nuestra Excm. Corte Suprema desde antiguo ha definido como acto arbitrario: “Aquel que

⁵ La misma regla se desprende de la aplicación de los artículos 32 y 41 de la LBPA.

⁶ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 7 de octubre de 2014, causa Rol N°11.299-2014.

carece de sustentación lógica y se presenta como mero fruto de la sin razón”⁷. En otras palabras, tal como ha establecido reiteradamente la Excma. Corte Suprema, un acto infundado es de por sí arbitrario:

“A falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en que no hay margen -por principio- para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”⁸.

32. En este sentido, se ha fallado que una resolución de calificación ambiental “carece también de la debida motivación e igualmente deviene en ilegal y arbitraria por carecer del sustento que la ley le impone”⁹, lo que no hace sino ratificar que un acto administrativo infundado es simplemente arbitrario.

33. Por todas estas razones, los actos recurridos son también arbitrarios. Se trata de actos caprichosos, irreflexivos y carentes de justificación racional.

V.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PRIVADAS, PERTURBADAS O AMENAZADAS

34. Según se señala a continuación, los actos recurridos causan una grave afectación de una serie de derechos y garantías que el artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, entre ellas Fasa.

V.1.

Artículo 19 N°21 inciso primero

35. Los actos impugnados constituyen una infracción al artículo 19 N°21 de la Constitución, que garantiza la libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita respetando las normas legales que la regulen. Ello porque se impide absolutamente a nuestra representada desarrollar su giro en dos locales comerciales. Es decir, en estos momentos Fasa no puede funcionar en los locales cuyo cierre fue ordenado por el ISP. Ello claramente constituye una privación –o al menos perturbación– del derecho a desarrollar una actividad económica.

36. Conforme al artículo 19 N°21 de la Constitución, Fasa está obligada a desarrollar su actividad económica “respetando las normas legales que la regulen”. Sin perjuicio de que no es materia de este recurso, hacemos presente que nuestra representada ajustó todos sus contratos de trabajo y modificó por completo el

⁷ Sentencia de fecha 30 de abril de 1993, causa Rol N°186-93.

⁸ Sentencia de fecha 19 de mayo de 1991, causa Rol N°16.790.

⁹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 7 de octubre de 2014, causa Rol N°11.299-2014.

sistema de comisiones a sus trabajadores. Fasa no cuenta con ninguna clase de mecanismo que incentive privilegiar la venta de un determinado producto.

37. Las únicas comisiones que Fasa contempla son de carácter general, objetivo y no discriminatorio, porque se trata exactamente de la misma comisión para cualquier medicamento que tenga el mismo principio activo. Es decir, los vendedores de Fasa no tienen ningún incentivo para privilegiar la venta de un medicamento determinado por sobre otro. Tanto es así, que en el Acta de fecha 28 de octubre de 2014 se señala expresamente que el sistema de remuneración asigna el “mismo puntaje para todos los productos que contienen el mismo principio activo”. Sin perjuicio de que ello no es materia del presente recurso de protección, estimamos relevante dejarlo establecido desde ya, para que no exista duda de que esta parte ha cumplido íntegramente con las normas legales que regulan su actividad económica, tal como señala el artículo 19 N°21.

38. Esta garantía consagra uno de los pilares básicos de nuestro orden público económico: la libertad de empresa o derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Dicha norma garantiza a todas las personas –sin distinción alguna– la más amplia libertad para iniciar, desarrollar y concluir actividades económicas o empresariales, en la medida que se respeten las normas legales que regulan tales actividades. No en vano la aludida garantía constitucional prescribe el deber de respetar las normas legales que regulen la actividad en cuestión.

39. De esta manera, al prohibirse *ex ante* el funcionamiento en dos locales comerciales, en los hechos se está aplicando a Fasa la sanción más grave. Lo anterior constituye, si no una privación, al menos una perturbación de la garantía del citado artículo 19 N°21.

V.2.

Artículo 19 N°3 inciso quinto

40. Como se ha señalado, los actos recurridos han dispuesto –sin expresar motivo alguno y sin siquiera haberse iniciado un sumario contra Fasa en que ésta pueda hacer valer sus descargos– una verdadera sanción, que excede con creces la finalidad preventiva de la medida adoptada. Ello viola la garantía de no ser juzgado por comisiones especiales.

41. El concepto de “comisiones especiales” ha tenido un nutrido desarrollo en la jurisprudencia de protección, siendo en general utilizado para impugnar el actuar de los órganos de la administración cuando implica arrogarse funciones de naturaleza jurisdiccional, atendida la ausencia de la requerida imparcialidad e imparcialidad que

es necesaria al efecto. Así lo ha reconocido nuestra doctrina¹⁰, y la jurisprudencia de protección de nuestros tribunales de justicia¹¹, así como la del Tribunal Constitucional¹².

42. Como puede apreciarse, los recurridos se han transformado en una verdadera “comisión especial”, toda vez que unilateralmente han determinado el cierre o prohibición de funcionamiento de dos locales farmacéuticos, por estimar conforme a su propio criterio que esta parte estaría infringiendo el artículo 100 del Código Sanitario, pese a no haberse siquiera formulado un cargo a Fasa por dicha supuesta infracción.

43. Lo anterior basta para configurar una manifiesta privación o al menos perturbación de nuestra garantía a no ser juzgados por *comisiones especiales*, tal como fuere ratificado en reciente sentencia ejecutoriada en sede de protección:

“6°.- Que la conducta desplegada por el recurrido es manifiestamente ilegal, desde el momento que ha decidido recurrir a la auto tutela como forma de cautelar sus pretensiones, lo que no está permitido en un estado de derecho, puesto que no sólo ha privado a la recurrida de ejercer las facultades propias de su derecho de dominio sobre una parte de su inmueble, sino que también le ha impedido exponer sus argumentaciones y defensas -en relación con este eventual problema de deslindes- en un procedimiento racional y justo, que otorgue garantías de igualdad de armas y bilateralidad a ambas partes, y que sea resuelto por un tribunal legalmente establecido y que ejerza jurisdicción.

7°.- Que el actuar del recurrido ha vulnerado las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 3, incisos cuarto y quinto, y N° 24 de nuestra carta Fundamental, por lo que esta acción cautelar deberá ser acogida en la forma que se dirá”¹³.

44. Lo mínimo a lo que esta parte aspira es que, si el ISP estima que existe alguna infracción, se le formulen los respectivos cargos y se le otorgue la posibilidad de defenderse en un procedimiento legalmente tramitado. En la especie no existe ningún procedimiento contra Fasa, no se le han formulado cargos, ni tampoco se le ha dado la posibilidad de defenderse. Mientras ello no ocurra, el ISP no puede decidir, por sí y ante sí, el cierre de dos locales de Fasa. De esta manera, el ISP se ha transformado en una verdadera “comisión especial”.

¹⁰ “No ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia el concepto de ‘comisiones especiales’; sin embargo, se lo ha vinculado con el tema de jurisdicción, estableciéndose que si un tribunal no tiene jurisdicción para conocer de una materia se está en presencia de una ‘comisión especial’ (...)” (Eduardo Aldunate (Dir.) *Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson Reuters, 2009, p. 147).

¹¹ Excma. Corte Suprema, sentencia en causa Rol N°5.668-2003: “(...) la funcionaria doña María Soledad Muñoz Valenzuela asumió, en la práctica, la función que corresponde a los tribunales, al decidir como lo hizo, en orden a calificar por sí sobre la naturaleza jurídica de la señalada asignación y a determinar la existencia de una deuda por dicho concepto, llegando a otorgar plazo para el pago de que ella misma determinó, lo que, sin lugar a dudas, resulta propio que se efectúe en el curso de un proceso jurisdiccional” (cons. 12).

¹² Tribunal Constitucional, sentencia en causa Rol N°499-2006, considerandos 22 y 23.

¹³ Sentencia ejecutoriada de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, causa Rol N°72-2009.

V.3.
Artículo 19 N°24

45. El inciso primero del artículo 19 N°24 de la Constitución establece:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...) N°24: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

45. El patrimonio de Fasa está compuesto por diversos bienes muebles e inmuebles, incluyendo los productos que comercializa en sus locales. Cabe destacar que Fasa no sólo comercializa medicamentos, sino una serie de otros bienes, tales como productos de belleza, de aseo personal, comestibles y bebestibles. Pues bien, al disponerse la prohibición de funcionamiento de los locales, se priva a esta parte del ejercicio de uno de los atributos esenciales del dominio: la facultad de disposición.

46. En otras palabras, actualmente Fasa no puede enajenar ninguno de los productos que habitualmente vende en los locales en cuestión. No sólo no puede vender medicamentos, sino tampoco productos de belleza, de aseo personal, comestibles, bebestibles, etc. Desde luego que ello implica una privación –o al menos perturbación– del derecho de propiedad de Fasa respecto de los bienes que son parte de su patrimonio. Es decir, los actos recurridos también violan el artículo 19 N°24 de la Constitución.

POR TANTO,

A S.S. Iltna. respetuosamente pedimos: tener por interpuesto recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República en contra del Director del Instituto de Salud Pública, don Ricardo Fábrega Lacoa, o quien le suceda o subrogue en el cargo, doña Marcela Fontecilla Schmidt, doña Sandra Cerda Obando y don Sebastián Riquelme, todos ya individualizados; y en definitiva declarar que los actos recurridos son ilegales y arbitrarios, y en base a ello:

- (i) Dejar sin efecto en todas sus partes el Acta N°176, de fecha 28 de octubre de 2014, suscrita por doña Marcela Fontecilla Schmidt y doña Sandra Cerda Obando, y el Acta N°173, de fecha 27 de octubre de 2014, suscrita por doña Marcela Fontecilla Schmidt y don Sebastián Riquelme, ordenando la reapertura de los locales cuyo funcionamiento se ha prohibido;

- (ii) Ordenar a los recurridos abstenerse de disponer medidas como las que han sido objeto de este recurso mientras no se establezca que esta parte ha incurrido en una infracción sanitaria debidamente comprobada, en un procedimiento legalmente tramitado; y,
- (iii) Condenar a los recurridos a pagar las costas de esta causa.

PRIMER OTROSÍ: Venimos en acompañar los siguientes documentos:

1. Copia simple del Acta N°176, de fecha 28 de octubre de 2014, suscrita por doña Marcela Fontecilla Schmidt y doña Sandra Cerda Obando.
2. Copia simple del Acta N°173, de fecha 27 de octubre de 2014, suscrita por doña Marcela Fontecilla Schmidt y don Sebastián Riquelme.

Sírvase S.S. Iltma.: tenerlos por acompañados.

SEGUNDO OTROSÍ: Conforme a lo dispuesto por el artículo 3°, inciso final, del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, solicitamos se decrete orden de no innovar, suspendiéndose los efectos de los actos recurridos y ordenando a los recurridos abstenerse de ordenar el cierre o prohibición de funcionamiento de nuevos locales, mientras no se resuelva el presente recurso de protección.

Fundamos la presente solicitud en las siguientes consideraciones:

1. Esta parte ha presentado un recurso de protección contra de 2 órdenes de prohibición de funcionamiento que son abiertamente ilegales y arbitrarias, representando una privación o al menos una perturbación de diversas garantías constitucionales.
2. El resguardo de los “fines del recurso de protección” que, de conformidad con el artículo 3° inciso final del citado auto acordado, busca amparar la orden de no innovar, es precisamente la tutela cautelar del legítimo ejercicio de estos derechos constitucionales.
3. Los riesgos y perjuicios que la aplicación de los actos recurridos conlleva para Fasa y los consumidores no pueden sino aumentar a medida que pase el tiempo y el presente recurso de protección no sea resuelto en definitiva. Ello es aún más grave si se considera que no existe ni siquiera una sentencia o resolución que establezca que Fasa hayan incurrido en la infracción del artículo 100 del Código Sanitario.

4. No sólo eso, hasta la fecha ni siquiera se ha iniciado algún procedimiento contra Fasa en que se le impute alguna infracción, ni tampoco se le ha dado la posibilidad de formular descargos. Es por ello que se hace urgente decretar la orden de no innovar solicitada, a fin de evitar los graves perjuicios mientras no se resuelva el presente recurso de protección.

Sírvase S.S. Iltrma.: decretar la orden de no innovar solicitada, suspendiéndose los efectos de los actos recurridos y ordenando a los recurridos abstenerse de ordenar el cierre o prohibición de funcionamiento de nuevos locales, mientras no se resuelva el presente recurso de protección.

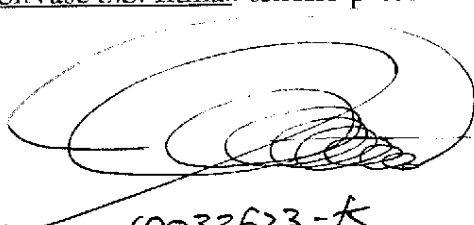
TERCER OTROSÍ: Nuestra personería para comparecer en representación de FASA CHILE S.A. consta en la escritura pública de fecha 15 de febrero de 2011, otorgada en la Notaría Pública de Santiago de don José Musalem Saffie, copia autorizada de la cual se acompaña en este acto.

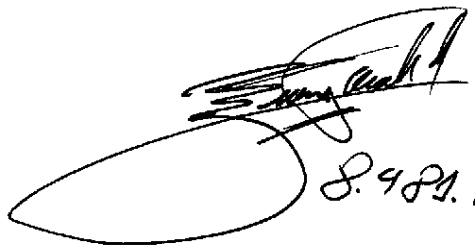
Sírvase S.S. Iltrma.: tener por acreditada la personería y por acompañado el documento.

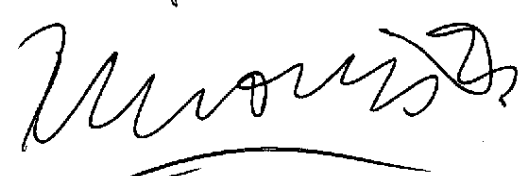
CUARTO OTROSÍ: Designamos abogados patrocinantes y conferimos poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Paulo Montt Rettig, doña Judith Pasmiño Pedraza y doña María del Pilar Soffia Ahumada.

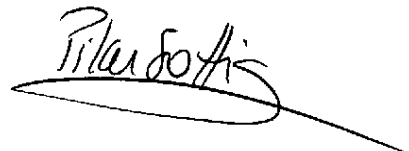
Todos los abogados patrocinantes y apoderados se encuentran domiciliados en Isidora Goyenechea 3477, piso 5, comuna de Las Condes, Santiago, podrán actuar indistintamente en forma separada o conjunta y firman el presente escrito en señal de aceptación.

Sírvase S.S. Iltrma.: tenerlo presente.


0032623-A


8.989.178-5




Pilar Soffia

