

## Farmacias populares

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE OXFORD

Magíster en Derecho

UNIVERSIDADES DE HARVARD, CAMBRIDGE Y PUC

Director del Centro de Justicia Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y PUC.

**RESUMEN:** Se analiza críticamente el dictamen de la Contraloría General de la República sobre las farmacias populares, afirmando que las normas legales invocadas para legitimarlas son insuficientes, y que se debería haber optado por una interpretación finalista que priorizara los principios constitucionales de libertad económica y subsidiariedad. A continuación se examinan los requisitos impuestos por la Contraloría a las farmacias populares, destacando la exclusión de fines comerciales, término que pareciera referirse al lucro. Se termina presentando brevemente el dictamen que rechazó la creación de supermercados populares.

\* \* \*

### I. Introducción

En noviembre del año 2015, la Municipalidad de Recoleta dio inicio a un proyecto de “farmacia popular”, que en su esencia consistía en la venta directa de medicamentos al público, a precio de costo. Esta experiencia fue rápidamente emulada por la Municipalidad de Viña del Mar, y luego por muchas otras, al punto que hoy suman varias decenas las comunas que han comprometido el funcionamiento de farmacias populares o comunales.

Más allá de los atractivos y evidentes réditos políticos de esta experiencia, lo cierto es que lo que comenzó como una situación marginal y casi anecdótica, hoy se ha convertido en un fenómeno de creciente presencia nacional.

Desde la perspectiva jurídica, la situación en comento genera dudas. En efecto, pareciera que el Estado, a través de las municipalidades, estaría burlando las limitaciones impuestas por la Constitución Política de la República (la “Constitución”) a su actividad empresarial, cuales son autorización expresa y precisa

por ley de quórum calificado. Adicionalmente, resulta dudosa la competencia de las municipalidades para realizar actividades como las señaladas.

Frente a la incertidumbre jurídica antes descrita, la Municipalidad de Panguipulli decidió recabar la opinión vinculante de la Contraloría General de la República (la "Contraloría"). La consulta de esta municipalidad no se redactó "en abstracto", sino que se presentaron a la Contraloría las características precisas del proyecto que estaba barajando, cuestión que de algún modo podría limitar el alcance de lo resuelto por la Contraloría.

Con fecha 19 de febrero de 2016 la Contraloría emitió su dictamen N°13.636 de 2016 (el "Dictamen"), el cual respaldaría la legalidad de las farmacias populares o comunales. Dicha jurisprudencia administrativa sería posteriormente ratificada, en lo medular, por los dictámenes N°24.159 de 2016 y N°24.933 de 2016.

El presente comentario comenzará sintetizando el Dictamen, para luego analizar críticamente sus contenidos. Posteriormente, revisaremos lo sucedido después de su dictación, para finalizar con las conclusiones de rigor.

## II. El Dictamen

La Municipalidad de Panguipulli (la "Municipalidad") solicitó a la Contraloría que se pronunciara sobre *"la procedencia jurídica de que los municipios expendan medicamentos a la ciudadanía a través de farmacias administradas por ellos, ya sea directamente o en virtud de su participación en corporaciones municipales"*.

La Contraloría comienza su respuesta destacando algunas características del programa "Farmacia Popular", según le informara la Municipalidad, tales como:

- i) Su objeto sería la venta de medicamentos distintos a los que se entregan gratuitamente en los consultorios *"y en general aquellos medicamentos de difícil obtención por los particulares, altos costos en relación al ingreso mensual del beneficiario, y de los cuales no exista alguna política pública para su obtención"*.
- ii) Los medicamentos se entregarían a cambio del pago de un derecho municipal (establecido previamente en una ordenanza comunal), el cual reflejaría el precio de costo para la Municipalidad, al que se agregaría *"posiblemente un porcentaje de los gastos operacionales"*.
- iii) Los beneficiarios serían vecinos que contasen con ficha de protección social, inscripción en el consultorio municipal, declaración jurada de ingreso mensual y receta médica con un máximo de antigüedad.

- iv) El programa se concretaría a través de una farmacia –posiblemente la del consultorio municipal– sujeta a la normativa propia de este tipo de establecimientos.
- v) La adquisición municipal de los medicamentos se realizaría a través de un convenio con la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional del Servicio de Salud (“CENABAST”).

El cuerpo del Dictamen se estructura en torno a la respuesta a tres preguntas, según revisaremos a continuación.

### **1. ¿Poseen las municipalidades facultades suficientes para desarrollar esta actividad?**

La respuesta de la Contraloría es positiva, y la sostiene sobre un conjunto de normas jurídicas interrelacionadas. En primer término, el artículo 19 N°9, en cuanto al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud.

En segundo lugar, el artículo 118 de la Constitución –reproducido a su vez por el artículo 1° de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (“LOC de Municipalidades”)– que dispone que las municipalidades tiene como finalidad *“satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”*.

En tercer término, invoca el artículo 4 b) de la LOC de Municipalidades para recordar que estas *“pueden desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración, funciones relacionadas con la salud pública”*.

En cuarto lugar, se hace referencia a las normas que permitieron a las municipalidades hacerse cargo de la administración de servicios de atención primaria de salud<sup>1</sup>, las que incluían la autorización para entregar la administración y operación de los mismos a personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, constituidas por las municipalidades en conjunto con terceros.

En quinto término, el artículo 56 de la Ley N°19.378 sobre Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal (“Ley de Atención Primaria Municipal”) señalaría que los establecimientos comunales que brinden este tipo de atención *“sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones”*. Según el Dictamen, dichas prestaciones incluirían el *“expendio de medicamentos a través de sus farmacias,*

<sup>1</sup> Decreto Ley N° 3.063 de 1979 y DFL N° 1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior.

*en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población."*

En sexto lugar, el artículo 129 D del Código Sanitario permite que los establecimientos asistenciales de salud cuenten con farmacias, lo que incluiría a los establecimientos municipales de atención primaria.

En razón de todo lo anterior, la Contraloría concluye que se pueden vender medicamentos en farmacias de establecimientos municipales de atención primaria de salud, con fines de salud pública, excluyendo expresamente los fines comerciales. Lo que no estaría permitido, sin embargo, sería expedir medicamentos a través de un medio distinto a los mencionados establecimientos (lo que descartaría la venta a través de corporaciones u otras personas jurídicas de creación municipal).

Finalmente, la Contraloría señala que no se vulnerarían los artículos 19 N° 21 de la Constitución y 11 de la LOC de Municipalidades, los cuales exigen que las municipalidades cuenten con una autorización por ley de quórum calificado para desarrollar actividades empresariales.

## **2. ¿Se pueden cobrar estos medicamentos?**

La Contraloría responde afirmativamente. Invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría *"el otorgamiento de otras prestaciones distintas a las previstas en las normas técnicas, planes y programas impartidos por el Ministerio de Salud, las cuales pueden extenderse a costo municipal o 'mediante cobro al usuario'"*. Agrega la Contraloría que el arancel máximo a cobrar debe ser aprobado por los Ministerios de Salud y Hacienda, a propuesta del Fondo Nacional de Salud<sup>2</sup>, y su aplicación debe ajustarse a la resolución N°50 del 2009 del Ministerio de Salud.

## **3. ¿Puede CENABAST servir de intermediario?**

La Contraloría también responde en forma positiva a esta pregunta. Invoca el artículo 68 del DFL N°1 del 2005 del Ministerio de Salud para recordar que la función de CENABAST es precisamente *"proveer de medicamentos a las entidades que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, lo que acontece con los establecimientos de atención primaria de salud municipal"*.

Agrega la Contraloría que si bien las municipalidades no están obligadas a adquirir los medicamentos a través de CENABAST, siempre deben cumplir con

<sup>2</sup> Invoca los artículos 146 y 159 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

#### 4. Conclusión

El Dictamen autoriza a la Municipalidad a vender medicamentos, pero bajo ciertos requisitos:

- i) Debe hacerse a través de la farmacia del consultorio municipal.
- ii) Sólo a los beneficiarios inscritos en el consultorio.
- iii) El propósito debe ser facilitar el acceso a tales medicamentos.
- iv) No puede hacerse con fines comerciales.
- v) A cambio de un arancel sujeto a las normas legales pertinentes.

### III. Comentario

El Dictamen es de gran importancia toda vez que viene a cumplir dos funciones en relación al fenómeno de las farmacias populares o comunales. En primer lugar, las legitima, declarando su compatibilidad con el ordenamiento jurídico vigente. En segundo lugar, las regula, estableciendo un conjunto de requisitos o limitaciones tendientes a mantener este fenómeno dentro de lo jurídicamente permisible.

#### 1. Juridicidad de las farmacias populares

En relación a la legitimidad de las farmacias populares, nos parece que el foco adoptado por la Contraloría no es el más adecuado. En efecto, un examen cabal de juridicidad exige comenzar por examinar la compatibilidad de lo evaluado con la Constitución, para luego incorporar al análisis las demás normas dictadas de acuerdo a aquella (artículo 6° de la Constitución). En otras palabras, cuando es evidente que el principal vicio a discutir es de carácter constitucional, resulta necesario abordar primera y derechamente el punto, sin perjuicio de referirse adicionalmente a normas y criterios de simple legalidad. No queremos referirnos aquí a la discusión sobre si la Contraloría, en virtud de una interpretación literalista y reduccionista del artículo 98 de la Constitución (la Contraloría "*ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración*", el subrayado es nuestro), debe limitarse a un control de legalidad y sólo excepcionalmente realizar una evaluación de naturaleza constitucional. Dicha discusión, si bien relevante, creemos que no se hace presente en este Dictamen, toda vez que

el mismo declara expresamente que *“debe descartarse una infracción a [al]los artículos 19, N° 21, de la Constitución”*. Es claro, por tanto, que la Contraloría sí efectuó un examen de constitucionalidad, y en consecuencia, la discusión anterior no constituye el problema en comento.

La dificultad en esta ocasión es, insistimos, el foco del Dictamen. En efecto, si bien la Contraloría comienza invocando el artículo 19 N°9 de la Constitución, aquella norma no se refería al núcleo fundamental del problema, y tampoco establecía una norma competencial expresa y específica para la intervención de las municipalidades. A nuestro juicio, resulta evidente que el fondo de la cuestión debatida decía relación con determinar si la Municipalidad de Panguipulli realizaría o no una actividad empresarial, cuestión directamente tratada por la Constitución en el artículo 19 N° 21. No se trata sólo de que la Carta imponga requisitos al Estado Empresario, los cuales son vinculantes para las municipalidades. El asunto va más allá: la norma del artículo constitucional mencionado refleja principios y finalidades del constituyente que deben ser considerados como parte integrante de todo examen de constitucionalidad, ya que permiten una interpretación finalista o teleológica del texto constitucional.

En efecto, el artículo 19 N°21 reconoce, en su inciso primero, el derecho a la libre iniciativa económica, y en su inciso segundo complementa lo anterior señalando que:

*“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”*

Una primera reflexión a este respecto es que este artículo constitucional es la concreción de principios fundamentales de nuestro orden constitucional. Por una parte, consagra la libertad económica, *“concebida por el constituyente como una derivación del principio antropológico de la libertad del hombre y de su primacía sobre el Estado”*<sup>3</sup>. Por otra parte, responde a una iteración particular del principio de subsidiariedad<sup>4</sup>. Así lo ha reconocido la propia Contraloría al declarar que *“Como es sabido, esta disposición apunta a dejar establecido el carácter subsidiario del Estado en el campo económico”*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> ALVEAR (2015) p. 321.

<sup>4</sup> COVARRUBIAS (2004); BERTELSEN (1987) pp. 119-123. Véase también las Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978, así como Tribunal Constitucional (1993) Rol N°167, considerandos 9-10, y Tribunal Constitucional (1992) Rol N°146 de 1992, considerando 8; Corte Suprema (1998) Rol N°4.068-98. Contrastar con VALLEJO (2008) pp. 137 y ss.

<sup>5</sup> Contraloría General de la República (2003): Dictamen N° 47.681.

En virtud de lo anterior, la norma en cuestión debe interpretarse de forma de maximizar la libertad económica de las personas y el carácter subsidiario del Estado<sup>6</sup>. Ello no significa, como erróneamente suele suponerse, defender a ultranza la no intervención estatal en la economía. Como hemos explicado en otro trabajo<sup>7</sup>, el principio de subsidiariedad originario, propio de la Doctrina Social de la Iglesia, no es sólo “negativo” sino también “positivo”, exigiendo la intervención del Estado en ayuda, subsidio o socorro de los particulares, cuando ello sea necesario para el Bien Común<sup>8</sup>. Es por ello que la propia norma constitucional en estudio autoriza al Estado a realizar actividades empresariales, siempre y cuanto cuente con autorización otorgada por ley de quórum calificado.

La dificultad se produce, sin embargo, cuando existiendo algunos indicios de habilitación legal, aquellos no son suficientemente expresos o específicos en torno a lo que puede realizar el Estado. Y es ahí cuando los elementos teleológicos en juego se hacen fundamentales<sup>9</sup>. Esto es lo que precisamente se echa en falta en el presente Dictamen. En efecto, este declara que las municipalidades contarían con habilitación legal suficiente para desarrollar la actividad en estudio, para lo cual cita cuatro cuerpos normativos principales.

En primer término, se invoca el artículo 118 de la Constitución (reproducido por el artículo 1° de la LOC de Municipalidades), en el que se declara que las municipalidades tienen como finalidad “satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”. Como resulta evidente, esta norma no constituye una norma competencial específica. Es cierto que, al fijar la finalidad, se establece un marco para la acción de las municipalidades, pero dicha finalidad no es en sí fuente de potestades públicas, entendidas como un “poder-deber, poder jurídico finalizado, con que los órganos del Estado son atribuidos por la Constitución y las leyes, para promover el bien común”<sup>10</sup>. La interpretación debiera ser otra: para que las municipalidades actúen válidamente, no sólo deben contar con potestades atribuidas por ley, sino que aquellas deben ejercerse en el cumplimiento de la finalidad establecida por la Constitución. En otras palabras, se trata de requisitos copulativos. Esta interpretación se refuerza por el propio texto constitucional, el que en el inciso inmediatamente siguiente a la norma antes transcrita dispone que una “ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades”. Vale decir, la Constitución les fija su finalidad a las muni-

<sup>6</sup> Contrastar con BASSA (2012) pp. 665-667.

<sup>7</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2014) pp. 91-127.

<sup>8</sup> PÍO XI (1931); JUAN XXIII (1961). Este último señala expresamente (53) que “Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria”. Véase también LOO (2009); COVARRUBIAS (2004); QUINTANA (2014) pp. 126-127.

<sup>9</sup> Cfr. COVARRUBIAS (2004).

<sup>10</sup> SOTO KLOSS (1996) p. 159.

cipalidades, y luego delega en la ley la fijación de sus potestades específicas para cumplir con esa finalidad.

En segundo término, el Dictamen hace referencia al artículo 4 b) de la LOC de Municipalidades, el que les permite “*desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración, funciones relacionadas con la salud pública*”. Nos encontramos aquí frente a una norma genérica, que si bien es útil en cuanto aclara que las municipalidades pueden actuar en el ámbito de la salud, tampoco consiste en una norma competencial específica que otorgue potestades públicas *strictu sensu*. Ella no basta, por tanto, para dar por establecida la facultad de abrir farmacias comunales del tipo propuesto por la Municipalidad de Panguipulli. Suponer lo contrario resulta absurdo dada la extrema indeterminación de la norma en comento, ya que bajo esa misma lógica las municipalidades podrían sentirse competentes “*para fundar y administrar clínicas, instituciones de salud previsional, crear seguros de salud*”<sup>11</sup>, etcétera.

En tercer lugar, se invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría a los establecimientos municipales de atención primaria de salud extender la “atención de salud” a otras prestaciones, cobrando o no al usuario, todo ello sin necesidad de autorización. Aun tratándose de una ley aprobada con quórum calificado, nos parece que aquella no es suficiente para sostener la juridicidad de las farmacias comunales. Por una parte, si se revisa el artículo en su conjunto, se descubre que lo que está diciendo es que los establecimientos en cuestión están obligados a cumplir con los programas impartidos por el Ministerio de Salud. En ese contexto, esta norma les permite ir más allá de tales programas, pero siempre en el marco de la naturaleza de esa atención primaria de salud. Así, por ejemplo, el Ministerio de Salud podría exigir la realización de controles preventivos de diabetes a todas las personas mayores de 65 años, y el consultorio municipal extenderlo a los mayores de 50 años, sin que para ello requiriese autorización. Algo muy distinto es que la Municipalidad pudiera invocar el artículo 56 en comento como una patente de curso para realizar cualquier actividad relacionada a la salud. Nuevamente, volvemos al problema señalado más arriba: la norma es tan genérica y amplia, que las municipalidades podrían invocarla para explotar negocios tales como clínicas e Isapres. A este respecto, insistimos en la necesidad de que la potestad pública se conceda en forma específica y no genérica. Esta exigencia, propia del Principio de Juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución)<sup>12</sup>, cobra aún mayor relevancia si consideramos a las farmacias en comento como una actividad empresarial del Estado. En tal caso, es imprescindible que la autorización legal

<sup>11</sup> FERMANDOIS (2006) p. 243.

<sup>12</sup> E.g., ENTEICHE (2014) p. 152; Véase también los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 40.989 de 2004 y 20.151 de 2005.

respectiva exigida por el artículo 19 N°21 sea expresa, concreta y específica<sup>13</sup>. Más aún, siendo la actividad empresarial del Estado una excepción a la regla general<sup>14</sup>, debiera interpretarse restrictivamente, o al menos en forma estricta<sup>15</sup>.

Finalmente, el Dictamen recurre al artículo 129 D del Código Sanitario, el cual autorizaría la existencia de farmacias en establecimientos municipales de atención primaria. Nos parece que esta norma también debe analizarse en su contexto. En efecto, el título de la ley en que se inserta este artículo se refiere a los establecimientos farmacéuticos en general, tratando acerca de la instalación de farmacias, botiquines, laboratorios, etc. El propósito del artículo en comento es autorizar a cualquier establecimiento asistencial o ambulatorio que posea "*salas de procedimientos o pabellones de cirugía menor*", a contar con farmacias o botiquines con "*los medicamentos necesarios para el ejercicio de las acciones de salud que se lleven a efecto dentro del establecimiento*". Dos observaciones. Primero, el propósito de esta ley no es autorizar algo como la farmacia popular propuesta por la Municipalidad de Panguipulli, ni mucho menos permitir una actividad empresarial del Estado a este respecto, sino simplemente regular dónde se pueden expedir medicamentos, tal y como queda meridianamente claro al leer el inciso final del artículo 129 D<sup>16</sup>. Segundo, el texto del artículo señala que no se trata de cualquier medicamento, sino sólo de los necesarios para las acciones de salud que ocurran ahí mismo, en el consultorio municipal respectivo. Así, por ejemplo, la remoción de un lunar que ocurre en el pabellón del consultorio puede acompañarse del expendio de antibióticos, calmantes, etc. que sean directamente atingentes a dicha remoción. Pero ello no incluye la venta de remedios para los cálculos biliares.

En definitiva, nos parece que las bases legales a que hace referencia el Dictamen para decretar la legitimidad o juridicidad de las farmacias populares o comunales, son insuficientes. En este contexto, consideramos que debió haber primado una interpretación finalista del artículo 19 N°21 de la Constitución, la cual, invocando principios de libertad económica y subsidiariedad, obligaba a una aproximación a lo menos restrictiva y exigente de las autorizaciones legales que permiten la actividad empresarial estatal.

<sup>13</sup> Cfr. ARÓSTICA (1998) p. 5; BERTELSEN (1987) p. 123; FERMANDOIS (1999) pp. 194-195 y FERMANDOIS (2006) pp. 228 y ss. Contrastar con VALLEJO (2008) pp. 144 y ss. Véase también Dictámenes de la Contraloría General de la República N°38.432 de 2007, N°22.540 de 2008 y N°3.672 de 2003.

<sup>14</sup> E.g., Contraloría General de la República (2001): Dictamen N° 17.509: "*el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, entre las materias del orden público económico, consagra el principio de que solamente en forma excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado*".

<sup>15</sup> NAVARRO (2001) p. 42.

<sup>16</sup> Este inciso dispone lo siguiente: "*Ninguna de las normas establecidas en esta ley podrá ser interpretada en el sentido de que se autoriza el expendio de medicamentos en lugares o recintos distintos de los señalados expresamente en ella ni a la venta directa en estanterías u otros espacios de acceso directo al público.*" Véase también el interesante dictamen Contraloría General de la República (2014): dictamen N° 43.443, sobre el "Programa Piloto sobre entrega automática de medicamentos e insumos en Atención Primaria".

## 2. Limitaciones a las farmacias populares

El Dictamen estableció una serie de limitaciones o regulaciones a esta nueva actividad municipal. La primera es que el expendio debe hacerse a través de la farmacia existente en el consultorio municipal respectivo. Esta exigencia es una consecuencia necesaria de haberse invocado por parte del Dictamen, para validar las farmacias populares, justamente las normas del Código Sanitario que obligan a expedir medicamentos a través de farmacias o similares.

La segunda limitación es que sólo se podrán vender medicamentos a personas inscritas en el consultorio. Si bien no hay mayor explicación en el Dictamen para justificar esta exigencia, nos parece que se podría desprender de la competencia territorial de las municipalidades, así como de la aplicación de políticas de gestión y control. El requisito, sin embargo, no es demasiado preciso, particularmente si lo que se pretendía era beneficiar sólo a los residentes de la respectiva comuna. En efecto, existen servicios municipales que se prestan a habitantes de otras comunas (e.g., educacionales). Más aún, que residentes en otras comunas pueden inscribirse en los consultorios municipales (e.g., trabajadores que realizan sus labores en una comuna distinta a su lugar de residencia).

Cabe destacar que, con posterioridad a la emisión del Dictamen, la Municipalidad de Chillán solicitó una aclaración del mismo en el sentido de exigir sólo domicilio en la comuna más no inscripción en el consultorio. La Contraloría, mediante dictamen N°24.933 de 2016, decidió prescindir del requisito de inscripción. A la vez, permitió a cada municipalidad limitar el beneficio a ciertos grupos de personas, siempre y cuando se utilizase para ello un *“criterio objetivo y no discriminatorio de exclusión”*. Este último aspecto es relevante, toda vez que han surgido ácidas discusiones en torno a ciertos requisitos establecidos por algunas municipalidades para optar a los remedios ofrecidos en las farmacias populares (e.g., determinado nivel socio-económico, no pertenencia a una Isapre, etc.). Frente a esta realidad, la Contraloría es clara en señalar que el beneficio no tiene por qué ser *“universal”*, pudiendo acotarse a ciertos grupos de la población, siempre y cuando se cumpla con el mandato constitucional de prohibición de la discriminación arbitraria (artículo 19 N°2 de la Constitución).

La tercera limitación es la más sorprendente, cual es que el propósito de esta nueva actividad comunal sea facilitar el acceso a los medicamentos. Dicho requisito aparece mencionado por primera vez cuando se invoca el artículo 56 de la Ley de Atención Primaria Municipal, el que permitiría a las municipalidades extender la atención de salud a otras prestaciones sin autorización, lo que incluiría, según la Contraloría, *“el expendio de medicamentos a través de sus farmacias, en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población.”*. No obstante lo razonable que pudiera parecer esta exigencia, la

verdad es que tal finalidad no aparece mencionada en ninguna parte de la ley que supuestamente se está interpretando y aplicando. Más aún, nos encontramos frente a una suerte de causalidad o asociación laxa, cuya proposición exigía una mayor argumentación por parte del Dictamen.

La cuarta limitación es quizás la más relevante, y consiste en la prohibición de “fines comerciales”. Ahora bien, revisando la jurisprudencia de la Contraloría, no hemos encontrado dictamen alguno que nos permita definir este término con precisión. Una alternativa es igualarlo al lucro, vale decir, se prohibiría a las municipalidades obtener beneficios económicos a través de las farmacias populares, las que, consecuentemente, deberían vender los medicamentos al costo, y a lo sumo agregando los costos operacionales correspondientes. Otra posibilidad, más estricta, consistiría en seguir el texto del artículo 129 D del Código Sanitario, y restringir el expendio sólo a los medicamentos necesarios para las acciones o procedimientos de salud que se lleven a cabo en el consultorio municipal respectivo. Esta interpretación limitaría severamente el abanico de remedios a vender, y obligaría a un expendio personalizado, ya que cada individuo sólo podría comprar aquellos medicamentos que necesita para la acción de salud respectiva.

Ahora bien, suponiendo que la alternativa correcta es la primera –prohibición del lucro–, podría señalarse que lo que se está impidiendo precisamente es el desarrollo de una actividad empresarial, lo que despejaría el problema de la compatibilidad de esta actividad con el artículo 19 N°21 de la Constitución. En otras palabras, al no ser una actividad lucrativa, no sería empresarial, y por tanto no le sería aplicable el artículo en cuestión. Algo así pareciera deducirse del párrafo conclusivo de la respuesta a la primera pregunta abordada por el Dictamen, el cual señala:

“en la medida que el expendio de medicamentos se haga a través de las farmacias pertenecientes a los establecimientos municipales de atención primaria de salud y con fines de salud pública –mas no comerciales–, esa acción se enmarcará, según se explicó, dentro del ámbito de acciones en el que pueden intervenir los municipios, por lo que, en esas condiciones, debe descartarse una infracción a los artículos 19, N° 21, de la Constitución, y 11 de la ley N° 18.695, que exigen que las municipalidades cuenten con una autorización otorgada por ley de quórum calificado para el desarrollo de actividades empresariales (aplica criterio del dictamen N° 19.294, de 2013).”

Ahora bien, el problema de esta interpretación es que la identificación del lucro con la actividad empresarial es una cuestión debatida, y que se vincula a otro tópico: la relación entre actividad económica y actividad empresarial. En principio, la relación entre ellas sería de género-especie<sup>17</sup>, y el lucro sería el

<sup>17</sup> FERNANDOIS (2006) pp. 134-137. Véase también las Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978. Cfr. ALVEAR (2015) pp. 347-350.

aspecto propio de la segunda<sup>18</sup>. Ambas tesis, sin embargo, son controversiales<sup>19</sup>. En efecto, existe jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que ha señalado que la ausencia de lucro implicaría que no exista siquiera actividad económica<sup>20</sup>. Por otro lado, también se ha señalado que lo necesario para la actividad empresarial no sería la existencia de lucro en sí, sino la búsqueda de una utilidad<sup>21</sup>, o incluso la mera potencialidad de obtener una retribución por la prestación correspondiente<sup>22</sup>. Por su parte, hay doctrina que ha afirmado que lo fundamental para una actividad empresarial no es el fin de lucro, sino la existencia de una utilidad<sup>23</sup>. Otros han apuntado a una visión más funcional, por ejemplo, la producción o comercialización de bienes y servicios en forma habitual para ser colocados en los mercados<sup>24</sup>. También existe doctrina y jurisprudencia<sup>25</sup> que exige criterios más de fondo para reconocer la presencia de una empresa, y por tanto de una actividad empresarial. Aquella supondría un complejo conjunto de relaciones, tales como la coordinación de *“las actividades necesarias para obtener trabajo, capital y materias primas, con el fin de comercializar productos y servicios en un determinado ámbito de negocios”*.<sup>26</sup> Una visión aún más sustantiva nos provee Alvear:

“Lo que singulariza la actividad empresarial es que se trata de una actividad productiva de bienes y servicios de carácter continua –no puramente ocasional, organizada (planificación racional de los factores de producción en términos económicos, técnicos y jurídicos), desarrollada en nombre propio (lo que la diferencia de la actividad asalariada), y dirigida al mercado (lo que deja fuera la producción para el consumo personal o familiar)”<sup>27</sup>.

Como puede observarse, para este autor el lucro no sería esencial para la existencia de actividad empresarial, cuestión que refuerza recordando el sector *non-profit* existente en toda economía (ONGs, fundaciones, etc.)<sup>28</sup>.

<sup>18</sup> Cf. FERNANDOIS (2006) p. 136. Véase también Corte Suprema (1995) Rol N°4.379-2000. Cf. VALLEJO (2008) p. 128.

<sup>19</sup> Véase ALVEAR (2015) pp. 349 y ss.

<sup>20</sup> Véase el caso *Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación*, Corte Suprema (1997). Véase también Corte Suprema (1998), Rol N°1.360-98, donde la ausencia de lucro parece haber sido fundamental para que los Tribunales excluyeran la presencia de una actividad empresarial (aunque no queda claro si fue el único elemento considerado para llegar a esa conclusión).

<sup>21</sup> Corte Suprema (1995) Rol N°2.798-95.

<sup>22</sup> FERNANDOIS (1999) p. 198.

<sup>23</sup> FERNANDOIS (2006) p. 225.

<sup>24</sup> Véase BERTELSEN (1987) p. 124.

<sup>25</sup> Cfr. Corte Suprema (2000) Rol N°248-2000, donde se define “colaboración empresarial” como “la cooperación entre unidades económicas, como sería el caso si una de las partes contribuye o facilita un bien que haga viable económicamente el negocio”.

<sup>26</sup> VALLEJO (2008) p. 148. Cfr. Actas de la Sesión N°388 de la Comisión de Estudios Nueva Constitución, de 27 de junio de 1978. Véase también ZUÑIGA (2001) p. 356.

<sup>27</sup> ALVEAR (2015) p. 347.

<sup>28</sup> ALVEAR (2015) p. 350.

Para mayor complejidad, lo anterior se relaciona a una interesante discusión acerca de cómo se podría distinguir la actividad empresarial del Estado de aquella que consiste en un servicio público<sup>29</sup>, cuestión importante en lo conceptual y también en lo práctico (recordemos que sólo la primera requiere ley de quórum calificado, mientras que el segundo sólo precisa de una ley simple). En dicha discusión, el lucro o búsqueda de utilidades vuelve a ser relevante como posible elemento diferenciador<sup>30</sup>, tesis que refuerza la noción de que toda actividad empresarial requiere esencialmente una orientación lucrativa.

En definitiva, nos encontramos en una zona conceptual bastante confusa, por decir lo menos. Si aplicamos las reflexiones anteriores al caso en comento, nos parece claro, al menos, que la comercialización de bienes –que es precisamente la actividad que realizarán las farmacias populares en relación al expendio de medicamentos– es una actividad económica del Estado. Por lo mismo, requiere de una autorización legal, de acuerdo al artículo 6° y 7°. Dicha autorización debe ser explícita, cuestión que como hemos señalado es en este caso dudosa. La pregunta siguiente es si se trata de una actividad empresarial. Si seguimos la doctrina del lucro, como parece hacer el Dictamen, no se trataría de una actividad empresarial y el artículo 19 N°21 inciso 2° no vendría a comento. Sin embargo, si optamos por otros criterios más sustanciales, como los ofrecidos arriba (actividad continua, que coordina recursos humanos y materiales, que no se hace por cuenta ajena, que se dirige a un mercado, que es habitual, que incluye actividades tales como la extracción, la producción, la comercialización y el transporte<sup>31</sup>, etc.), es posible subsumir a las farmacias populares dentro de la actividad empresarial estatal, y por tanto aplicar el artículo 19 N°21.

Frente a esta disyuntiva, nos parece que lo más apropiado habría sido recurrir a una interpretación finalista. En términos simples, dado que el artículo constitucional en cuestión se fundamenta en los principios de libertad económica y subsidiariedad, se podría haber adoptado la postura más protectora de ellos. Es cierto que tal análisis hubiese requerido que la Contraloría adoptara una posición extraordinariamente intrusiva, o de control sumamente intenso, del acto en cuestión. En efecto, debiera haberse preguntado, por ejemplo, si el mercado de las farmacias estaba cumpliendo adecuadamente con las exigencias del bien común, de forma de determinar si la intervención estatal en la materia era requerida por el principio de subsidiariedad. Estamos conscientes, sin embargo, que este tipo de análisis es más propio de los Tribunales de Justicia que de la Contraloría, y que por tanto, no parece del todo justo recriminar a la

<sup>29</sup> VALLEJO (2008) pp. 141-143; BERTELSEN (1987) p. 124.

<sup>30</sup> VALLEJO (2008) p. 142.

<sup>31</sup> Véase opinión del comisionado Guzmán en las Actas de la Sesión N° 388 de la CENC, que pareciera reflejar el parecer de toda la Comisión.

Contraloría el haber recurrido al resorte de la exclusión del lucro como criterio central para solucionar el problema sometido a su conocimiento.

La última limitación impuesta por la Contraloría a las farmacias populares es que el precio de los remedios esté sujeto a las normas legales pertinentes, lo que pareciera significar, en esencia, la aprobación de los aranceles máximos por parte de los Ministerios de Salud y Hacienda, y la sujeción al complejo sistema normativo establecido en la mencionada Resolución N°50 del 2009 del Ministerio de Salud, la cual establece las Normas Técnico Administrativas para la Aplicación del Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud del Libro II del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en la Modalidad Atención Institucional.

#### **IV. Epílogo: Supermercados**

La Municipalidad de Tocopilla decidió no sólo emular la experiencia de las farmacias populares, sino que extenderla a la creación de un “Supermercado Popular”, operado por una persona jurídica especialmente creada para estos efectos, denominada Fundación para el Desarrollo y la Alimentación de Tocopilla. La Municipalidad licitó y adjudicó la construcción y habilitación del proyecto, el que se ubicaría dentro del hall principal de la misma.

La Contraloría emitió el dictamen N° 24.159 de 2016, en el que rechazó la legalidad de este proyecto. Para ello, recordó que la autonomía constitucionalmente reconocida a las municipalidades no es absoluta, sino que se sujeta al principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución)<sup>32</sup>. Por lo mismo, las municipalidades requerirían de una disposición legal que las autorice para implementar un supermercado. Según la Contraloría, aquella no existiría, y la actividad en cuestión tampoco se *“encuadrar[ía] en ninguna de las funciones que la ley ha entregado a las entidades edilicias”*.

Agrega este dictamen que si bien las municipalidades pueden crear personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro para ciertos objetos, estos sólo se refieren al arte, la cultura, el deporte y el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo. Ello según expresa disposición del artículo 19 de la LOC de Municipalidades (que en realidad viene a ser una repetición del artículo 118 de la Constitución, que en estricto rigor es la norma relevante en esta materia). Evidentemente, tanto el supermercado como la farmacia quedan fuera de los fines anteriores, y por tanto la Contraloría resuelve que no podría crearse la fundación propuesta por la Municipalidad de Tocopilla.

<sup>32</sup> Cabe agregar que la autonomía constitucional de las municipalidades no puede interpretarse como una autorización para realizar actividades empresariales. Cuando la Constitución ha querido otorgar dichas autorizaciones, lo ha hecho en forma expresa. Véase NAVARRO (2001) p. 43.

Cabe tener presente que este dictamen menciona el artículo 19 N°21 de la Constitución (así como el similar artículo 11 de la LOC de Municipalidades), pero de una forma más bien referencial, sin explicitar su aplicación al caso en análisis. No obstante esta falta de precisión, consideramos que su sola invocación denota que, para la Contraloría, estaríamos en presencia de una actividad de naturaleza empresarial.

Finalmente, es importante destacar que esta nueva opinión de la Contraloría aprovecha de reafirmar el Dictamen, recordando que los establecimientos de salud municipal podrán expedir remedios a través de farmacias *"en la medida que esa actividad se desarrolle con una finalidad de salud pública, como lo es la de facilitar el acceso a dichos productos por parte de la población"*.

En definitiva, este nuevo dictamen nos parece sumamente importante, toda vez que el surgimiento de las farmacias populares o comunales ha producido incertidumbre respecto de qué otras actividades podrían realizar las municipalidades. Todo ello en el contexto de un año de elecciones municipales, particular incentivo para la inventiva criolla. Frente a esta delicada situación, la Contraloría se apresura en emitir una señal clara y contundente: la situación de las farmacias populares es especial, en cuanto goza de cierta base normativa, pero ello no es extrapolable a otras situaciones, tales como los supermercados. No habrá, por tanto, permisividad al respecto. Adicionalmente, este dictamen aprovecha la oportunidad de consolidar la doctrina de la Contraloría acerca de las farmacias populares, consagrando la ya comentada visión más bien legalista y poco finalista en la interpretación de las normas constitucionales.

## V. Conclusiones

1. La Contraloría General de la República declaró la juridicidad de las farmacias populares, estableciendo ciertas limitaciones o requisitos a su funcionamiento. Aquellas podrán cobrar por los remedios que vendan, y, si así lo desean, recurrir a CENABAST para proveerse de los mismos.
2. Las farmacias populares no deben tener fines comerciales –lo que probablemente se refiere a la exclusión del lucro, no del cobro–, deben hallarse en los consultorios y ser administradas directamente por la Municipalidad, la que puede limitar el beneficio a ciertos grupos de personas en la medida que ello obedezca a un criterio objetivo y no discriminatorio.
3. Las normas legales invocadas por el Dictamen para dar sustento jurídico a las farmacias populares nos parecen insuficientes. Más aún, el análisis de la Contraloría debió comenzar por el artículo 19 N°21 de la Cons-

titución, y por sus principios de libertad económica y subsidiariedad, cuya interpretación finalista podría haber redundado en la declaración de antijuridicidad de tales farmacias.

4. Un elemento crucial en el razonamiento de la Contraloría parece haber sido la exclusión del lucro, cuestión que para parte importante de la jurisprudencia y la doctrina implica ausencia de actividad empresarial.
5. Aun si las farmacias populares no se consideran un actividad empresarial, excluyendo de esa forma la exigencia de autorización mediante ley de quórum calificado (artículo 19 N°21 de la Constitución), no existen normas competenciales suficientemente precisas y expresas que permitan a las municipalidades desarrollar tales proyectos, tal y como lo exige el Principio de Juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución).
6. La creación de supermercados populares ha sido rechazada por la Contraloría, quien distinguió claramente dicha situación de la referida a las farmacias populares.

## Bibliografía

ALVEAR, Julio (2015): "Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica: un paradigma a desarrollar", en *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 1, pp. 321- 372.

BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): "Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxviii, pp. 661-683.

BERTELSEN, Raúl (1987): "El Estado empresario en la constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14, N° 1, pp. 115-125.

COVARRUBIAS, Ignacio (2004): "Subsidiariedad y Estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante)", *Revista de derecho público*, Vol. 66, pp. 251-272.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014): "Bases de la Institucionalidad: Una revisión propositiva", en GARCÍA, José Francisco (Coordinador): *¿Nueva Constitución o reforma?* (Santiago, Legal Publishing) pp. 91-127.

ENTEICHE, Nicolás (2014): "La Excepcional Autotutela Ejecutiva de los Actos Administrativos en Chile", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, Año 21, N° 2, 2014 pp. 137-182.

FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 2° Edición) Tomo I.

FERMANDOIS, Arturo (1999): "Municipalidades, Corporaciones sin fines de lucro y Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, pp. 193-201.

JUAN XXIII (1961): *Mater et Magistra*. Disponible en: [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html). (Fecha de consulta: 6 de junio de 2016).

LOO, Martín (2009): "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xxxiii, pp. 391-426.

NAVARRO, Enrique (2001): "El estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 62, pp. 32- 47.

PIO XI (1931): *Quadragesimo Anno*. Disponible en: [http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html) (Fecha de consulta: 6 de junio de 2016).

QUINTANA, Augusto (2014): "El principio de subsidiariedad", en *Revista de derecho público*, número especial, pp. 125-136.

SOTO KLOSS (1996): *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing). Tomo II.

VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): "Derribando mitos sobre el Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, pp. 135-156.

ZUÑIGA, Francisco (2001): "Constitución Económica y Estado Empresario", *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp 339-374.

## Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (1993): Rol 167-93, de 6 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional (1992): Rol 146-92, de 19 de marzo de 1992.

Corte Suprema (1998): Rol 4.068-98, de 16 de diciembre de 1998.

Corte Suprema (1995): Rol N°2.798-95, de 23 de noviembre de 1995.

Corte Suprema (1995): Rol N°4379-2000, de 4 de julio de 1995.

Corte Suprema (2000): Rol 248-2000, 31 de enero de 2000.

Corte Suprema (1998): Rol 1360-98, 7 de mayo de 1998.

Corte Suprema (1997): *Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación*, 17 de noviembre de 1997.

Corte de Apelaciones (1998): Rol 3817-98, de 27 de noviembre de 1998.

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°13.636/16, de 19 de febrero de 2016. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016]

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°24.933/16, de 4 de abril de 2016 [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2016): Dictamen N°24.159/16, de 31 de marzo de 2016. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2014): Dictamen N°43.443/14, de 13 de junio de 2014. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2013): Dictamen N°19.294/13, de 1 de abril de 2013. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2008): Dictamen N°22.540/08, de 14 de mayo de 2008. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2007): Dictamen N°38.432/07, de 24 de agosto de 2007. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2005): Dictamen N°20.151/05, de 29 de abril de 2005. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2004): Dictamen N°40.989/04, de 12 de agosto de 2004. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2003): Dictamen N°47.681/03, de 23 de octubre de 2003. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2003): Dictamen N°3.672/03, de 29 de enero de 2003. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

Contraloría General de la República (2001): Dictamen N°17.509/01, de 10 de mayo de 2001. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2016].

## Otras Fuentes

Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, de 5 de diciembre de 1986.

Decreto Ley N° 3.063, Normas sobre rentas municipales, de 29 de diciembre de 1979.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1-3.063, Reglamenta Aplicación inciso 2° del Art. 38 del DL n° 3.063 DE 1979, de 13 de junio de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, de 23 de septiembre de 2005.

Comisión de Estudios Nueva Constitución (1978): Actas de la Sesión N°388, de 27 de junio de 1978.

ARÓSTICA, Iván (1998): Informe Constitucional N° 1905, Acción de Amparo Económico (Serie Informe Constitucional, Santiago).