

**Secretaría:** Especial.  
**Tipo de Recurso:** Protección.  
**Recurrente:** Farmacias Cruz Verde S.A.  
**Rut N°:** 89.807.200-2  
**Representante:** Sergio Alejandro Rojas Barahona  
**Rut N°:** 10.203.712-K  
**Abogado patrocinante y Apoderado:** Sergio Alejandro Rojas Barahona  
**Rut N°:** 10.203.712-K  
**Abogado Apoderado:** Carlos Gutiérrez de Torres  
**Rut N°:** 15.971.692-9  
**Recurrido:** Director Instituto Salud Pública  
**Rut N°:** Se ignora.  
**Recurrido:** Sergio Muñoz Quezada  
**Rut N°:** Se ig  
**Recurrido:** Sand N° ING : Protección-72865-2014  
**Rut N°:** Se ig N° Tomo : 0001  
**Recurrido:** Rodc RECURSO : Protección-Protección  
**Rut N°:** Se ig ROL :  
**Otros:** TRIBUNAL :



**En lo Principal:** Interpone recurso de protección de garantías constitucionales que indica.

**Primer Otrosí:** Acompaña documentos en forma legal.

**Segundo Otrosí:** Solicita orden de no innovar.

**Tercer Otrosí:** Patrocinio y poder.

### ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

SERGIO ROJAS BARAHONA, abogado, en nombre representación, según se acreditará, de la sociedad **FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.**, persona jurídica del giro de su denominación, Rol Único Tributario N°89.807.200-2, ambos con domicilio en

Avenida El Salto N° 4875, comuna de Huechuraba, Santiago, a V.S. Iltma. respetuosamente digo:

Que por este acto, y de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 20 de la Constitución Política del Estado y dentro del plazo señalado en el N° 1 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, en la representación que acredito vengo en interponer Recurso de Protección en contra del **Sr. Director del Instituto de Salud Pública de Chile**, don Ricardo Fábrega Lacoa o quien lo suceda, en adelante ISP, ignoro nombre y profesión; don **Sergio Muñoz Quezada**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña **Sandra Cerda Obando**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don **Rodolfo Núñez**, ignoro profesión, funcionario fiscalizador ISP; don **Jorge Tello Muñoz**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña **María Vega Vega**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña **Marcela Fontecilla Schmidt**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña **Victoria Ormazábal Leiva**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don **Leonardo Díaz Caruti**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don **Sebastián Riquelme V.**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don **Luis Hernández Moreno**, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; y, don **Roberto Quezada**, ignoro profesión, funcionario fiscalizador ISP, todos ellos con domicilio en Avenida Maratón N° 1.000, comuna de Ñuñoa, Santiago, en atención al actuar ilegal y arbitrario de dichos funcionarios públicos, mismos que evidencian una clara infracción a las garantías constitucionales de esta parte consagradas en el Artículo 19 N° 2; 19 N° 3, inciso quinto; 19 N° 21 y 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, solicitando de V.S. Iltma., en definitiva, la adopción a la brevedad de las medidas que resguarden la debida protección de los derechos y garantías constitucionales de mi representada, mismos que se han visto claramente vulnerados con el actuar de los funcionarios señalados y que se han traducido en las medidas sanitarias de prohibición de funcionamiento de 7 locales de farmacia situados en la Región Metropolitana, según se indicará, declarando asimismo que dichas medidas sanitarias, de carácter excepcional, en tutela de las garantías constitucionales mencionadas, sean dejadas sin efecto, todo conforme a las consideraciones de hecho y derecho que se pasan a exponer:

#### I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

01) Mi representada, Cruz Verde, entre el 24 de octubre al 29 de octubre del presente, fue objeto en la Región Metropolitana de una "**fiscalización inspectiva específica**" por parte de diversos funcionarios del Instituto de Salud Pública de Chile, que se individualizan para cada caso, producto de la cual, en 7 de 8 fiscalizaciones sanitarias, se adoptó la medida sanitaria extraordinaria de Prohibición de Funcionamiento, en especial de los siguientes locales de farmacia, fecha y con constancia en el número de Acta que para cada caso se indican:

Sucursal CV	Dirección	Comuna	Fiscalizadores Instituto Salud Pública	Fecha Fiscalización	N° Acta
CV 30	Teatinus N° 6.	Santiago	Sergio Muñoz, Sandra Cerda, Rodolfo Núñez y Jorge Tello Muñoz	24-10-2014	623
CV 415	Avda. Francisco Bilbao N° 4144 Loc. 235 (Lumbo).	Las Condes	María Vega V., Marcela Fontecilla Schmidt y Victoria Ormazábal Leiva	24-10-2014	485
CV 757	Andrés Bello N° 2465 Local 1105, Costanera Center.	Providencia	Leonardo Díaz Caruti y Sebastián Riquelme V.	24-10-2014	377
CV 74	Irrarrazaval N° 2520 c/P.Valdivia.	Núñoa	Marcela Fontecilla Schmidt, Luis Hernández Moreno y Sebastián Riquelme V.	27-10-2014	171
CV 413	Avda. Cristóbal Colón N° 6071.	Las Condes	Sandra Cerda Obando, Leonardo Díaz Caruti y Roberto Quezada	27-10-2014	378
CV 67	Acoquendo N° 6005, Apumanque.	Las Condes	Marcela Fontecilla Schmidt y Sandra Cerda	28-10-2014	175
CV 54	Puente N° 598.	Santiago	Marcela Fontecilla Schmidt y Roberto Quezada	29-10-2014	177

02) Todas las fiscalizaciones sanitarias indicadas, salvo una de ellas, terminó con la Prohibición de Funcionamiento de 7 de nuestros locales de farmacia, las cuales resultan improcedentes, pues se trata de actos ilegales y arbitrarios, que afectan las garantías constitucionales de mi representada y la normativa legal vigente, por parte del Director del ISP y sus funcionarios fiscalizadores, por lo cual se presenta esta acción cautelar ante VSI solicitando el restablecimiento del imperio del derecho.

03) Indicamos que por la vía de ésta acción de protección, mi representada no persigue por propósito el que VSI. resuelva sobre la interpretación del artículo 100 del Código Sanitario, según expondremos, sino que obtener de VSI. amparo constitucional a medidas arbitrarias e ilegales, con grave afectación a las garantías constitucionales de Farmacias Cruz Verde S.A., cuya causa son las medidas de Prohibición de Funcionamiento de 7 de sus locales de farmacia hasta la fecha, solicitando éstas se dejen sin efecto, sin perjuicio se discuta sobre la aplicación de la norma del artículo 100 del Código Sanitario por la autoridad competente y conforme los procedimientos afincados al efecto.

## II.- FACULTADES DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA Y MODIFICACIÓN LEGAL.

04) Mi representada, **Farmacias Cruz Verde S.A.**, es una empresa que desarrolla sus actividades comerciales a través de los diversos locales de Farmacia que posee a lo largo del país. En atención a las exigencias de carácter legal, mi representada realizó diversos ajustes para cumplir con la normativa legal y sanitaria, en particular con lo dispuesto por la Ley N° 20.724.-, también conocida como Ley de Fármacos. En efecto, en cumplimiento de dichas normas, Farmacias Cruz Verde S.A. ajustó el modelo de remuneraciones variable de sus colaboradores de locales a lo dispuesto en el nuevo artículo 100 del Código Sanitario y a la norma transitoria, con alcances laborales, contenida en el mismo cuerpo legal.

El ajuste legal indicado, en concepto de nuestra empresa, cumple íntegramente con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Sanitario, el cual prescribe, en lo pertinente:

*"Artículo 100.- "...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...**

*Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, se permitirá la donación de productos farmacéuticos a establecimientos asistenciales sin fines de lucro, siempre que aquellos se encuentren comprendidos en el Formulario Nacional de Medicamentos.*

*Los medicamentos deberán presentarse en envases que dificulten a los menores su ingesta no asistida y no podrán tener forma de dulces, golosinas, confites, figuras, juguetes o cualquier otra que promueva su consumo, según se determine en el respectivo reglamento."*

05) De este modo, una vez que la norma legal entró en vigencia, el 14 de agosto de 2014, dentro del plazo que la propia ley concedía, la empresa modificó su estructura de remuneración variable en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 100 de la Ley N° 20.724.-, sin que ésta lleve consigo un incentivo económico que induzca a privilegiar el uso de determinado producto.

En efecto, el artículo 100 del Código Sanitario se limita a restringir los incentivos económicos, 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. Por lo mismo, la existencia de incentivos económicos o de ingresos variables asociados a la venta de productos farmacéuticos es perfectamente lícita, en cuanto no contrarié el artículo 100, ya citado.

A su turno, el artículo 42 letra c) del Código del Trabajo, no fue modificado ni derogado por la Ley N° 20.724.-, por lo cual constituye remuneración, entre otras, los incentivos variables, sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.

06) Por otra parte, el Artículo 178 del Código Sanitario prescribe:

*"Art. 178. (169). 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 solo 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."*

07) Sin embargo, el ISP, a través de sus fiscalizadores, **han interpretado el alcance del artículo 100 del Código Sanitario, sin contar con atribución legal para ello**, otorgando una interpretación jurídica de normas, subsumiendo hechos en tales normas y, en consecuencia, resolviendo un conflicto de relevancia jurídica (efectuando una serie de actuaciones que presuponen tal resolución previa).

En efecto, esta parte le expuso a los señores fiscalizadores que la documentación requerida en sus fiscalizaciones no implicaba incumplimiento de norma legal sanitaria alguna. Aun así, los funcionarios resolvieron tal controversia sin forma de juicio y de un modo enteramente subjetivo, previa refrendación con su jefatura superior, llevaron adelante la medida sanitaria de Prohibición de Funcionamiento -hasta hoy - de 7 locales de farmacia, ya individualizados, sin existir acreditación de infracción sanitaria, sin razones o causas fundadas para tal medida y que, lo constatado o no constatado (no haber dado cumplimiento a requerimiento de la Inspección del Trabajo) u otro, constituya un riesgo inminente para la salud de la población.

09) En este punto, debe ponerse énfasis que un caso justificado, para servir de antecedente a una medida extraordinaria como es la Prohibición de Funcionamiento, debe ser constatado en el acto (no sujeto a interpretación) y debe ser de tal magnitud que no debe existir duda alguna respecto a la procedencia de una medida sanitaria de excepción. En otras palabras, el supuesto es que dicha medida extraordinaria sea adoptada con respeto a las garantías constitucionales, al amparo de la legalidad vigente, con prudencia y razonablemente.

10) Sólo para fines de ilustrar el correcto sentido y alcance del actual artículo 100 del Código Sanitario, recurramos sólo a algunos hitos dentro del desarrollo de la discusión parlamentaria que precedió a la Ley de Fármacos:

10.1.- El Proyecto de ley que modificó el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos, tiene su antecedente en los Boletines N°s. 6.523-11, 6.037-11, 6.331-11 y 6.858-11, refundidos).

10.2.- Moción de los Senadores Guido Girardi, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide (Bol. N° 6.523-11), se agregó el Art. 127 bis al CS, disponiéndose en lo pertinente 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.**”*

Con lo cual se ponía acento, inicialmente, en el Proyecto a que no existían incentivos de ninguna clase, no siendo la redacción final del Art. 100 del Código Sanitario, que sólo quedó acotado a los incentivos económicos que tienden a privilegiar un producto determinado.

10.3.- Indicações al Art. 127 ter (Bol. Final), 80. De la Senadora Matthei, y 81.- de los Senadores señores Larraín, Longueira y Coloma, para reemplazar el artículo 127 ter contenido en la letra e) del artículo 1°, por el siguiente:

*“Artículo 127 ter.- Se prohíbe el incentivo de cualquier índole, que induzca a los médicos, dentistas, matronas, farmacéuticos o químicos farmacéuticos, auxiliares de establecimientos farmacéuticos, prácticos de farmacia o cualquier otra persona que tenga relación con la venta de un medicamento, la prescripción, la dispensación, la administración o el consumo de un determinado producto farmacéutico. **En cualquier caso, ello no obstará al pago de comisiones por ventas, pero tratándose del personal de establecimientos farmacéuticos**”*

**deberán ser de carácter general y no podrán privilegiar el expendio de determinados medicamentos...**

Con lo cual se ponía acento, inicialmente, en el Proyecto a que no existían incentivos de cualquier índole, refiriendo a determinados medicamentos (plural), en contraste con la redacción final del Art. 100 del Código Sanitario, que habla en singular. Y se dejaba explícito que la regulación no impedía los incentivos por ventas, lo que luego se declinó dejar expresamente establecido.

10.4.- Informe complementario Comisión de Trabajo y Previsión Social: Plazo para indicaciones y se aprueba una propuesta para la Sala. 4) Indicación presentada por la Senadora Rincón y por el Senador Muñoz Aburto, cuyo texto señala: Incorpórase el artículo transitorio nuevo.

*“Artículo transitorio.- Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado incentivos económicos destinados a inducir el uso de determinado producto, como lo prohíbe el artículo 100 del Código Sanitario, en los contratos de trabajo, sean estos individuales o producto de negociaciones colectivas, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar tales estímulos a la normativa vigente con cargo a otros emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.*

*Este ajuste no podrá significar una disminución de los porcentajes totales de las comisiones u otros emolumentos variables que conforman la remuneración.”*

Puestas en discusión las indicaciones números 2, 3 y 4, la Senadora Rincón explicó que la iniciativa pretende favorecer la mantención en el nivel de las remuneraciones que perciben los trabajadores del sector farmacéutico. En ese sentido, manifestó que las remuneraciones que perciben se componen, entre otras sumas, por incentivos derivados de las operaciones de venta que generan, para cuyo devengamiento no se debe atender, bajo ningún respecto, exclusivamente a la industria o laboratorio que lo produce, sino a la cantidad de operaciones que se hubieren producido, toda vez que ello genera un perjuicio a los clientes de las farmacias y a los trabajadores que prestan servicios en éstas. **Reiteró 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.

Por su parte, el asesor del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Francisco Del Río, expresó que la estructura de remuneraciones mixtas, compuestas por elementos fijos y variables, implica que una parte de los emolumentos recibidos pueden variar mes a mes, dada la naturaleza variable de parte de los mismos, como lo señala el CT. Agregó que, de esta forma, si el artículo transitorio que determina que las remuneraciones variables obtenidas por las ventas de productos realizadas en infracción al art. 100 del proyecto propuesto, deben mantenerse en su monto sobre la base de un promedio histórico, lo que se hace en los hechos es que a una remuneración variable se le da un carácter fijo al trasladar su monto final a la liquidación de

remuneraciones después del ajuste. Finalmente indicó que si lo que se quiere es mantener el carácter variable de dicha porción de la remuneración y dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 100, lo que se debe hacer es determinar que el ajuste que debe efectuar el empleador respete los porcentajes totales sobre las ventas que dieron origen a la remuneración variable. Dichos porcentajes totales se pueden establecer sobre la base del último mes o bien sobre un promedio calculado en un período determinado. Es decir, se debe analizar que los montos totales recibidos por el trabajador, como remuneración variable, corresponden a un porcentaje de todas las ventas efectuadas en el mes, y dicho porcentaje se debe mantener en el ajuste. De esta manera, se mantiene el componente fijo el variable de la remuneración del trabajador.

11) Conforme se desarrollará, el Instituto de Salud Pública ha pretendido forzar e imponer, a través de acciones de su Director y su equipo fiscalizador, su interpretación particular al Artículo 100 del Código Sanitario, para cuyo efecto se ha prevalido de la facultad extraordinaria del Artículo 178 del mismo cuerpo normativo – Prohibición de Funcionamiento, sin mediar causa que lo justifique y condicionando el alzamiento de las medidas extraordinarias a aceptar su interpretación de la norma, pretextando el no cumplimiento de requisitos de autoridades laborales, el uso irracional de medicamentos y/o el riesgo inminente para la salud de la población, actuaciones ilegales y arbitrarias, que afectan las garantías constitucionales de mi representada.

### **III.- ANTECEDENTES FÁCTICOS RECURSO DE PROTECCIÓN.**

#### **PRIMER HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 30.**

12) El **24 de octubre de 2014**, alrededor de las 11:15 horas los señores: Jorge Tello Muñoz, Sergio Muñoz, Rodolfo Núñez y Sandra Cerda, funcionarios del Instituto de Salud Pública, se presentaron en la **sucursal de Farmacias Cruz Verde ubicada en Teatinos N° 6 (Sucursal N° 30), comuna de Santiago**. Recibidos por el encargado del local, dijeron encontrarse ejecutando un plan de vigilancia de la aplicación de la Ley 20.724, también llamada Ley de Fármacos.

Como resultado de la visita inspectiva aplicaron a dicho local la medida sanitaria de “prohibición de funcionamiento”.

De la fiscalización que terminó con esta decisión de prohibición de funcionamiento se levantó el **Acta 0623**, copia de la cual se entregó a mi mandante. En ella puede leerse que, el personal del ISP en su fiscalización, pidió tener a la vista y revisó una serie de antecedentes laborales de los trabajadores de esa sucursal, entre otros sus liquidaciones de sueldo, y contratos de trabajo. Luego de examinar tales documentos consignan la siguiente conclusión en el acta:

*"...no es posible asegurar que no se den incentivos por venta de productos farmacéuticos. Debido a los antecedentes encontrados y por considerarse que el incentivo significa un riesgo para la salud de la población, se aplica por instrucción del Director del ISP -Ricardo Fábrega Lacoa- la prohibición de funcionamiento, en este acto. Para cursar y solicitar [sic] la medida aplicada, deben presentar los descargos respectivos, la solicitud de alzamiento de la medida sanitaria, se requiere el certificado de la Inspección del Trabajo en que conste el cumplimiento de los requerimientos electrónicos efectuados por la Inspección del Trabajo a la empresa".*

La grave injusticia en la aplicación de una medida tan severa como es la prohibición de funcionamiento del establecimiento, queda de manifiesto de la lectura del acta redactada por los propios funcionarios fiscalizadores. Como se ha transcrito, éstos justifican la clausura en el hecho de que no les fue posible acreditar que no se den incentivos para la venta de medicamentos, invirtiendo la lógica del sistema, que sólo les autoriza a aplicar sanciones cuando han constatado los presupuestos que las hacen procedentes.

Lo anterior equivale a aplicar una pena fundado en que no se pudo probar la inocencia del imputado.

Luego de haber dejado expresa constancia de que no es posible acreditar que no se esté vulnerando el inciso 4º del artículo 100 del Código Sanitario, los mismos funcionarios, contra toda lógica, concluyen dando por acreditada **la existencia de un peligro inminente para la salud de la población**, y deciden aplicar, con el conocimiento y participación del Director del ISP, la prohibición de funcionamiento del local.

Finalmente, y también sin explicación razonable alguna, los funcionarios del ISP condicionan el levantamiento de la prohibición de funcionamiento a la satisfactoria respuesta de requerimientos enviados por la Inspección del Trabajo a la empresa, requerimiento que no ha sido motivado legalmente por la Inspección y si así fuere, su seguimiento, control, fiscalización y sanción corresponde en forma exclusiva a la Dirección del Trabajo y en caso alguno al Instituto de Salud Pública de Chile.

La actuación de los funcionarios del ISP, sin embargo, no fue un hecho aislado, pues así quedó de manifiesto en las fiscalizaciones realizadas en forma paralela a distintos locales de mi mandante, ese mismo día y en los posteriores.

#### **SEGUNDO HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 415.**

13) En efecto, el mismo día **24 de octubre de 2014** y también alrededor de las 11:15 horas se presentan las funcionarias del Instituto de Salud Pública María Vega Vega, Marcela Fontecilla Schmidt y Victoria Ormazábal Leiva en la **sucursal de Farmacias Cruz Verde ubicada en Avenida Francisco Bilbao N° 4144 (Sucursal N° 415), en la comuna de Las Condes**, quienes igualmente indicaron se encontraban ejecutando un plan de vigilancia de la aplicación de la Ley 20.724

Dicha fiscalización también concluyó con la prohibición de funcionamiento del local establecimiento comercial de nuestra mandante.

De este procedimiento se levantó el **Acta N° 0485**, en la cual se consigna que las funcionarias tuvieron acceso a antecedentes de modificaciones realizadas por Farmacias Cruz Verde a su modelo de incentivos, el cual fue comunicado a los dependientes de sus locales. En esas modificaciones se considera una estructura de incentivos variables por determinados **géneros** de productos, como "total Farma", "alternativas convenientes", "bioequivalentes, genéricos", entre otros.

El texto expreso del artículo 100 del Código Sanitario sanciona el incentivo a la venta de productos *determinados* lo que indudablemente no se da en este caso. No obstante, a pesar de que el modelo de remuneración variable que detectaron las funcionarias del ISP no permite establecer, por sí mismo, que exista un incentivo a la venta de productos *determinados*, las fiscalizadoras concluyeron que:

*"la información recopilada y entregada (...) evidencia el incentivo a la venta de medicamentos, lo que se ve reflejado en el pago de las remuneraciones percibidas por los dependientes del local".*

Y en forma extrañamente similar a la fiscalización que estaba ocurriendo en forma paralela en el otro local de la cadena, indican que:

*"para solicitar el alzamiento de la medida los interesados deben presentar un certificado emitido por la Dirección del Trabajo, donde conste que se ha dado íntegro cumplimiento a los requisitos electrónicos solicitados por el Departamento de Inspección de dicha institución (Inspección del trabajo)".*

### **TERCER HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 757.**

14) El mismo día **24 de octubre**, alrededor de las 11:30 horas, los funcionarios del ISP Leonardo Díaz y Sebastián Riquelme concurren a la **sucursal de Farmacias Cruz Verde ubicado en Andrés Bello N° 2447, local 1105, (Sucursal N° 757) en la comuna de Providencia**, visita inspectiva que se plasmó en el **Acta N° 0377**. Como es de esperarse, dicho procedimiento también concluyó con la prohibición de funcionamiento del local, previa, aprobación de la jefatura superior.

En dicha fiscalización se revisaron liquidaciones de sueldo de los trabajadores, constatándose el pago de bonos por venta de productos "farma" y "genéricos", es decir, no se trataba de incentivos a la venta de productos determinados, como exige la letra del inciso cuarto del art. 100 CS.

En esta ocasión, los funcionarios pidieron se les entregara un certificado de la Inspección del Trabajo donde conste que la empresa fiscalizada ha dado cumplimiento a los requerimientos electrónicos de información efectuados por dicha institución de fiscalización laboral. Sin perjuicio de que las competencias fiscalizadoras de ISP no se extienden al ámbito laboral, se les hizo presente que no se disponía de tal documento en razón de haber obtenido plazo de parte de la inspección del trabajo para entregar determinados antecedentes. No obstante lo anterior, del mismo modo ya relatado, concluyen los fiscalizadores consignando que:

*"para la solicitud de alzamiento de la medida sanitaria, se debe acudir desde el día lunes [sic] 27 de octubre a las 14:30 en Asesoría Jurídica del ISP, con documento que*

*certifique que se dio [sic] cumplimiento a los requerimientos solicitados por la Inspección del Trabajo”.*

La resolución que ordena la prohibición de funcionamiento del local comercial de mi mandante es totalmente arbitraria e ilegal por cuanto se basa en una supuesta contravención al inciso cuarto del artículo 100 del Código Sanitario, la que es desmentida por su texto expreso y se condiciona su alzamiento a la entrega de documentación laboral, que está fuera de las competencias del ISP, más allá de los fundamentos sanitarios que puedan justificar el contenido de una medida extraordinaria como es la prohibición de funcionamiento, en cuanto estar en riesgo inminente la salud de la población.

#### **CUARTO HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 74.**

15) El día **27 de octubre de 2014** a eso de las 10:55 horas los funcionarios del ISP Marcela Fontecilla Schmidt, Luis Hernández Moreno y Sebastián Riquelme concurren a la **sucursal de nuestra mandante ubicada en Irrarázaval N° 2520, en la comuna de Ñuñoa (Sucursal N° 74).**

En esta visita también se revisaron liquidaciones de sueldo, así como del informativo de ajuste de los contratos enviado por la querellante, que establece un modelo de remuneración variable según categorías de medicamentos. También se decreta la prohibición de funcionamiento del local fiscalizado.

De igual forma que en las fiscalizaciones anteriores se levantó un acta, que en este caso corresponde al **Acta N° 0171** en la que consignan:

*“se observa pago de incentivos a dependientes. Se llama a jefatura directa y se adopta en conjunto la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento por riesgo inminente para la salud pública. Para alzar la medida sanitaria deberán dirigirse a (...) en asesoría jurídica, con documento que certifique que se dio cumplimiento a los requerimientos solicitados por la Inspección del Trabajo, y constancia que se solucionó la infracción detectada”.*

Es decir, contraviniendo lo dispuesto en el art. 100 Código Sanitario, se establece la existencia de un peligro para la salud de la población en base a la existencia de remuneración variable de acuerdo a la venta de *categorías* de fármacos, en lugar de incentivos a productos *determinados*.

#### **QUINTO HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 413.**

16) El día **27 de octubre de 2014**, aproximadamente a las 11:13 horas, los fiscalizadores Sandra Cerda, Leonardo Díaz y Roberto Quezada, concurren a la **sucursal de Cruz Verde ubicada en Avenida Cristóbal Colon N° 6071 (Sucursal N° 413), en la comuna de Las Condes**, con el fin de realizar la misma fiscalización.

De este proceso se dejó constancia en el **Acta N° 0378**, que señala:

Al igual que en las otras actas ya individualizadas, se deja constancia que el pago de remuneraciones se ve afectado por la venta de medicamentos, **lo cual produce incentivos contraviniendo el uso racional de medicamentos y la normativa vigente implicando un riesgo inminente para la salud de la población. Previa confirmación con jefatura superior, se determina la prohibición de funcionamiento del establecimiento.**

**SEXTO HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 67.**

17) El día **28 de octubre de 2014**, aproximadamente a las 10:40 horas, los fiscalizadores Marcela Fontecilla y Sandra Cerda, efectuaron visita inspectiva al **establecimiento de Cruz Verde ubicado en Apoquindo N° 6005 (Sucursal N° 67), comuna de Las Condes**, con el fin de realizar, nuevamente, la misma fiscalización.

De este proceso se deja constancia en el **Acta N° 0175**.

Previa confirmación con jefatura superior, se determina la prohibición de funcionamiento del establecimiento. Por último se señala la colaboración de la directora técnica y se instruye que, para solicitar alzamiento, se debe concurrir hasta oficina jurídica del ISP con documentación que acredite la solución de la infracción.

**SÉPTIMO HECHO: PROHIBICIÓN FUNCIONAMIENTO LOCAL CRUZ VERDE N° 54.**

18) El día **29 de octubre de 2014**, aproximadamente a las 10:18 horas, los fiscalizadores Marcela Fontecilla y Roberto Quezada, efectuaron visita inspectiva al **establecimiento de Cruz Verde ubicado en Puente N° 578 (Sucursal N° 54), comuna Santiago**, con el fin de fiscalizar el cumplimiento de Ley de Fármacos.

De este proceso se deja constancia en el **Acta N° 0177**. Previa confirmación con jefatura superior, se determina la prohibición de funcionamiento del establecimiento.

19) **Consideración especial:** Fiscalización, pero sin Prohibición de Funcionamiento Sucursal Cruz Verde N° 466.

Hacemos presente que el **27 de octubre de 2014**, aproximadamente a las 12:34 horas, los funcionarios del ISP Sra. Marcela Fontecilla Schmidt, don Luis Hernández Moreno y don Sebastián Riquelme concurren a la **sucursal de nuestra mandante en Pedro de Valdivia N° 2520 (Sucursal N° 466), en la comuna de Ñuñoa**, con el fin de realizar las mismas fiscalizaciones que comentamos.

De este proceso se deja constancia en el **Acta N° 0172** en la que señalan:

*“se observa en computador un acta de comparecencia de Cruz Verde ante la Inspección del Trabajo, que han iniciado un proceso de regulación con ellos, específicamente lo referente a contratos, no se pudo obtener copia.”*

Basado en la constancia indicada, **se optó por los funcionarios fiscalizadores en NO verificar la Prohibición de Funcionamiento**, pese a que el modelo de incentivos variables era el mismo, en consideración a que constaba que Cruz Verde si se encontraba en proceso de fiscalización regular con la Dirección del Trabajo, dejando explícito con ello que jamás ha estado en entredicho un peligro inminente para la salud.

Llama la atención que en esta acta se deja constancia que:

*“...se observa en computador un acta de comparecencia de Cruz Verde ante la Inspección del Trabajo, que han iniciado un proceso de regulación con ellos (revisión de contratos) con fecha 27/10/2014.” Reitera, por último esta acta, que “...para alzar la medida sanitaria, deberán dirigirse (...) con documento que certifique que se dio cumplimiento a los requerimientos solicitados por la Inspección del Trabajo.”*

20) Anotamos, porque nos parece de absoluta importancia, que los referidos planes de vigilancia o visitas de carácter específico sólo se han concentrado en la Región Metropolitana y sólo se ha concentrado en las cadenas de farmacia, lo que se presenta como el más absoluto desmentís a la pretendida alerta sanitaria de riesgo inminente para la salud, pues tal parece que en concepto del ISP, este riesgo para la salud inminente solo existe en Santiago y en las farmacias de cadena.

21) A mayor abundamiento, se adjunta un tweet enviado por el Director del ISP, señor Ricardo Fábrega, quien en horas de la mañana del 28 de octubre pasado, se despide del Instituto expresando: **“En mi despedida, entre el montón de fotos, destaco contento el cierre de farmacias...”**. Huelgan comentarios sobre las finalidades últimas de los cierres de farmacias de cadenas.

22) Hasta el día de hoy, Cruz Verde sigue con sus locales de farmacia cerrados por las prohibiciones de funcionamiento arbitrarias e ilegales decretadas por el ISP, con grave afectación a su actividad comercial, transformándose anticipadamente en un acto de clausura de sus 7 locales de farmacia, toda vez que:

- Han interpretado el alcance del artículo 100 de la Ley de Fármacos, sin contar con atribución legal para ello, imponiendo apremios en caso de no ajustarse a dicha interpretación.
- Han resuelto, sin conocer versión del sujeto pasivo, (a través de descargos) y sin mediar sumario sanitario, (debido proceso) la existencia de una infracción sanitaria.

- Han aplicado una medida sanitaria de excepción, como lo es la Prohibición de Funcionamiento del Local de Farmacia, sin que exista un caso justificado que lo amerite.
- Se ha considerado la existencia de un riesgo inminente para la salud de la población sin que sus causas o motivos sean consignados en acta de fiscalización, es decir, solo se ha justificado el riesgo a partir de supuestas consecuencias y no sobre la base de hechos constatados o verificados. (se adoptó medida sobre la base de información requerida y que no ha sido evaluada y revisada por la autoridad sanitaria)
- Se ha adoptado una medida sanitaria que procede en casos justificados con la finalidad de obtener información y antecedentes que se encuentran dentro de la órbita y competencia de otro servicio público.

De este modo, no existe fundamento alguno, expresado en las Actas de Fiscalización, que justifique una medida sanitaria extraordinaria como la Prohibición de Funcionamiento de 7 de los locales de farmacia de mi representada.

#### **IV.- BASES LEGALES**

##### **QUE EL ACTUAR DE LOS RECURRIDOS NO HA RESPETADO.**

23) Nos parece que los hechos descritos son evidencia clara del actuar ilegal de los recurridos. En efecto, el principio de legalidad o juridicidad de las actuaciones de la Administración del Estado está consagrado en nuestro Sistema Jurídico en las llamadas "Bases de la Institucionalidad", consagradas en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

24) Además, el artículo 2 de la Ley n° 18.575, indica que: "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a la leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes."

25) Por su parte, el DFL n° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2763/79 y de las Leyes n° 18.933 y n° 18.469, establece en sus artículos 1 y 2 que: "Artículo 1: Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones." Y el artículo 2: "Para los efectos del presente Libro, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o

contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1." Agregando su inciso II que: "Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema."

El mismo texto, en su capítulo IV, regula la naturaleza y competencia del servicio público descentralizado denominado Instituto de Salud Pública de Chile, cuyo fin está establecido en el inciso III del artículo 57, que señala: "El Instituto servirá de laboratorio nacional y de referencia en los campos de la microbiología, inmunología, bromatología, farmacología, imagenología, radioterapia, bancos de sangre, laboratorio clínico, contaminación ambiental y salud ocupacional y desempeñará las demás funciones que le asigna la presente ley."

Y para el cumplimiento de tales fines, el artículo 59 de dicha compilación establece las funciones propias del ISP que, en definitiva son aquellas destinadas al cumplimiento de los fines de su competencia. Así, es laboratorio nacional y de referencia; ejerce las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, autorizando y registrando laboratorios, medicamentos y otros productos, y controlando su internación, exportación y distribución, y controlando los estupefacientes para sus usos lícitos; es el organismo productor oficial del Estado para la elaboración de productos biológicos; presta servicios de asistencia y asesoría a otros organismos públicos y privados, promueve la investigación, capacita y adiestra dentro del área de su especialidad; y fiscaliza las normas de calidad y acreditación de los laboratorios.

26) Por su parte, el Código Sanitario, en su Libro X, establece los procedimientos y sanciones destinados a asegurar el cumplimiento efectivo de sus disposiciones y de las contenidas en los reglamentos por él previstos. Así, en su artículo 155 se dispone la facultad de la autoridad sanitaria de "...practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados". El artículo 156 agrega que: "Cuando con ocasión de ellas se constatare una infracción a este Código o a sus reglamentos, se levantará acta dejándose constancia de los hechos materia de la infracción."

Enseguida, el Título III del Libro X del Código Sanitario establece las "Sanciones y Medidas Sanitarias". Ya desde el nombre dado por el codificador al Título en cuestión, queda en evidencia que las sanciones y las medidas sanitarias son acciones de distinta naturaleza y con muy diversa finalidad. Así, tras establecer las sanciones que la autoridad sanitaria puede disponer para el caso de comprobar infracciones a la normativa sanitaria vigente, léase multas, se establece en el artículo 178 la posibilidad de imponer a los administrados una medida sanitaria, disponiendo su inciso I 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." Y su inciso II: "Estas medidas podrán ser impuestas por el ministro de fe, con el solo 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."

27) Como puede apreciarse, el ISP es un órgano de la Administración del Estado creado por el legislador con una finalidad determinada y premunido de potestades que el legislador le concede a texto expreso para el cumplimiento de esas finalidades y no de otras. Según se dijo, el ISP es uno de los varios órganos creados por el legislador para garantizar a la población el acceso a la salud en condiciones de libertad e igualdad; así, es parte de la Administración sanitaria, debiendo, por tanto, utilizar sus potestades exclusivamente en los casos en que se produzcan en la realidad las hipótesis previstas por el legislador para su uso, así como para el cumplimiento de sus fines propios, quedando impedida de actuar válidamente para el logro de fines distintos a los previstos por el legislador al momento de crearlo.

Sin embargo, desapegándose de la legalidad vigente y de las a normas que rigen su actuar, se puede apreciar de las actas de inspección ya referidas, que los recurridos se constituyeron en los locales de farmacias de Cruz Verde no para vigilar el cumplimiento de disposiciones sanitarias, sino para comprobar el cumplimiento de exigencias realizadas por la Inspección del Trabajo. Ello es fácil de constatar, toda vez que en todas ellas se exige que, para solicitar el alzamiento de la medida de prohibición de funcionamiento, se acompañe al área jurídica del ISP los documentos "...que certifiquen que se dio cumplimientos a los requerimientos solicitados por la Inspección del Trabajo."

Nótese, por último, que la ley orgánica del ISP no le concede facultades a su Director ni menos a su Departamento Jurídico, para interpretar la ley con alcance obligatorio, ni siquiera para sus funcionarios, el personal a contrata y a honorarios.

#### **V.- ILEGALIDAD DE LOS ACTOS EJECUTADOS POR LOS RECURRIDOS.**

28) La acción fiscalizadora emprendida por los recurridos, imponiendo a Cruz Verde la más grave de las medidas posibles que afectan a una actividad comercial, como es el cierre de locales comerciales, tiene como pretendido fundamento la aplicación del artículo 100 del Código Sanitario.

Esto representa una flagrante ilegalidad y abuso, pues el Código Sanitario establece de modo explícito la relación de las medidas sanitarias con sucesos graves, que pudieren afectar la salud de la población, tal como se ordena en su inciso I el artículo 57: "Cuando el país está amenazado o invadido por peste, cólera, fiebre amarilla, viruela, tifo exantemático o cualquiera otra enfermedad transmisible, el Servicio Nacional de Salud deberá establecer medidas adecuadas para impedir la transmisión internacional de dichas enfermedades, ya sea que éstas puedan propagarse por medio de pasajeros y tripulación, cargamento, buques, aviones, trenes y vehículos de carreteras, así como por mosquitos, piojos, ratas u otros agentes transmisores de enfermedades." Agregando su inciso II que: "También podrán adoptarse las medidas sanitarias pertinentes frente al conocimiento del primer caso que se presente en el extranjero de las enfermedades enumeradas en el inciso anterior."

Concordante con esta peligrosidad, el artículo 178 del mismo Código, autoriza la adopción de medidas sanitarias como la que se ha impuesto a Cruz Verde, pero bajo la

condición que se trate de casos justificados y cuando exista un riesgo inminente para la salud.

Ahora bien, es de suyo evidente que tales medidas sanitarias no son una sanción por incumplimiento de normas y tampoco pueden confundirse con medidas preventivas o precautorias para casos de denuncias infraccionales. Y acontece que las actas inspectivas no contienen explicación, justificación o razonamiento alguno acerca de cómo el pago de incentivos variables constituyen un riesgo inminente para la salud.

El artículo 100 es evidentemente de corte sanitario, pero el artículo transitorio de la Ley 20.724 es de naturaleza laboral, por lo que se concluye que la supuesta infracción que se denuncia por el ISP es el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo transitorio de la Ley 20.724, que ordena a los empleadores determinadas adecuaciones a los contratos de trabajo del personal de establecimientos farmacéuticos, en un evidente despropósito y desviación de funciones, pues la fiscalización del cumplimiento de la ley laboral corresponde única, exclusiva y privativamente a la Dirección Nacional del Trabajo. Es más, algunas de las actas de fiscalización se están refiriendo, con toda claridad, a una obligación específica que no está en el Código Sanitario, ya que se trata de una norma laboral, ajena a la competencia de la autoridad sanitaria, y sujeta a un régimen infraccional especial del ámbito laboral.

29) En efecto, llama la atención que una medida excepcional de carácter sanitario sea adoptada sin que se hubiese constatado, por parte de los ministros de fe, la existencia de una infracción sanitaria, en particular, al momento de visitar e inspeccionar la farmacia. Lo contrario, lógicamente, nos lleva a concluir que la decisión ya se había adoptado en forma previa a la visita inspectiva, en lugar de constatar la infracción sanitaria y el existencia de un riesgo inminente para la salud, la cual solo tendría por finalidad llevar adelante la decisión ya adoptada.

Puede parecer lógico y trivial lo que se plantea pero no lo es, ya que para que procedan medidas sanitarias como las señaladas en el artículo 178 del Código Sanitario es, esencial, que ellas hubiesen sido acreditadas mediante sumario sanitario y que así se exprese en sentencia o acto administrativo que lo resuelve, o bien, que los hechos constitutivos de infracción hubiesen sido motivo de acreditación por parte de ministros de fe al momento de visitar, allanar o ingresar a un establecimiento o edificio, todas situaciones que no han acontecido.

Es el propio artículo señalado, el cual se enmarca dentro del Título III "De las Sanciones y Medidas Sanitarias", que permite a la autoridad sanitaria, además de aplicar multas a través de un procedimiento sanitario, llevar adelante medidas sanitarias adicionales cuando sea trate de casos justificados. La norma indicada, expresa:

*Art. 178. (169). 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 solo 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.*

Pues bien, como se puede concluir fácilmente, y es evidente luego de las visitas inspectivas, no han existido sumarios sanitarios que hubiesen concluido con una sanción respecto de infracciones al artículo 100 de la Ley de Fármacos por parte de Farmacias Cruz Verde S.A., así como tampoco, se acreditó o constató durante la fiscalización hechos que permitieran tener por acreditada la infracción y que, además, producto de lo evidente de ellas, se tuviese que adoptar una medida sanitaria adicional como es la Prohibición de Funcionamiento.

30) Resulta de toda evidencia, que la pretendida infracción al artículo 100 del Código Sanitario, en especial al modelo de estructura variable de sus auxiliares de farmacia, vigente por más de 30 años a lo menos, no puede transformarse de un día para otro en un riesgo inminente para la salud, menos si éste se ajusta conforme al tenor que la misma norma faculta. Por lo cual, la utilización de la facultad del ISP prevista en el Artículo 178 del Código Sanitario, que contiene una medida sanitaria de excepción, que exige justificación, no era aplicable para los casos que se han indicado y con su aplicación, se ha llevado adelante por el ISP y su equipo fiscalizador una flagrante infracción al artículo 178 del Código Sanitario con grave afectación a las garantías constitucionales de mi representada. Lo que es más grave, las Actas de Fiscalización que llevan adelante la Prohibición de Funcionamiento, siquiera aparecen como debidamente justificadas o motivadas, sino por el contrario o carecen de toda motivación de aquellas extraordinarias que la justifiquen o los motivos que se anuncian se apartan evidentemente de toda excepcionalidad y competencia del propio ISP.

#### **VI.- ARBITRARIEDAD Y ABUSO DEL ACTUAR DEL ISP.**

31) El actuar de los recurridos, además de ilegal, ha sido abiertamente arbitrario y abusivo. Han actuado fuera de sus competencias y atribuciones y han hecho uso de sus facultades cautelares en forma abusiva y desproporcionada, excediendo notoriamente el objetivo legal de protección de la salud a través de la sanción de conductas ilícitas, lesionando una serie de derechos fundamentales de las personas, que se reconocen y garantizan en la Constitución Política de la República, según analizaremos más adelante.

En efecto, se ha ordenado la medida más extrema que se pueda aplicar a una actividad económica lícita, como es la prohibición de su ejercicio, sin oír al afectado, imponiendo la sanción adicional de la publicidad en perjuicio de su imagen comercial, provocando daño económico y poniendo en riesgo la estabilidad laboral de sus trabajadores. Las actuaciones reseñadas anteriormente corresponden claramente a una forma abusiva y desproporcionada de ejercicio de la potestad de fiscalización que la ley ha encomendado a la Autoridad Sanitaria, que excede notoriamente el objetivo legal de

protección de la salud a través de la aplicación de medidas sanitarias y termina derechamente lesionando derechos fundamentales de las personas que se reconocen en la Constitución Política de la República.

32) Es más y como hemos expuesto con precedencia latamente, en este caso no hay norma legal ni reglamentaria de índole sanitaria que ampare la actuación fiscalizadora, lo que implica una carencia de respaldo legal y falta de validez jurídica a la medida impuesta y la reconduce a una pura y simple actuación de hecho, a una simple desviación de poder y exacerbación de funciones. Huelga explicar que siendo el Derecho Administrativo sancionador el respaldo a la limitación de los derechos de las personas y el fundamento de las sanciones que deben tolerar como consecuencia de conductas infraccionales, un requisito mínimo y elemental es la precisión y determinación clara e inequívoca de la norma que ampara la actuación persecutoria. De lo contrario, una atribución y potestad fiscalizadora sin fundamento legal y reglamentario, deviene en un acto de fuerza o "vías de hecho", que son naturalmente presupuesto procesal del presente recurso de protección.

33) Súmese a lo anterior, el diseño de clausuras implementado por los recurridos los días pasados: nos referimos a que los inspectores del ISP clausuraban una farmacia de un centro comercial de una cadena, pero ninguna de las que estaban al lado. ¿Por qué? Evidentemente, si de verdad creyeran que existía un riesgo inminente para la salud, debieran cerrarlas todas, pero no lo hacen. A mayor abundamiento, es de notar que este supuesto plan de fiscalización sólo se ha concentrado en la Región Metropolitana, sin que el ISP, que puede y debe fiscalizar a nivel nacional, lo haya hecho, de lo que puede presumirse que el resto del país no posee dicho riesgo inminente para la salud, pese a que se aplica en regiones el mismo modelo de incentivos variables.

34) Por último, no podemos ignorar el Tweet enviado por el ex Director del ISP en horas de la mañana del 28 de octubre pasado, que se adjunta a esta presentación, en el cual comparte vía redes sociales su despedida del Instituto, expresando: ***"En mi despedida, entre el montón de fotos, destaco contento el cierre de farmacias..."***.

Todo este proceso de fiscalización constituye una actuación ilegal y abusiva de la Autoridad Sanitaria, amparada en una interpretación sesgada de la ley e infringiendo palmariamente el principio de probidad, buena fe y proporcionalidad que debe regir el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

La arbitrariedad y abuso es aún mayor, como hemos acotado, si se toma nota que por más de 30 años Cruz Verde, legítimamente, ha estructurado un sistema de remuneraciones mixto para sus trabajadores, constituido por ingresos fijos y variables, hecho público y notorio, sin que jamás ninguna autoridad sanitaria, incluido el ISP, haya advertido que ello constituía un riesgo inminente para la salud.

## **VII.- DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DECRETADA POR LOS RECURRIDOS. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE FUNCIONAMIENTO.**

35) La medida de prohibición de funcionamiento y los sumarios instruidos por supuestas faltas reglamentarias, resultan desproporcionadas, fueron dictadas con omisión de los requisitos legales y escapan a las competencias que el Código Sanitario le entrega a la Autoridad Sanitaria en las normas legales que permiten decretar las medidas adoptadas.

Esto, por cuanto según los hechos descritos, el pago de un incentivo variable no puede ser entendido, bajo supuesto alguno, como un riesgo para la salud de la población, siendo desproporcionada la decisión adoptada considerando la gravedad del supuesto e inexistente ilícito que se imputa.

Nótese que el inciso I del artículo 178 del Código Sanitario contempla la medida de prohibición de funcionamiento de un establecimiento por parte de la Autoridad Sanitaria, en los siguientes términos: *“La autoridad podrá también, como medida sanitaria, ordenar en casos justificados clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos.”* Entonces, el legislador franquea la imposición de esta medida sanitaria siempre que se reúnan ciertos requisitos que la justifiquen, a saber: debe constatarse el hecho que implica un riesgo por ministro de fe, en acta que levante al efecto, en que conste que existe un riesgo inminente para la salud y debe dar aviso a su jefe inmediato.

Pues bien, dentro de estos requisitos, destacamos la exigencia que formula el legislador para adoptar la medida de prohibición de funcionamiento, consistente en el hecho que exista un riesgo inminente para la salud. Cabe preguntarse ¿Cuáles de los hechos constados en las actas de clausura -y presumiendo que los funcionarios actuantes del ISP hayan sido de planta o a contrata-, que representan un riesgo inminente para la salud? Con más precisión, la pregunta es cómo un bono o incentivo variable podría afectar la salud en términos de riesgo inminente.

36) Estas preguntas no son baladíes, pues el concepto de riesgo inminente para la salud no es un concepto normativo, pues no existe una definición normativa, sino fáctico.

Nos parece que conceptualmente, riesgo inminente para la salud es aquél que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud.<sup>1</sup> O bien, es aquél que tiene lugar frente a una expectativa razonable de la existencia de sustancias peligrosas u otros riesgos para la salud y siempre que la exposición a éstos en un breve periodo, disminuirían la vida o causarían una seria reducción en la capacidad física o mental de las personas.<sup>2</sup> Aún más, acudiendo a la vieja regla de interpretación de la ley que privilegia el sentido natural de las palabras, ocurre que riesgo se define por la RAE como “contingencia o proximidad de un daño” e inminente como “que amenaza o está para suceder prontamente”. Mutatis mutandi, puede entenderse que riesgo inminente para la salud es un hecho que, con gran probabilidad, causara un daño a la salud en lo inmediato, en un breve lapso.

---

<sup>1</sup> Extraído de la Ley de Prevención Laboral de España.

<sup>2</sup> Extraído de las recomendaciones del Occupational Safety & Health Administration, USA.

37) Sin ir más lejos, un documento emanado del propio ISP, como es la Guía para las Inspecciones de orden general a los establecimientos sometidos a control sanitario por el Instituto de Salud Pública de Chile, de diciembre de 1997, última revisión Diciembre 1998-Febrero 1999, conocida coloquialmente como la Guía Naranja, a propósito del artículo 116 del Reglamento n° 1876<sup>3</sup>, sobre Productos Farmacéuticos, reemplazado por el DS n° 3, contempla en su capítulo III.B. Quejas, la siguiente clasificación en relación a reclamos relacionados con la calidad, uso, almacenamiento, conservación y publicidad de los productos farmacéuticos: (i) Clase I: situación en la cual existe una probabilidad razonable que el uso o estar expuesto al uso del producto que infringe la legislación sanitaria vigente, provoque reacciones adversas severas a la salud o la muerte; (ii) Clase II: situación en la cual el uso o estar expuesto al uso del producto que infringe la legislación sanitaria vigente, puede causar consecuencias adversas a la salud, en forma temporal o medicamento reversible, o cuando la probabilidad de consecuencias serias a la salud es remota; y (iii) Clase III: situación en la cual el uso o estar expuesto al uso del producto que infringe la legislación sanitaria vigente, no es probable que cause consecuencias adversas para la salud.

Como se ve, un documento guía como éste, califica en Clase I, la más grave y que sería el único evento de riesgo inminente para la salud, como tal cuando la persona usa o está expuesta al uso de un producto farmacéutico que infringe la legislación sanitaria vigente, lo que causalmente genera la probabilidad razonable que ello le provoque reacciones adversas severas a la salud o la muerte. Desde luego, hay aquí un principio que nos permite conceptualizar que para el propio ISP un riesgo inminente para la salud sólo tiene lugar respecto de medicamentos -no incentivos remuneracionales variables-, que tal producto infrinja la legislación sanitaria -no es el caso porque no hablamos de medicamentos-, y que exista un riesgo probable, racionalmente hablando, que su uso o exposición a su uso -hecho que tampoco se da-, cause daño a la salud o la muerte.

38) Más aún, la creación del Equipo de Respuesta Rápida (ERR) del Ministerio de Salud, fue creado por Resolución exenta n° 85, del 15 de marzo de 2011, definiéndosele como un grupo técnico constituido por un equipo de profesionales de las distintas SEREMIAS de Salud del país, a fin de erigirse como un equipo de primera respuesta ante una emergencia epidemiológica, con capacidad técnica en temas de investigación, alerta y respuesta frente a brotes epidémicos. Es decir, procura mantener un adecuado sistema de alerta y de respuesta en materias de vigilancia epidemiológica y ambiental, así como el manejo de las enfermedades transmisibles, aplicando medidas de control y contención, frente a eventos que puedan constituir un riesgo para la salud pública nacional e internacional. Es decir, el riesgo inminente para la salud guarda relación con eventos de epidémicos, vigilancia epidemiológica, ambiental y manejo de enfermedades transmisibles, temas que ciertamente se alejan de los hechos que constatan las actas inspectivas en referencia.

---

<sup>3</sup> DS n° 1876, artículo 116: "Los establecimientos de producción, importación y distribución y expendio, así como los Servicios de Salud, deben acoger todo reclamo relacionado con la calidad, uso, almacenamiento, conservación y publicidad de un producto, debiendo ser comunicada a la Dirección del Instituto. La investigación de los hechos denunciados será dispuesta por el Instituto, siendo de responsabilidad del fabricante, importador y distribuidor, según correspondiese, quien deberá adoptar las medidas correctivas que la autoridad sanitaria determine, en conformidad a lo informado y verificado al respecto."

En síntesis, de esta hermenéutica simple, parece irredargüible que riesgo inminente para la salud no puede estar constituido por la constatación a que se alude en las actas de inspección del ISP, en orden a que el pago de incentivos variables representa un riesgo en los términos señalados, que se materialice en un futuro inmediato, que pueda efectivamente suponer un daño de carácter grave a la salud o la muerte de las personas. En este caso no hay como desprender, razonablemente, la certeza que se va a producir el daño en cuestión, no hay cómo calificar el daño como grave para la salud o la vida y ni mucho menos hay inmediatez en la situación de riesgo en comento.

Lo expuesto con precedencia es relevante, puesto que para la imposición de una medida sanitaria como la que nos ocupa, no es necesario la acreditación de responsabilidad del particular, puesto que lo evaluado no es dicha posible responsabilidad, sino que el juicio de posibilidad de riesgo para la salud de la población.

39) Dicho lo anterior, debe destacarse que esta medida sanitaria es excepcional y debe aplicarse de forma restrictiva, apreciando de forma estricta la existencia de un riesgo para la salud de la población, puesto que la forma para decretar la medida correspondiente deja en indefensión al afectado, ya que puede ser aplicada por el ministro de fe en el momento mismo en que constate la situación y con el sólo mérito de su propia acta, es decir, sin control ni procedimiento alguno. En este sentido, y ante la discrecionalidad que se abre al funcionario correspondiente, cabe ser restrictivo en cuanto a la existencia de un riesgo para la salud como requisito esencial de la medida sanitaria, o sea, que solamente cuando ese riesgo sea cierto podría aplicarse alguna medida, debiéndose descartar de plano la posibilidad de acudir a la prerrogativa de prohibición de funcionamiento contemplada en el artículo 178 del Código Sanitario con una finalidad diferente, tal como adelantar posibles sanciones, las que no pueden sino emanar de un procedimiento sancionatorio administrativo, en el que exista la posibilidad de defensa e impugnación de las decisiones adoptadas.

40) En este sentido, ha resuelto la Jurisprudencia: "3. Que examinados los antecedentes, este tribunal ha adquirido la convicción que el Instituto de Salud Pública, con su actuar, ha sobrepasado sus atribuciones. 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." Agregando: "4. 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).

41) En consecuencia, el estándar de exigencia para su aplicación ha de ser necesariamente alto." (Sentencia Rol 6547-2005, de 6 de abril de 2006). En otro fallo, la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado el carácter excepcional de esta disposición y su ámbito de ejercicio, expresando que: "...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..., ...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." (Sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 6547-2005, de 6 de abril de 2006)

42) A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha dicho sobre la proporcionalidad que: "...la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, pág. 49)."

En suma, no existe la menor proporción en calificar como un riesgo para la salud de la población el pago de un incentivo variable, como queda dicho y en lo que es aún más decidor, la prohibición de funcionamiento de una farmacia afecta en mayor medida a la salud de la población, al bloquear el acceso a la totalidad de los medicamentos que ésta vende.

Evidentemente en este caso el riesgo inminente para la salud no existe y lo obrado por la Autoridad Sanitaria no obedece a neutralizarlo, sino que a anticipar una posible sanción, mediante una prohibición de funcionamiento que se decreta sin procedimiento alguno y, en este caso, sin que concurren los supuestos de hecho que la ley establece, cuestión que evidentemente excede el ámbito de competencia otorgado por el artículo 178 del Código Sanitario.

## **VIII.- DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **AFECTADOS POR EL ACTUAR ARBITRARIO E ILEGAL DEL ISP.**

#### **43) La Igualdad ante la Ley, consagrada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política.**

La igualdad ante la ley, asegurada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política, corresponde a un concepto relacional, no a una igualdad absoluta, y como derecho va

dirigido a asegurar ciertos atributos de la ley, como son su generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad. Luego, la igualdad es para los iguales y la desigualdad para los desiguales, de lo contrario la ley podría ser regresiva. De esta suerte, lo básico es esclarecer qué estándares permiten medir la igualdad y establecer la desigualdad y, consecuentemente, cuándo dicha desigualdad importa infracción de la garantía de interdicción de la arbitrariedad o crear sectores privilegiados en la sociedad, por su parte, los mismos estándares deben ser usados para determinar si es que un tratamiento igualitario, entre quienes se encuentran en situación desigual, resulta arbitrario, desde que la aplicación de las mismas reglas para dos tipos de personas terminará perjudicando a la persona en situación más desmejorada respecto de quien tiene mayores posibilidades.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha resuelto: “VIGÉSIMO PRIMERO: ...resulta necesario determinar si esas diferencias son constitucionalmente tolerables de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que prohíbe, precisamente, al legislador y a toda otra autoridad, “establecer diferencias arbitrarias”. En tal sentido, es útil recordar que en retirados pronunciamientos, este Tribunal ha hecho suyas las expresiones del constitucionalista argentino Segundo Linares Quintana, quien sostiene que: “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta que sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición”. Por lo tanto, concluye, “...la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad.” (Sentencia de 11 de Diciembre de 2007, autos Rol n° 790)

En el presente caso, existe una actuación de la Autoridad Sanitaria que se ha enfocado en la fiscalización de incentivos variables a los trabajadores de farmacia, erigiéndolos como un riesgo inminente para la salud. Pues bien, no existe un fundamento razonable, que explique los motivos de las sanciones aplicadas a Cruz Verde y de considerar que este régimen remuneracional constituía un riesgo para la salud de la población, en circunstancias que la situación es común a todas las farmacias del país, entonces debió haber clausurado todos los establecimientos del país y no sólo algunos y sólo de las cadenas de farmacias, en que por cierto, extrañamente, el número de locales cerrados a Cruz Verde es muy superior al resto de las cadenas.

#### **44) La Igualdad ante la Justicia, o afectación al debido proceso que configura a la Autoridad Sanitaria como tribunal especial, consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso V de la Constitución Política.**

De la forma espuria, ilegal, desproporcionada y arbitraria en que se ha impuesto la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento, es irredargüible que infringe el derecho a un procedimiento racional y justo y la interdicción constitucional a ser juzgado por comisiones especiales, puesto que dicha medida se impone como sanción

anticipada y no como forma de proteger y evitar un riesgo para la salud de la población.

En efecto, la Autoridad Sanitaria ha devenido en un verdadero tribunal ad-hoc, que se irroga la facultad de interpretar la ley sanitaria como si fuera un verdadero órgano jurisdiccional, y luego, fruto de su interpretación-sentencia, impone una "verdadera sanción", sin respaldo de legalidad alguna y con sujeción al más puro arbitrio, ya que el artículo 178 del Código Sanitario establece claramente cuándo y bajo qué condiciones procede la prohibición de funcionamiento, señalando que la misma será declarada con el sólo mérito del acta de fiscalización, no siendo necesario más, pero tampoco menos. En las actas de fiscalización adjuntas a esta presentación no se aprecie alguna circunstancia que pudiese afectar la salud de la población de forma tan grave, que amerite el cierre de las farmacias. Por el contrario, se invoca una norma legal que no resulta aplicable al caso, por tanto, no hay ningún mérito en el acta que se condiga con los requisitos del mencionado precepto.

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto de la configuración del debido proceso: "VIGESIMOQUINTO: Que, en diversas oportunidades, este Tribunal ha constatado, asimismo, que la Constitución no precisó los elementos del debido proceso legal, sino que el deber de determinar su sentido y alcance ha sido confiado al legislador. De allí que el artículo 19 N° 3, inciso quinto, señala, en la parte pertinente, que: "Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". En la práctica, la jurisprudencia de los tribunales ha ido jugando un rol clave en esa determinación. Es por ello que este Tribunal ha indicado que entre los elementos fundamentales del debido proceso se encuentran, entre otros, el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de pruebas, así como el derecho a impugnar lo resuelto a través de un tribunal." (Sentencias Roles N°s 478 y 481)

El derecho de defensa está dentro de las garantías más importantes, puesto que asegura a las personas ser oídas antes de ser condenadas, principio básico de un Estado de Derecho, cuestión que en la especie no se ha respetado. Evidentemente, habrán situaciones especiales que autorizan a tomar medidas sin oír al afectado, pero esas son situaciones excepcionales, de interpretación estricta, que no pueden servir para adelantar un juicio ni la sanción. Y en el caso de autos, la medida sanitaria, que se justifica plenamente cuando hay un riesgo real a la salud de la población, no cumple esa finalidad, sino que anticipa la sanción, antes de que se lleva a cabo el procedimiento administrativo sancionatorio, vulnerando la garantía del debido proceso y la garantía de interdicción de tribunales ad-hoc, constituyéndose el ISP en una comisión especial, decretando el cierre de estos locales sin sumario sanitario de por medio, lo que ha dejado al recurrente en la más absoluta indefensión de sus derechos garantizados constitucionalmente.

**45) El derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, consagrado en el artículo 19 n° 21 de la Constitución Política.**

Igualmente, la medida adoptada afecta el derecho de Cruz Verde a desarrollar libremente cualquier actividad económica lícita, puesto que se ha decretado una

prohibición de funcionamiento de forma que no se ajusta a la legalidad vigente, ya que el caso de autos está absolutamente alejado del supuesto de hecho del artículo 178 del Código Sanitario, como queda dicho con antelación.

En efecto, existiría a juicio de la Autoridad Sanitaria una falta de cuño laboral, cuestión que evidentemente no compartimos, pero ello no implica necesariamente la existencia de un riesgo para la salud de la población.

El derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica ha sido caracterizado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: "DECIMONOVENO. Que el segundo de los motivos de agravio constitucional que aducen los requirentes la constituiría la afectación a la garantía de libre emprendimiento de actividades económicas a que daría pábulo la aplicación en este caso de la norma impugnada. A este respecto es útil recordar que esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho." (Sentencia Rol nº 513-2006, de 2 de Enero de 2007)

Es de suyo evidente que el desarrollo de la actividad económica por parte de Cruz Verde se ha visto impedido, desde el momento en que no puede realizar su actividad en los locales cuyo funcionamiento ha sido prohibido, lo que implica que tiene que asumir todos los costos del funcionamiento (pago de arriendo, pago de remuneraciones a los trabajadores, mantención de medicamentos, etc.), al tiempo que no puede percibir los ingresos de la legítima operación de su giro, habiendo cumplido con las normas legales y reglamentarias sanitarias que regulan su actividad. En estos términos, claramente se afecta el contenido esencial del derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, puesto que la regulación y la fiscalización a la que quedan sometidos los particulares no pueden privar de lo que es consustancial a ese derecho, a saber, la obtención de un beneficio material, cuestión a la que no puede accederse por encontrarse prohibido el funcionamiento de los locales que cumplían con las normas sanitarias y que estaba en las mismas condiciones de todos los otros locales que, a la fecha, están abiertos al público.

Reiteramos, aunque no sea materia propia de este recurso, que Cruz Verde ajustó todos sus contratos de trabajo y modificó por completo el sistema de remuneraciones variables de sus trabajadores, de modo de no pagar actualmente ningún incentivo variable que privilegie la venta de un determinado producto. Las únicas estructuras remuneracionales variables hoy en día vigentes, son de carácter general, objetivo y no discriminatorio.

**46) El derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 nº 24 de la Constitución Política.**

La actuación de los recurridos afecta el derecho de propiedad de Cruz Verde, puesto que la resolución de prohibición de funcionamiento, que impide que se explote la actividad que es propia de un negocio farmacéutico, genera un menoscabo patrimonial de importancia clara, ya que, como dijimos anteriormente, se debe seguir incurriendo en todos los costos normales, tal como si los locales en comento siguiesen funcionando, por lo que debe pagarse su arriendo, se deben seguir pagando las remuneraciones de los trabajadores, se debe seguir incurriendo en todo gasto necesario para la conservación de medicamentos que lo necesiten, pero no pueden percibirse los ingresos por venta de productos de diverso tipo que se expiden en una farmacia, con el evidente detrimento patrimonial que ello importa.

Cómo lo ha señalado el Tribunal Constitucional, se afecta la propiedad de una persona cuando se le impide acceder al nivel de beneficio monetario que es propio de la actividad que realiza: "Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que, en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre las empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad." (Sentencia rol nº 505-2006, de 06 de marzo de 2007)

Si bien es cierto que, tal como en el caso del derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, el Estado puede regular el ejercicio del derecho de propiedad, esa regulación no puede extenderse a la privación de los atributos esenciales del derecho de propiedad, como lo es en este caso, la prohibición de realizar ventas, mediante un acto administrativo que escapa a las normas legales que lo regulan, habiendo sido dictado fuera de las competencias legales y fuera de los supuestos de hecho que hacen procedente la medida sanitaria adoptada. En este sentido, se exploya la ya citada sentencia 505-2006 del Tribunal Constitucional, expresando: "Que la distinción entre privar de propiedad, por una parte y regular o limitar la propiedad por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina... En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo regulaciones expropiatorias."

## IX.- CONCLUSIONES

En definitiva, de acuerdo a todo lo que hemos venido exponiendo anteriormente, podemos concluir que la resolución de prohibición de funcionamiento, fue adoptada fuera de los márgenes fijados por el artículo 178 del Código Sanitario, ya que no existe un riesgo inminente para la salud de la población, siendo ese el supuesto de procedencia de la medida sanitaria, por lo que en la especie, los recurridos, en lugar de comprobar dicho supuesto, han procedido a decretar la prohibición de funcionamiento como una verdadera sanción anticipada, previa a la sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Sin dejar de mencionar, por una parte, que la falta no existe por las razones expuestas largamente, y que aun cuando existiese, no podría calificarse tal falta como un peligro para la seguridad de la población, ya que no se produce ningún riesgo ni de producción ni de propagación de enfermedades ni ninguna circunstancia análoga.

Esta decisión, arbitraria e ilegal, afecta directamente los derechos fundamentales de Cruz Verde puesto que: (i) se afecta la igualdad ante la ley, ya que se impone un estándar de exigencia sustancialmente más alto a esta empresa respecto de las otras; (ii) la imposición de la medida sanitaria cuestionada, en tanto anticipa la sanción por una eventual infracción, implican una vulneración al debido proceso, al haber sido decretadas sin procedimiento alguno, sin posibilidad de defensa y al margen de lo establecido en el artículo 178 del Código Sanitario; (iii) esta situación, a su vez, genera una lesión en el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, al cerrar por una determinación totalmente ilegal y arbitraria los locales de farmacia de Cruz Verde, evitando el desarrollo normal del giro de la empresa; (iv) esta imposibilidad de desarrollar la actividad priva a la empresa del legítimo retorno económico de su actividad, lo que afecta el contenido esencial del derecho de propiedad, de la forma en cómo se expuso.

Por todo lo anterior, se hace necesario que se deje sin efecto la decisión de la Autoridad Sanitaria, declarándose que ella es ilegal y arbitraria, que conculca derechos fundamentales de Cruz Verde, ordenándose a su vez al ISP ajustar su actuación al tenor estricto de las normas legales que la regulan, especialmente a dar aplicación estricta al artículo 178 del Código Sanitario, sin ampliar las medidas sanitarias ahí dispuestas a supuestos no contemplados en la norma.

**POR TANTO,** Y dado que las circunstancias señaladas precedentemente dan cuenta de un actuar ilegal y arbitrario de los recurridos, desprovisto de toda racionalidad y proporcionalidad, generando un injusto e innecesario perjuicio a Farmacias Cruz Verde S.A. y sus trabajadores, por medio de la afectación de los derechos y garantías constitucionales ya referidos, se hace necesario e imprescindible la interposición de la presente acción de protección, de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema que regula la materia,

pues concurren en la especie los requisitos para que esta acción constitucional resulte procedente, a saber: (i) que se haya producido un acto; (ii) que ese acto tenga el carácter de ilegal o arbitrario; y (iii) que ese acto ilegal o arbitrario, sea imputable a una autoridad o persona determinada,

**ROGAMOS A SSI:** 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 subroge en el cargo; don Sergio Muñoz Quezada, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña Sandra Cerda Obando, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don Rodolfo Núñez, ignoro profesión, funcionario fiscalizador ISP; don Jorge Tello Muñoz, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña María Vega Vega, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña Marcela Fontecilla Schmidt, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; doña Victoria Ormazábal Leiva, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don Leonardo Díaz Caruti, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don Sebastián Riquelme V., químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; don Luis Hernández Moreno, químico farmacéutico, funcionario fiscalizador ISP; y, don Roberto Quezada, ignoro profesión, funcionario fiscalizador ISP, todos ya individualizados y, en definitiva, declarar que los actos recurridos son ilegales y arbitrarios, y conforme ello:

a) Se dejen sin efecto en todas sus partes las actas de fiscalización números 623, 485 y 377 todas de fecha 24 de octubre de 2014; las actas de fiscalización 171 y 378 de fecha 27 de octubre de 2014; acta de fiscalización 175 de fecha 28 de octubre de 2014; y, acta de fiscalización 177 de fecha 29 de octubre de 2014, suscritas cada una por los funcionarios ya singularizados, ordenando la reapertura de los locales cuyo funcionamiento se ha prohibido, en especial:

Sucursal CV	Dirección	Comuna	Fecha Fiscalización	Nº Acta
CV 30	Teatinos N° 6.	Santiago	24-10-2014	623
CV 415	Avda. Francisco Bilbao N° 4144 Loc.235 (Jumbo).	Las Condes	24-10-2014	485
CV 757	Andres Bello N° 2465 Local 1105, Costanera Center.	Providencia	24-10-2014	377
CV 74	Irrazaval N° 2520 c/P.Valdivia.	Ñuñoa	27-10-2014	171
CV 413	Avda. Cristobal Colon N° 6071.	Las Condes	27-10-2014	378
CV 67	Apoquindo N° 6005, Apumanque.	Las Condes	28-10-2014	175
CV 54	Puente N° 598.	Santiago	29-10-2014	177

b) Se ordene a los recurridos abstenerse de dictar o reiterar 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 notificado y tramitado conforme a ella; y,

c) condenar en costas a los recurridos.

**PRIMER OTROSÍ:** A VSI. solicito se tengan por acompañados los siguientes documentos en forma legal:

- | N° Acta | Fecha Fiscalización  | Sucursal CV                           | Dirección  | Comuna                                   |
|---------|--|---------------------------------------|--|--|
| 1)      | Copia de Acta 623 de 24-10-2014,   | correspondiente a la sucursal CV 30,  | de calle Teatinos N° 6,                            | comuna de Santiago.                      |
| 2)      | Copia de Acta 485 de 24-10-2014,   | correspondiente a la sucursal CV 415, | de Avda. Francisco Bilbao N° 4144 Loc.235 (Jumbo), | comuna de Las Condes.                    |
| 3)      | Copia de Acta 377, de 24-10-2014,  | correspondiente a la sucursal CV 757, | de Av. Andrés Bello N° 2465, Local 1105,           | Costanera Center, comuna de Providencia. |
| 4)      | Copia de Acta 171 de 27-10-2014,   | correspondiente a la sucursal CV 74,  | de Av. Irrazábal N° 2520,                          | comuna de Ñuñoa.                         |
| 5)      | Copia de Acta 378, de 27-10-2014,  | correspondiente a la sucursal CV 413, | de Avda. Cristobal Colon N° 6071,                  | comuna de Las Condes.                    |
| 6)      | Copia de Acta 175 de 28-10-2014,   | correspondiente a la sucursal CV 67,  | de Av. Apoquindo N° 6005,                          | Apumanque, comuna de Las Condes.         |
| 7)      | Copia de Acta 177 de 29-10-2014,   | correspondiente a la sucursal CV 54,  | de calle Puente N° 598,                            | comuna de Santiago.                      |
| 8)      | Copia impresa del Tweet enviado por el Sr. Director del Instituto de Salud Pública en horas de la mañana del 28 de octubre del presente, en la cual comparte vía redes sociales su despedida del Instituto expresando: "En mi despedida, entre el montón de fotos, destaco contento el cierre de farmacias..." |                                       |  |  |
| 9)      | Copia legalizada de mi personería para actuar en nombre y representación de Farmacias Cruz Verde S.A.  |                                       |  |  |

**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, solicito se decrete orden de no innovar, suspendiéndose los efectos de los actos recurridos, en consecuencia levantado las medidas de Prohibición de Funcionamiento 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.

Fundamento la presente solicitud, en las siguientes consideraciones:

- (A) La orden de no innovar tiene una naturaleza cautelar, tendiendo a evitar que mientras se tramita la acción judicial se produzca un daño a los derechos del afectado, asegurando de esta forma los fines del procedimiento. Así, básicamente son dos las condiciones necesarias para acceder a una solicitud de esta naturaleza, a saber:

(i).- La existencia de un derecho cierto (fumus boni iuris). Evidentemente no estamos hablando de un derecho que ya ha sido declarado, pues ese es precisamente el objetivo del proceso, pero si se exige que el solicitante de la orden de no innovar pueda invocar antecedentes que hagan que el Tribunal pueda razonablemente concluir que existe una posibilidad cierta de que la parte que pide la orden de no innovar, obtendrá un resultado favorable en el juicio.

(ii).- La lesión actual o potencial del derecho que se reclama (periculum in mora). Esto quiere decir que la demora que significa el juicio, respecto de la obtención de certeza del derecho, implique una lesión a los intereses de quien solicita la orden de no innovar.

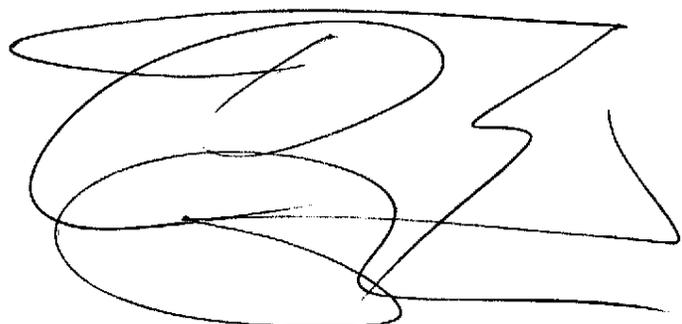
En la especie, se dan las condiciones antes señaladas, puesto que existe una presunción razonable del derecho invocado por esta parte, al ser evidente la diferencia que existe entre una sanción y una medida sanitaria, quedando en evidencia que el supuesto de hecho de la medida sanitaria no existe, al no haber peligro de riesgo inminente para la salud de la población por el pago de bonos variables.

Por otro lado, el peligro en la demora es igualmente claro, puesto que los locales cerrados no podrán funcionar hasta que se resuelva el presente recurso, en circunstancias que del acta de fiscalización no se desprende ningún riesgo para la salud de las personas, con lo que se conculcan los derechos constitucionalmente asegurados de Cruz Verde de forma totalmente contraria a lo dispuesto por la ley, en el artículo 178 del Código Sanitario.

Por tanto, esta parte considera que se hace imprescindible que se otorgue la orden de no innovar al tenor de lo solicitado, levantando inmediatamente la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento ilegalmente adoptada.

Sírvase SSI decretar la orden de no innovar solicitada, suspendiéndose los efectos de 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:** A SSI. Solicito tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente el patrocinio y poder en estos autos, con las facultades de ambos incisos del Art. 7° del Código de Procedimiento Civil, con domicilio en Av. El Salto N° 4875, comuna de Huechuraba.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

10.203.712-K