

Santiago, 17 de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.-

V I S T O S :

1.- Don Alberto Lehyt Molina, en su calidad de gerente general de la sociedad Farmacias ABC Limitada C.P.C., ocurrió ante la Fiscalía Nacional Económica manifestando que estaba próximo a expirar la concesión, por cinco años, de la Farmacia de Urgencia de la Asistencia Pública del Servicio de Salud Central -ubicada en Avenida Portugal N° 125 de esta ciudad- y que ante la posibilidad de que nuevamente se otorgara dicha Farmacia en concesión, consultaba si debería llamarse a licitación, a la que concurrirían diversos proponentes, en igualdad de condiciones como en un mercado libre, o bien procedería que se efectuara negociación directa con el antiguo concesionario.

2.- Requerido informe por la Fiscalía, el Servicio de Salud Central manifestó que en conformidad con la cláusula décima del contrato de concesión vigente -celebrado con fecha 4 de marzo de 1976 - el plazo primitivo de dicha concesión de cinco años era prorrogable por nuevos quinquenios, en las condiciones que las partes determinaran. Por ello, el Servicio estaba obligado, al término del plazo, a tratar con el concesionario las condiciones en que debería desarrollarse la concesión en el período siguiente y no podría, en consecuencia, sin que mediaran esas negociaciones, licitar nuevamente el contrato. Agregó que en el caso de que el concesionario rechazara la proposición de negociación se debería entender ésta definitivamente terminada, así como la concesión, quedando el Servicio en libertad de disponer del establecimiento como estimara más conveniente.



108

3.- A petición de la Fiscalía, el Servicio de Salud Central remitió copia del contrato de concesión de la Farmacia de Urgencia que le pertenece, celebrado con fecha 4 de marzo de 1976, entre el Servicio Nacional de Salud, entonces propietario de ese establecimiento, y la sociedad José Codner y Cía. Ltda., en que se deja constancia de los siguientes hechos atinentes al caso en examen:

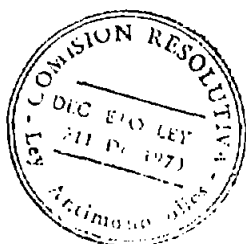
3.1.- Por Resolución N° 8.115, de 17 de octubre de 1975, del Director General de Salud, tomada razón por la Contraloría General de la República, se dispuso el llamado a propuesta pública para la concesión de la administración del establecimiento farmacéutico denominado "Farmacia de Urgencia", ubicado en la Posta Central de la Asistencia Pública "Doctor Alejandro del Río", del Servicio Nacional de Salud, Avenida Portugal N° 125.

3.2.- Las bases de propuesta se elaboraron en conformidad a la aludida Resolución, que las había estipulado.

3.3.- Por Resolución N° 51, de 13 de enero de 1976, también del Director de Salud, tomada razón por la Contraloría General de la República, se aceptó la propuesta presentada por la firma José Codner y Cía Ltda. y se le adjudicó la concesión de la administración del establecimiento farmacéutico indicado.

3.4.- El precio de la concesión fue la suma de \$ 720.000.- en dinero efectivo, pagada de contado y la cantidad de \$ 10.000.- mensuales, pagadera durante todo el tiempo de vigencia de la concesión, reajutable cada tres meses.

3.5.- El concesionario compró la totalidad de los medicamentos, existencias y demás productos detallados en el correspondiente inventario. El precio de esta compraventa fue la suma de \$ 5.526.098,86, pagadera en tres cuotas, también reajustables, con un interés del 8% anual y del 18% también anual, en caso de mora.



3.6.- El concesionario se obligó a contratar a todo el personal que trabajaba en el establecimiento, en condiciones no inferiores a las que tenían como funcionarios del Servicio Nacional de Salud.

3.7.- El concesionario se comprometió, además, a observar una serie de obligaciones propias del establecimiento cuya administración se le concedía: cumplir, con el más alto grado de eficacia, las funciones de salud pública y de protección de la salud, que las leyes y reglamentos encomendaban al Servicio; mantener el establecimiento abierto durante las 24 horas de todos los días de año; mantener un stock completo y suficiente de medicamentos del Formulario Nacional; adoptar las disposiciones pertinentes para que el establecimiento estuviera permanentemente bajo la responsabilidad de un farmacéutico; pagar oportunamente el precio mensual de la concesión etc.

3.8.- El concesionario contrató una póliza de seguro en favor del Servicio para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de sus obligaciones.

3.9.- En relación con su vigencia, dispuso su cláusula décima: "El plazo de duración del presente contrato será de cinco años contados desde esta fecha. Este período de cinco años se renovará por períodos iguales, sucesivos, de cinco años cada uno si, al término del plazo inicial o del quinquenio prorrogado que estuviere corriendo, el concesionario y el Servicio así lo acuerdan, estipulando las condiciones y términos que regirán para el período siguiente."



4.- Los antecedentes reunidos por la Fiscalía fueron puestos en conocimiento de la H. Comisión Preventiva Central, la que mediante el dictamen N° 267/246, de 5 de mayo de 1981, estimó que la interpretación dada por el Servicio de Salud Central a la cláusula décima del contrato de concesión de 4 de marzo de 1976, que ha permitido renovarlo por un nuevo período -en favor de la Sociedad Farmacias Ahumada S.A., continuadora de la Sociedad José Codner y Cía. Ltda- sin considerar las posibles propuestas de otros interesados, es contraria a las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, y que, en consecuencia, deberá dejarse sin efecto la renovación y llamarse a licitación pública al término de cada período de la concesión.

Para arribar a esa conclusión, la H. Comisión Preventiva Central tuvo presente:

4.1.- El Servicio de Salud Central, al celebrar un contrato de concesión que, en el hecho, puede ser de duración indefinida, impide el acceso de otros interesados que pudieran prestar el servicio en forma más eficiente o más favorable para los intereses de los usuarios.

4.2.- La libre competencia exige que, en igualdad de condiciones, todos puedan tener acceso a las actividades económicas, sin otra limitación que cumplir con las exigencias de carácter reglamentario.

4.3.- Si bien es cierto que en este tipo de concesiones no sólo cabe considerar condiciones comerciales si no también aquellas propias de un servicio público, que lógicamente influirán al momento de otorgarse la concesión, no es menos cierto que se debe dar la posibilidad de acceso a cualquier ter cero interesado en ejercer la respectiva actividad.



78

4.4.- La explotación de una Farmacia de Urgencia en el edificio de la Posta Central de la Asistencia Pública representa un giro comercial de indudable interés en el ramo, por lo que no resulta lícito, en conformidad con las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, limitarla, en forma indefinida, a un solo concesionario.

5.- En contra del dictamen de la H. Comisión Preventiva Central dedujo reclamación don José Codner Chijner, en representación de la Sociedad Farmacias Ahumada S.A., por estimar que ese pronunciamiento afectaba los intereses de su representada, y con el mérito de las razones que expone solicita que se deje sin efecto el referido dictamen.

A juicio del reclamante, la decisión adoptada por dicha Comisión adolece de graves errores y no se ajusta al mérito del contrato, su origen y antecedentes administrativos. En efecto, su representada es concesionaria de la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Central desde el día 4 de marzo de 1976, fecha en que se celebró un contrato que expiró el año 1981. En virtud de ese contrato, Farmacias Ahumada S.A. tenía el derecho, incorporado a su patrimonio y, por lo mismo garantizado por la Constitución Política, artículo 19° N° 24, de renegociar el mismo al tiempo de su extinción. En aplicación de esta facultad, que dicho servicio no podía desconocer sin comprometer la responsabilidad civil del Estado, se procedió a conversar, primero y a acordar, después, la respectiva renovación. Es evidente que frente a un derecho incorporado al patrimonio de una persona jurídica y amparado por el texto de la Constitución, no puede invocarse una supuesta infracción a las leyes antimonopólicas.



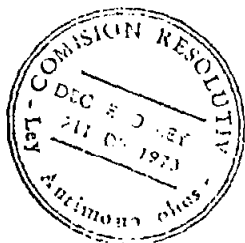
79

Agrega que es falso que el contrato pueda ser in definido, como afirma la H. Comisión Preventiva Central, ya que la cláusula que obliga al Servicio de Salud Central sólo impone el deber jurídico de negociar una renovación, pero no opera automática ni necesariamente. Por otra parte, si el Servicio hubiere negociado con la decisión de no llegar a un acuerdo se vulneraría el contrato, el que lo obliga a cumplir todas sus estipulaciones de buena fe, como expresamente lo señala el artículo 1.546 del Código Civil. Si la H. Comisión Preventiva Central, en consecuencia, estima que no debió renovarse el contrato, a pesar de la obligación de renegociar sus términos, estaría afirmando un hecho antijurídico y contrario a las normas legales que regulan la materia.

Como se reconoce expresamente en el dictamen impugnado, añade el recurrente, en este tipo de contratos prevalece el interés público, más allá de las condiciones comerciales o los intereses comerciales de la respectiva repartición estatal.

6.- Con su reclamación se acompañó copia del contrato de concesión de la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Central, celebrado con fecha 24 de marzo de 1981, entre dicho Servicio y la sociedad Farmacias Ahumada S.A., representada por don José Codner Chijner, en que constan los siguientes hechos:

6.1.- Por Resolución N° 774, de 27 de febrero de 1981, del Servicio de Salud Metropolitano Central, tomada razón por la Contraloría General de la República, se autorizó a dicho Servicio para entregar la concesión de la administración de la Farmacia de Urgencia a la sociedad Farmacias Ahumada S.A.



109

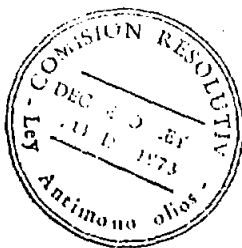
6.2.- El concesionario se compromete a cumplir una serie de obligaciones propias de la concesión de esa clase de establecimiento, similares a las que contenía el anterior contrato de 1976 a que se ha hecho mención en el N° 3.7. de esta parte expositiva.

6.3.- El concesionario se obliga, también, a tomar y entregar al Servicio un instrumento bancario de garantía, endosado a la institución, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y a mantener vigente, mientras éste dure, un seguro contra incendio que resguarde el establecimiento entregado en concesión.

6.4.- El precio de la concesión se conforma: a) con 2.000 unidades de fomento, pagaderas en las fechas que se señalan, durante el año 1981, b) con 1.526 unidades de fomento en dinero efectivo al momento de suscribir el contrato, c) con una cuota mensual equivalente a 314 unidades de fomento hasta el día 31 de mayo de 1983 y a 400 unidades de fomento desde el 1º de junio de 1983, y d) con una suma mínima equivalente a 118 unidades de fomento mensual, como ayuda a los programas sociales de la Dirección de la Asistencia Pública y otra suma mínima igual destinada a los programas de la Dirección del Servicio de Salud Central.

6.5.- El concesionario se obliga a otorgar facilidades de crédito y/o descuento al personal del Servicio de Salud Central.

6.6.- El incumplimiento, por parte del concesionario, de cualesquiera de las obligaciones que contraiga para con el Servicio de Salud Metropolitano Central autoriza a éste para resolver ipso facto y de pleno derecho el contrato de concesión.



6.7.- En razón de intereses superiores o necesidades de servicio y sin que su decisión dé derecho a indemnización alguna, al Servicio podrá revocar la concesión en cualquier momento, debiendo comunicar tal circunstancia al concesionario al menos con 60 días de anticipación a la fecha en que esa orden deba cumplirse.

6.8.- En relación con su vigencia, dispone su cláusula undécima: "El plazo de vigencia del presente contrato será de cinco años, desde la fecha de suscripción de este instrumento. El Servicio de Salud Metropolitano Central podrá otorgar al concesionario la opción de efectuar una oferta preferente antes de sesenta días del término del plazo de la concesión".

7.- Informando el recurso de reclamación, la H. Comisión Preventiva Central expresa que si bien por la cláusula cuestionada del contrato suscrito en 1976, se puede poner término al contrato de concesión, por no haber acuerdo de las partes, en el hecho la simple negociación, sin consultar el interés actual del mercado mediante una licitación, que impide al concedente fijar términos reales a sus exigencias, transforma el contrato en indefinido, impidiendo el acceso de otros interesados que pudieran prestar el servicio en forma más eficiente y en condiciones más favorables para los intereses de los usuarios, condiciones que jamás podrán conocerse si no se llama a licitación, y el concedente no podrá exigir las del anterior concesionario al tratar la renovación.

A juicio de la Comisión informante, en este caso prevalece el orden público sobre el interés privado del recurrente, y las normas de carácter privado que rigen las relaciones entre los contratantes no pueden ir en contra de las normas de orden público, como son las contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuerpo legal que vela por la libre competencia y porque se cumplan las leyes del mercado.



Por las expresadas razones, a la Comisión referida le pareció que el contrato de concesión, en la forma en que está suscrito, viola las normas protectoras de la libre concurrencia, puesto que se impide, en forma indefinida, el acceso de terceros interesados a un giro de seguro rendimiento comercial.

8.- Evacuando el traslado que se le confiriera del informe de la H. Comisión Preventiva Central, la defensa de Farmacias Ahumada S.A. manifiesta que estima erróneos los fundamentos de dicha Comisión, ya que al expresar aquélla "que prevalece el orden público sobre el interés privado del recurrente" considera como de simple interés privado las normas legales que rigen el Derecho de los Contratos. Por el contrario, lo que ella denomina "simple negociación" es un derecho patrimonial establecido en la ley y amparado por la Constitución, y dice relación con el cumplimiento de las obligaciones y con el principio rector de la buena fe que preside todo el Derecho Civil.

Agrega que resulta temerario afirmar, como se hace en el informe, que la única forma de consultar el interés actual del mercado es mediante una licitación, pues ello significa suponer que las personas que administran el Servicio de Salud Central carecen de información al respecto, o que son funcionarios incapaces de poder formarse juicios económicos sobre lo que es un rubro casi accesorio en su importante misión de administrar el organismo de salud más grande del país.

Un mínimo examen del nuevo contrato celebrado demuestra, añade dicha defensa, que los intereses de los usuarios se cautelaron debidamente y que, además, la autoridad se ajustó a la ley del contrato, por lo que no puede formularsele cargo alguno.



9 .- Por su parte, el Servicio de Salud Central, en respuesta al mismo traslado, manifiesta que estando cercana la fecha de expiración del contrato de concesión con Farmacias Ahumada S.A., sucesora de José Codner y Cía., el Servicio de Salud Central, sucesor del Servicio Nacional de Salud, requirió de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública un pronunciamiento acerca de la interpretación que debía dársele a la cláusula décima del contrato de concesión de la Farmacia de Urgencia, celebrado el 4 de marzo de 1976.

En respuesta a esa consulta, la Asesoría mencionada expresó que al término del plazo de la concesión debía plantearse, entre el Servicio y el concesionario, una renegociación para ajustar los términos en que podría renovarse la concesión por un nuevo período. En caso de aceptación, por parte del concesionario, de los términos expresados por el Servicio, se produciría el consentimiento y se entendería renovado el contrato por un nuevo quinquenio, en los términos acordados, los cuales podrían ser sustancialmente diferentes a los que habían regido para el período anterior. Finalmente, señalaba que en caso de rechazar el concesionario la proposición de renovación, debería entenderse definitivamente terminada la negociación, así como la concesión, al vencimiento del plazo primitivo, quedando el Servicio en libertad de disponer del establecimiento como le pareciera más conveniente.

Agrega que en mérito de lo expuesto el Servicio procedió a la suscripción del correspondiente contrato de concesión con Farmacias Ahumada S.A., el que se celebró por escritura pública de 24 de marzo de 1981, cuyos términos son sustancialmente diferentes a los de aquél firmado en 1976, tanto en su aspecto financiero como jurídico. Precisamente, una de las adecuaciones dice relación con la eventual renovación, ya que la redacción de la cláusula pertinente en el primer contrato se consideró, por el Servicio, como lesiva para sus intereses.



Por las razones expuestas, estima el Servicio de Salud Central que en la especie se ha celebrado un contrato respecto del cual se cumplieron las normas existentes sobre la materia.

10.- El Servicio de Salud Central ha acompañado copia de la Resolución N° 774, de 27 de febrero de 1981 dictada por el Director de dicho Servicio, por medio de la cual se autoriza la celebración del contrato de concesión de la administración de la Farmacia de Urgencia de la Asistencia Pública "Dr. Alejandro del Río" entre el Servicio de Salud Central y la sociedad Farmacias Ahumada S.A., en la cual se contienen los términos en que dicho contrato debe celebrarse y que son las mismas que se mencionaron en el número 6.- de esta parte expositiva con excepción de la cuota mensual pagadera por el concesionario a contar desde el 1° de junio de 1983 la que, según la Resolución N° 774, es de 414 unidades de fomento y no de 400, como expresa el contrato.

11.- A su vez, evacuando el mismo traslado, el representante de Farmacias ABC Ltda. C.P.A. expresa que concuerda en todos sus puntos con el informe de la Comisión recurrida. Agrega que el recurrente se equivoca cuando estima que ha incorporado a su patrimonio el derecho de renegociar la renovación de su concesión, ya que justamente lo que se invalida por la H. Comisión Preventiva Central es la existencia de la cláusula pertinente, la que siendo ilegítima no puede servir de base para fundar un derecho. Termina pidiendo que en definitiva se deseche la reclamación en referencia.

12.- Finalmente, la Fiscalía Nacional Económica, a la cual también se le confirió traslado, expresa que, a su juicio, el pronunciamiento de la H. Comisión Preventiva Central se ha ajustado a derecho y al mérito de los antecedentes que le sirvieron de fundamento.



Sostiene que, como afirma el propio recurrente, "en este tipo de contratos prevalece el interés público, más allá de las condiciones comerciales o los intereses comerciales de la respectiva repartición estatal", interés que está representado, en este caso, por la posibilidad de que en concesiones de esta naturaleza se cautele debidamente el interés de los usuarios y del Servicio concedente, lo cual se logra si se permite conocer las condiciones de contratación que puedan ofrecer otros comerciantes, a más del concesionario.

Si no se permite el acceso de otros interesados, impidiéndose así conocer las ofertas que ellos podrían presentar en una licitación abierta, no se está dejando jugar las modalidades del mercado, único que hace posible que en toda clase de actividades comerciales reine libre competencia entre los interesados por desarrollarlas.

Por mucho que pueda diferenciarse un nuevo contrato respecto del antiguo, lo cierto es que con cláusulas como las que contenía el anterior y que permiten la celebración de uno nuevo con el primitivo concesionario, se está impidiendo el acceso de los demás interesados en la explotación del establecimiento materia de la concesión, sin que el Servicio tenga la oportunidad de ponderar debidamente si dichas eventuales ofertas podrían ser más beneficiosas para los usuarios y para él mismo que la presentada por el primitivo concesionario.

Termina la Fiscalía expresando que por las razones antes señaladas y disposiciones legales que cita debe dejarse sin efecto el contrato de concesión celebrado entre el Servicio de Salud Central y Farmacias Ahumada S.A., con fecha 24 de marzo de 1981 y llamarse a licitación para otorgar la concesión de la Farmacia de Urgencia dependiente de dicho Servicio.

12.- Por no ser necesario rendir prueba, con fecha 29 de septiembre del año en curso se efectuó la vista de la causa, alegando por Farmacias Ahumada S.A. el Abogado don Ambrosio Rodríguez Quiroz.



CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por Resolución N° 8.115, de 17 de octubre de 1975 del Director General de Salud, tomada razón por la Contraloría General de la República, se dispuso el llamado a propuesta pública para la concesión de la administración del establecimiento farmacéutico denominado "Farmacia de Urgencia", ubicado en la Posta Central de la Asistencia Pública "Doctor Alejandro del Río", del Servicio Nacional de Salud, en esta ciudad, Avenida Portugal N° 125.

SEGUNDO: Que por Resolución N° 51, de 23 de enero de 1976, del Director General de Salud, tomada razón por la Contraloría General de la República, se aceptó la propuesta presentada por la firma José Codner y Cía. Ltda. para la entrega en concesión de la administración del establecimiento farmacéutico precedentemente mencionado, dejándose constancia en ella que dicha adjudicación se hacía en cumplimiento del llamado a licitación pública dispuesto por la Resolución N° 8.115, de 1975, y de acuerdo con las Bases de Propuesta elaboradas en conformidad con ella y cuya apertura se llevó a efecto el 29 de diciembre de 1975.

TERCERO: Que en cumplimiento de las Resoluciones N° 8.115, de 1975. y 51, de 1976, del Director General de Salud, con fecha 4 de marzo de 1976 se celebró, por escritura pública, un contrato de concesión de la administración de la Farmacia de Urgencia de la Posta Central de la Asistencia Pública "Doctor Alejandro del Río", del Servicio Nacional de Salud, entre este Servicio, entonces propietario de dicha Farmacia, y la sociedad José Codner y Compañía Ltda., en las condiciones de que da cuenta el respectivo contrato.

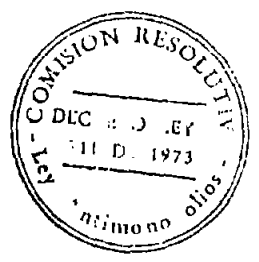


En relación con la vigencia de la concesión, la cláusula décima de ese instrumento dispuso que el plazo de duración sería de cinco años contados desde la fecha de la escritura, plazo que se renovarí­a por períodos iguales y sucesivos de cinco años cada uno si, al término del plazo inicial o del quinquenio prorrogado que estuviere corriendo, el concesionario y el Servicio así lo acordaren, estipulando las condiciones y términos que regirían para el período siguiente.

CUARTO: Que por Resolución N° 774, de 27 de febrero de 1981, del Servicio de Salud Central, tomada razón por la Contraloría General de la República, se autorizó la celebración del contrato de concesión de la administración de la "Farmacia de Urgencia" de la Asistencia Pública "Doctor Alejandro del Río", dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Central, entre éste y la sociedad Farmacias Ahumada S.A., en los términos que en ella se expresan.

En los fundamentos de la Resolución mencionada se alude a la Resolución N° 51, de 1976, al contrato de concesión del mismo año y se deja expresa constancia que durante la vigencia de dicho contrato "el concesionario ha demostrado el máximo celo en el cumplimiento de sus obligaciones y la suficiencia técnica correspondiente", como asimismo se hace referencia a "la necesidad de ajustar las disposiciones del contrato de concesión a las actuales normas y necesidades del Servicio".

QUINTO: Que en cumplimiento de la Resolución N° 774, de 1981, con fecha 24 de marzo de 1981 se celebró, también por escritura pública, un contrato de concesión de la administración de la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Metropolitano Central, sucesor del Servicio Nacional de Salud y actual propietario de dicho establecimiento, entre el referido Servicio y la sociedad Farmacias Ahumada S.A., sucesora de la sociedad José Codner (y) Compañía Ltda., en las condiciones establecidas en el respectivo contrato.



601

En relación con la vigencia de esta nueva concesión, la cláusula undécima del contrato dispone que el plazo de vigencia será de cinco años contados desde la fecha de suscripción del mismo, y que el Servicio concedente podrá otorgar al concesionario la opción de efectuar una oferta preferente antes de sesenta días del término del plazo de la concesión.

SEXTO: Que para resolver si, como sostiene la H. Comisión Preventiva Central, era necesario llamar a licitación pública para adjudicar la concesión de la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Central, al primitivo concesionario o a uno distinto, de acuerdo con las ofertas que pudieren presentar, a ella, resulta indispensable precisar si el referido Servicio y el anterior concesionario podían celebrar un nuevo contrato de concesión o renovar el anterior prescindiendo de dicho llamado a licitación.

SEPTIMO: Que de acuerdo con la cláusula décima del contrato de concesión de 1976, cuyo origen se encuentra en la Resolución N° 51, de 1976, del Director General de Salud, el Servicio de Salud Central, como sucesor del Servicio Nacional de Salud, estaba facultado para estipular con el concesionario las condiciones y términos que regirían para el período siguiente, sin necesidad de llamar a nueva licitación.

OCTAVO: Que al celebrar el contrato de concesión de 24 de marzo de 1981, el Servicio de Salud Central entendió que procedía en conformidad con la cláusula de renovación establecida en el contrato anterior, como ha expresado en los informes evacuados tanto a petición de la H. Comisión Preventiva Central como de esta misma Comisión, los que, a su vez, se habrían fundado en la opinión de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública.



109
105
103
102
101
100
99
98
97
96
95
94
93
92
91
90
89
88
87
86
85
84
83
82
81
80
79
78
77
76
75
74
73
72
71
70
69
68
67
66
65
64
63
62
61
60
59
58
57
56
55
54
53
52
51
50
49
48
47
46
45
44
43
42
41
40
39
38
37
36
35
34
33
32
31
30
29
28
27
26
25
24
23
22
21
20
19
18
17
16
15
14
13
12
11
10
9
8
7
6
5
4
3
2
1

NOVENO: Que si bien esta Comisión no comparte el criterio sostenido por el Servicio de Salud Central, en cuanto a que la respectiva estipulación contractual referente a la renegociación del contrato de concesión hubiera constituido una verdadera obligación para él, sino que más bien cabe entenderla como una facultad que dicho Servicio tenía para negociar los términos de una renovación del contrato de concesión, no puede menos que aceptar que con dicha prórroga contractual no se ha cometido infracción grave al ordenamiento jurídico antimonopólico.

DECIMO: Que abona la conclusión del considerando anterior la circunstancia de que, en la actualidad, y en conformidad con las normas que regulan el establecimiento y funcionamiento de las farmacias, contenidas en el Decreto de Salud Pública N° 428, de 1975, publicado en el Diario Oficial de 23 de febrero de 1976, cualquiera persona, natural o jurídica, puede instalar o adquirir una farmacia, siempre que se dé cumplimiento a las exigencias técnicas que el mismo decreto establece (artículo 3°), y que con autorización del Servicio Nacional de Salud es posible el funcionamiento de farmacias de urgencia, con atención al público las 24 horas del día (artículo 59°).

DECIMO PRIMERO: Que si no existen impedimentos para instalar una farmacia y hacerla funcionar como farmacia de urgencia, dándose, como es lógico, cumplimiento a las exigencias reglamentarias y contándose con la autorización de la autoridad, pierde bastante relevancia el hecho de que la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Central pueda ser entregada en concesión por un lapso total de diez años, como sucede en este caso en que se ha renovado el contrato de concesión por un nuevo lapso de cinco años.

DECIMO SEGUNDO: Que sin perjuicio de lo manifestado, no puede desconocerse que la concesión de la Farmacia de Urgencia del Servicio de Salud Central conlleva una serie de elementos comerciales que pueden hacer más atractiva su explota-



177-
90

ción que la de una farmacia de urgencia cualquiera, atendido especialmente la ubicación que ella tiene, lo que hace aconsejable que su concesión se otorgue mediante licitación pública al término de vigencia convenido.

DECIMO TERCERO: Que como consecuencia de lo precedentemente sostenido, esta Comisión considera que si bien el contrato de concesión celebrado el 24 de marzo de 1981, entre el Servicio de Salud Central y la sociedad Farmacias Ahumada S.A. no merece ser reprochado, debe entenderse que al término de su vigencia deberá llamarse a nueva licitación pública, a fin de que presenten sus ofertas todos aquéllos que tengan interés, incluido por cierto, el actual concesionario si así lo desea.

DECIMO CUARTO: Que para hacer efectivo dicho llamado a licitación deberá reemplazarse la cláusula undécima del contrato de concesión, aludido en el considerando anterior, por otra que establezca expresamente el llamado a licitación al término del plazo estipulado para la concesión, la que deberá someterse a la aprobación de esta Comisión.

Y visto lo prevenido en los artículos 9° y 17° letra a), N° 1), del Decreto Ley N° 211, de 1973,

SE DECLARA:

Que se acoge el recurso de reclamación interpuesto por la sociedad Farmacias Ahumada S.A. en contra del dictamen N° 267/246, de 5 de mayo de 1981, de la H. Comisión Preventiva Central, quedando éste sin efecto, sin perjuicio de que la cláusula indécima del contrato de concesión celebrado entre el Servicio de Salud Central y la referida sociedad, con fecha 24 de marzo de 1981, deberá reemplazarse por otra en la forma expresada en la consideración número 14 de este fallo.

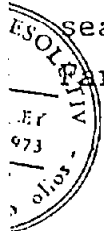


Acordada con los votos de los señores Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excma. Corte Suprema, Presidente de la Comisión; Sergio Chaparro Ruiz, Director del Instituto Nacional de Estadísticas; Carlos Mackenna Iñiguez, Tesorero General de la República y Juan Ignacio Varas Castellón, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Chile y con el voto en contra de don Víctor Vial del Río, Vice Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, subrogando al señor Decano de la misma Facultad, quien fue de parecer de rechazar el recurso de reclamación interpuesto por la sociedad Farmacias Ahumada S.A., en mérito de las mismas razones tenidas en cuenta por la H. Comisión Preventiva Central al emitir el dictamen recurrido y de las que seguidamente se expresan:

1º Que de acuerdo con el contrato de 4 de marzo de 1976, el Servicio Nacional de Salud otorgó en concesión, a la sociedad José Codner y Cía Ltda., la administración de la Farmacia de Urgencia de la Posta Central de la Asistencia Pública, en las condiciones que en dicho contrato se establecen y por un plazo de cinco años contado desde la fecha de la respectiva escritura.

2º Que con motivo del vencimiento del plazo de vigencia del contrato de concesión antes aludido, con fecha 24 de marzo de 1981 se ha celebrado un nuevo contrato de concesión, también con el objeto de administrar la Farmacia de Urgencia referida, entre el Servicio de Salud Metropolitano Central, continuador el Servicio Nacional de Salud y la sociedad Farmacias Ahumada S.A., continuadora de la sociedad José Codner y Cía. Ltda., en las condiciones que en dicho contrato se establecen y con un nuevo plazo de vigencia por otros cinco años.

3º Que si se comparan los textos de ambos contratos aparece claramente que ellos difieren entre sí en diversas estipulaciones, que fuerzan a pensar que, en realidad, se trata de contratos diferentes, aun cuando el objeto de ellos sea el mismo, esto es, la concesión de la administración de la Farmacia de Urgencia perteneciente a dicho Servicio. En efecto, el



601 711

precio es distinto, no sólo en su expresión nominal sino desde el punto de vista de los rubros que lo componen; las obligaciones frente al personal contraídas por el concesionario en el primer contrato no aparecen en el segundo; en el nuevo contrato el concesionario contrae ciertas obligaciones frente al personal del Servicio de Salud Central que no existían en el contrato anterior; el plazo de duración del nuevo contrato, si bien es similar al anterior, se contiene en una cláusula redactada en forma diferente al del primer contrato.

4º Que por las anotadas razones es dable concluir que, en verdad, entre el Servicio de Salud Central y la sociedad Farmacias Ahumada S.A. se ha celebrado un contrato de concesión para administrar la Farmacia de Urgencia de dicho Servicio, diferente del que en 1976 celebraron el Servicio Nacional de Salud y la sociedad José Codner y Cía. Ltda., razón por la cual debió haberse llamado a nueva licitación, con posibilidades de acceso a ella para otros interesados además del concesionario primitivo, en la forma que señalara la H. Comisión Preventiva Central.

5º Que la circunstancia de que el contrato de concesión celebrada en el año en curso es distinto del acordado en el año 1976, esto es, de que aquél es un contrato nuevo en relación con este último, fue incluso reconocido por la defensa de la sociedad reclamante en el alegato de su abogado ante estrados, si bien dicha defensa estimó que podía celebrar un contrato diferente al anterior, sin necesidad de nueva licitación porque el derecho a hacerlo se lo reconocía la cláusula décima del primitivo contrato de concesión, el cual se habría incorporado a su patrimonio, apreciación que este disidente no comparte.

Transcribese al señor Director del Servicio de Salud Central.

Notifíquese a los representantes de dicho Servicio, de la Sociedad Farmacias Ahumada S.A. y de la sociedad Farmacias ABC Ltda. y al señor Fiscal Nacional.



[Handwritten signature]