



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-009-2014-00080-01
DEMANDANTE:	GLOBAL PHARMACEUTICA S.A.
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, concediendo parcialmente las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

La Sociedad **GLOBAL PHARMACEUTICA**, por conducto de su representante legal y actuando a través apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, **solicitando:**

La nulidad de la Resolución No 76331 del 03 de diciembre de 2012, mediante la cual la Directora de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal impone sanción de multa por valor de \$90.672.000 a Global Pharmaceutica S.A.

¹ Fol. 1 a 8 C.Ppal.

La nulidad de la Resolución No. 5293 del 20 de febrero de 2013, a través de la cual la Directora de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, resuelve el recurso de reposición propuesto contra la anterior decisión

La nulidad de la Resolución No 38537 del 27 de junio de 2013 proferida por el Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, que confirma la decisión inicial al estudiar el recurso de apelación dentro de la actuación administrativa No 12-181888.

De manera subsidiaria, se ordene la modificación de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones señaladas en los acápite anteriores, para que se reduzca de manera sustancial, el monto de la sanción impuesta, adecuándola de manera razonable a la capacidad financiera de la entidad.

Como **supuestos fácticos** relevantes de la demanda, la parte actora expuso los siguientes:

El 10 de agosto de 2011, a través del Oficio No. 11-101426, la Superintendencia de Industria y Comercio (Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), reportó el presunto incumplimiento por parte de la sociedad GLOBAL PHARMACEUTICA S.A., de lo previsto en la Circular No. 04 de 2006, modificada por las Circulares No. 01, 02 y 03 de 2007 y Circulares 01, 02 y 03 de 2010.

Con base en dicha denuncia, el Grupo de Investigaciones Administrativas para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de la Superintendencia, solicitó explicaciones a GLOBAL PHARMACEUTICA S.A., quien procedió a presentarlas dentro del plazo otorgado.

Mediante Resolución 76331 del 03 de diciembre de 2012, la entidad demandada impuso sanción de ciento sesenta (160) SMLMV equivalentes a \$90.672.000, dentro de la actuación administrativa 12-181888, con fundamento en la facultad que le otorga el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, pero omitiendo los criterios para la dosificación de la pena previstos en el artículo 134 del mismo estatuto.

Contra dicha decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos por medio de la Resolución 5293 y 38537 de 2013 respectivamente.

1.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA²

La entidad demandada da respuesta a la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al tiempo que agrega que, la actuación administrativa respetó desde la apertura de la investigación el derecho al debido proceso, incluyendo las oportunidades procesales que gozaron para presentar descargos y los posteriores recursos de reposición y apelación, los cuales sostiene, fueron resueltos en debida forma. Además, para imponer la sanción se evaluó la conducta y se tuvieron en cuenta los criterios de graduación, en los actos acusados, indicando los motivos para ello y aplicando los principios de proporcionalidad y dosimetría que contienen todas las sanciones que impone la entidad.

En lo atinente a la modificación de la sanción impuesta, expuso, que la decisión sancionatoria se basó en los supuestos fácticos presentados en la actuación y en la aplicación correcta de la norma que le autoriza, como lo es, el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, que permite multas hasta de 5.000 SMLMV.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, profirió sentencia de fondo el 24 de junio de 2016 en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Como argumentando de la decisión el A quo estimó que, si bien es cierto, había lugar a interponer sanción a la entidad demandante, pues, la actora, incumplió con el reporte del primer trimestre de 2011, como se observó en la copia del sistema de Información de precios de medicamentos SISMED, también es cierto, que la Superintendencia de Industria y Comercio, no expuso en los actos acusados el estudio de los criterios expresamente contenidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 para la dosificación de la sanción impuesta.

² Folio 59 a 63 C.Ppal.

³ Folio 177 a 184 C.Ppal.

Luego entonces, atendiendo al principio de legalidad y tipicidad de las sanciones, le asistía razón a la parte actora cuando se duele por no haberse tenido en cuenta que el hecho sancionado no causó perjuicio a personas en estado de debilidad manifiesta, ni puso en riesgo la vida de nadie; además que la entidad no era reincidente ni obtuvo beneficio de la infracción, pues aun cuando de las circunstancias anteriores no se avizora prueba en el expediente, lo cierto es que se trata de negaciones indefinidas, por tanto correspondía a la parte demandada controvertirlas a través de cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley, lo que no ocurrió, razón por la cual se accedería a la reducción de la multa en un cincuenta por ciento (50%), que corresponde a ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 smlmv).

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, presenta recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando su revocatoria, argumentando que, la interpretación hecha por el juzgado de instancia, dista de la realidad fáctica y jurídica, toda vez que al momento de la SIC hacer el estudio del caso concreto, analizó acuciosamente las pruebas que militaron en él y se cotejaron con las disposiciones transgredidas, encontrando que efectivamente la sociedad demandante incurrió en negligencia y desidia en su deber legal de reportar oportunamente ante el SISMED la lista de precios de medicamentos, lo cual contrario a lo argüido por el A quo, esta omisión además de ir en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, genera graves consecuencias, toda vez que su omisión produce errores sustanciales y adversos al sistema, impidiendo trazar políticas claras y reales, en atención a que los agentes obligados a hacerlo dentro de los términos establecidos, omiten hacerlo, generando garrafales errores al interior del sistema.

Que, si bien es cierto, la demandante tuvo problemas en el momento de generar el reporte, tal interpretación no es aceptable, ya que la normatividad no solo impone la obligación de reportar, sino de que el reporte cumpla con todos los requisitos previstos y a su vez quede efectivamente validado su

⁴ Folio 148-149 C.Ppal.

reporte, razón por la cual no existe motivo alguno, para atenuar la sanción impuesta.

Señaló que, si se tiene en cuenta la magnitud de la aplicación de políticas por parte del Estado colombiano; las que se toman de acuerdo a un plan estratégico con ocasión al recaudo de una información, que se considera de suma importancia y la cual se convierte en la guía del rumbo a tomar las decisiones del respecto de un tema o caso específico.

Expresó que, considerar que la Superintendencia incurrió en una indebida valoración probatoria, es un desafortunado desacierto por parte del operador judicial, ya que en todo momento se respetaron los criterios de valoración de la prueba, encontrando que la demandante había incurrido en la infracción de reportar la compra y venta de medicamentos; ya que como se observa con las pruebas recaudadas, efectivamente omitió enviar oportunamente ante el SISMED la información que de vieja data debía realizar, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad demandante hace parte del sistema comercial del país desde hace varios años, lo cual permite colegir que sabe que con ocasión al ejercicio de su objeto social, está inexorablemente obligado a dar cumplimiento a las disposiciones y gravámenes que con ella se dispongan, las cuales desde ningún punto de vista son caprichosas, sino que por el contrario lo que buscan es dar estricto cumplimiento a las disposiciones que se han dispuesto para el cumplimiento de políticas y toma de decisiones frente al SGSSS (Sistema General de Seguridad Social en Salud) rubro sensible en el que la información reportada por los diversos agentes del sistema es neurálgico para efectos de trazar política de fijación de precios de medicamentos, productos ostensiblemente necesarios de que se ejerza un prolijo control por parte del estado a efectos de no afectar a los consumidores.

Aduce que, teniendo en cuenta lo descrito en el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, se puede colegir, sin mayores lucubraciones que la sanción impuesta de 14 smlmv, no es exacerbada ni desproporcionada, pues si se observar la conducta reprochable del demandante, sus argumentos expuestos, pruebas y análisis hecho por la SIC, ésta impuso una sanción razonable correspondiente a menos del 1% sobre el 100% del monto máximo de la sanción imponible. Situación que permite observar que desde ninguna

óptica dicha sanción fue irrazonable o desproporcionada frente a la conducta contraria al ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, señala que, la sanción objeto de reproche, fue una sanción debidamente racional y dosificada atendiendo los criterios que se han contemplado para tipo de asuntos, máxime cuando la sociedad, desarrolla su objeto social desde 1951 y la obligación de reportar ante el SISMED data desde el año 2006, lo cual permite concluir que la sociedad demandante es ampliamente conocedora de sus obligaciones ante el SGSSS y la relevancia que estas revisten.

En conclusión, dijo que claramente las resoluciones demandadas y que el a quo ha modificado, no están llamadas a tal modificación ni mucho menos a declaración de nulidad alguna, toda vez que las mismas respetaron prolijamente marco de legalidad aplicable a este caso concreto, evidenciándose que la sanción impuesta fue razonable y atendió los criterios establecidos para la dosimetría de la misma.

Por último, sostuvo que al existir un ordenamiento jurídico que efectivamente facultaba a la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y de ser el caso sancionar a la sociedad demandante, tal y como sucedió, dentro del término que la Ley expresamente le ha concedido para decidir los recursos; mal puede pregonarse que esa entidad violentó derechos de la sociedad demandante con la orden impartida, pues como siempre se ha hecho, lo que la entidad buscaba, era proteger los derechos de aquellos consumidores a los cuales se les generó una expectativa de un premio que por condiciones no explicadas de manera correcta no pudieron disfrutar del mismo, dando paso esto al debilitamiento del argumento del A quo que le llevó a concluir que los actos demandados debían ser declarados nulos, y por ende, dicha decisión debe ser revocada y en su lugar ser despachadas desfavorablemente las pretensiones de la sociedad demandante.

1.5 TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

El recurso de apelación formulado por la parte demandada se admitió por auto del 03 de abril de 2017, posteriormente, se ordena correr traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público para emitir su concepto, a través de auto de fecha 16 de mayo de 2017.

En esta etapa procesal concurre la parte actora y el Ministerio Público, en los siguientes términos.

La **P. demandante**⁵, indicó que la decisión del juez de primera instancia no puede tener ningún reproche, pues consta en el proceso que la Superintendencia demandada no tuvo en cuenta ninguno de los criterios establecidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 Como se desprende de la simple lectura de las Resoluciones de la Superintendencia, no se analizó, como era su deber, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado respecto de personas en debilidad manifiesta, o si se puso en riesgo la vida de alguna persona, o la función de la naturaleza de los medicamentos; menos si hubo beneficio del infractor o su grado de colaboración en la investigación, si era reincidente o no y las modalidades y los motivos determinantes del comportamiento.

Agregó, que en el expediente quedó claro que GLOBAL PHARMACEUTICA S.A., no causó ningún perjuicio a personas en estado de debilidad manifiesta, ni era reincidente, ni obtuvo ningún beneficio de la infracción, ni puso en riesgo la vida de nadie, bien por el contrario siempre colaboró con la investigación y demostró que obró de buena fe, que el sistema SISPRO-SISMED a donde se envían los reportes en cuestión tenía problemas porque rechazaba la información por error en los archivos.

En consecuencia, la Superintendencia abusando de la supuesta discrecionalidad que le da el artículo 132 de la ley citada, para fijar el monto de la sanción, no tuvo en cuenta que esa discrecionalidad está limitada por los parámetros establecidos en el artículo 134, abusando de su poder discrecional, incurriendo así en violación al artículo 29 de la Constitución Política:

1.5.1. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El delegado del Ministerio Público ante esta Corporación emitió concepto de fondo (fol. 27 a 32 C. apelación), solicitando la confirmación de la sentencia apelada. Consideró que, si la administración, en este caso la SIC, manifestó circunstancias a tener en cuenta para la tasación de la multa, no era suficiente el enunciarlas sino que las mismas debían ser explicadas a la luz

⁵ Folio 23 a 26 Cuaderno de Apelación.

del Art. 134 de la ley 1437 de 2011, ya que, en desarrollo del debido proceso, estas consideraciones evidenciadas en las resoluciones son los elementos a controvertir por parte de la sociedad sancionada, quien bajo el amparo de su derecho a la defensa, podría solicitar su modificación o su revocación, situación que hizo pero no de manera plena ya que no contaba con todas las piezas necesarias para desplegar adecuadamente su contradicción, debido al escaso análisis que la entidad de control, supervisión y vigilancia plasmó en sus actos, siendo que dicha argumentación insuficiente fue la que tuvo en cuenta la entidad pública para graduar la pena.

Finalmente expuso, que si la falta cometida por la sociedad GLOBAL PHARMACEUTICA S.A. fue el traslado fuera de término al SISMED de la información sobre precios de compra y venta de medicamentos, ese hecho no reviste la gravedad que afirma la SIC, pues, no se demostró por parte de esta que dicha negligencia afectó algún procedimiento de control o que hizo fracasar alguna política pública o disminuyó su efectividad. Así mismo, al referirse al mercado relevante como elemento a considerar para imponer la pena, no aportó cifras para probar cuanto de ese comercio le compete a la accionante y su poder de dominio en él o de algún medicamento de especial importancia que suministra.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta la reconstrucción de los antecedentes y los planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico, *¿existió vulneración al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, durante la actuación administrativa que culminó con la sanción impuesta a la entidad demandante, y de ser cierto*

esto, si hay lugar a la dosificación de la multa en los términos del artículo 134 de la Ley 1438 de 2011?

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AI PLANTEAMIENTO JURÍDICO

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO-NORMATIVO DEL CONTROL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS

Al respecto, tenemos que la Ley 1438 de 2011 "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", tiene por objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

En ese orden, esta normativa determinó en su artículo 132, que la Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta con la facultad de imponer multas hasta por cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV) a las entidades, agentes y actores de las cadenas de producción, distribución, comercialización y otras formas de intermediación de medicamentos, dispositivos médicos o bienes del sector salud, sean personas naturales o jurídicas, cuando infrinjan el régimen aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos. Igual sanción se podrá imponer por la omisión, renuencia o inexactitud en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente.

A raíz del anterior trámite, fue creado el SISMED (Sistema de Información de Precios y Medicamentos⁶) como una herramienta que suministra los datos sobre los precios de compra y venta de medicamentos con el fin de controlar el incremento de los precios en los procesos de comercialización.

Para este país el análisis de los precios a los medicamentos se realiza tomando como base la información que es reportada por las entidades que

⁶<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/PRESENTACI%C3%93N%20SISMED.pdf>

hacen parte del flujo de la compra, la venta y el suministro de medicamentos a los diferentes actores del sistema General de seguridad social en salud (SGSSS), cada trimestre al SISMED, según lo ordenado por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos - CNPMD⁷.

Ahora, en virtud de lo expuesto, la Comisión ha expedido una serie de circulares como desarrollo del marco legal, tales como la Circular 04 de 2006, la cual ha venido siendo modificada a través del tiempo por las circulares 01 de 2007 y 01 de 2010, de las cuales se puede rescatar de su texto lo atinente al Sistema de Información y Reportes, así:

“ARTÍCULO 21. DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PRECIOS MEDICAMENTOS. De conformidad con el párrafo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993, el Sistema de Precios de Medicamentos, Sismed, tendrá como objetivo proveer la información necesaria para la regulación del mercado de medicamentos en el país, para lo cual el Ministerio de la Protección Social, realizará las acciones para:

1. Normalizar el registro, almacenamiento, flujo, transferencia y disposición de la información para la regulación del mercado de medicamentos en toda la cadena de producción y distribución.
2. Establecer los niveles de información, agregación y análisis para la toma de decisiones e investigaciones que incluyan precios, calidad y fármaco-vigilancia por evento adverso de los medicamentos.
3. Contribuir a la disminución de las asimetrías de información existentes en el sector, a través de la disposición y uso de información uniforme, integrada y de calidad.
4. Facilitar el acceso a la información no reservada sobre precios de medicamentos a los actores del Sistema General de Salud y al público en general, en armonía con las políticas del Gobierno en esta materia, y
5. Coordinar con la Comisión, la Secretaría Técnica y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo las necesidades de información para efectos de la política y labores de vigilancia y control de precios de medicamentos”.

ARTÍCULO 22. REPORTES POR PARTE DE LABORATORIOS Y MAYORISTAS. Todos los laboratorios farmacéuticos productores o importadores de medicamentos, debidamente registrados ante el Invima y todos los mayoristas de medicamentos que comercialicen dichos productos, deberán reportar dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada trimestre la siguiente información discriminada mensualmente de cada medicamento vendido a cualquier actor, a saber: a) El valor total de las ventas netas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento; b) El número total de unidades vendidas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento; c) El precio unitario más alto y el más bajo de ventas netas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento; d) El número de la factura o del contrato de menor y mayor precio .

PARÁGRAFO 1o. La información de que trata el presente artículo deberá reportarse separadamente para los canales de distribución institucional y comercial. En el evento de ser requerida dicha información, todas las

⁷ Artículo 87 ley 1438 de 2011. Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos - CNPMD. En adelante la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos de que trata el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, se denominará Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, y tendrá a su cargo la formulación y la regulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos.

facturas relacionadas con las ventas netas de medicamentos deberán estar disponibles para su revisión. Adicionalmente, los obligados a reportar bajo este artículo, deberán mantener disponibles listas de las facturas o contratos soporte de los reportes, relacionadas de manera consecutiva en folios debidamente numerados.

PARÁGRAFO 2o. Todas las personas naturales o jurídicas que compren directamente medicamentos a los laboratorios farmacéuticos productores o importadores y vendan al por mayor medicamentos, deberán reportar la información del precio de venta de los mismos, conforme a los literales de que trata el presente artículo.

ARTÍCULO 24. REPORTES POR PARTE DE LAS ENTIDADES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -SGSSS-. Sin excepción, todas las instituciones y agentes públicos o privados que hagan parte del SGSSS, que compren o vendan medicamentos, deberán reportar trimestralmente, en los plazos y condiciones establecidos en los Anexos Técnicos números 1 y 2 de la Circular 01 de 2007, modificada por la Circular 03 de 2007, la siguiente información, discriminada mensualmente en relación con cada medicamento que compren o vendan, a saber: a) El valor total de las compras y ventas durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento; b) El número total de unidades compradas y vendidas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento; c) El precio unitario más alto y el más bajo de compra y de venta, durante el periodo, de cada una de las presentaciones por medicamento; d) El número de la factura o de contrato de menor y mayor precio. PARÁGRAFO. En el evento de ser requerida la información de que trata el presente artículo, todas las facturas relacionadas con la compra de medicamentos deberán estar disponibles para su revisión. Adicionalmente, los obligados a reportar bajo este artículo, deberán mantener disponibles listas de las facturas o contratos soporte de los reportes, relacionadas de manera consecutiva en folios debidamente numerados.

ARTÍCULO 31. SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE REPORTAR. La inobservancia de las disposiciones sobre los reportes de precios de medicamentos y de precio máximo de venta, constituyen una violación de las disposiciones sobre protección al consumidor en materia de precios y su incumplimiento estará sujeto a las multas y demás sanciones administrativas señaladas en el artículo 33 del Decreto 3466 de 1982, de acuerdo con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

(..)

VIII. VIGILANCIA Y CONTROL.

ARTÍCULO 32. De conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la vigilancia y el control de la política de precios establecida en la presente circular. Para dicha labor contará con el soporte del Sistema de Precios de Medicamentos, Sismed, a cargo del Ministerio de la Protección Social.

ARTÍCULO 33. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dentro de sus facultades, podrá solicitar, a cualquier miembro de la cadena de distribución, información relevante con destino a sus labores de control y vigilancia de precios de medicamentos.

IX. REGIMEN SANCIONATORIO.

ARTÍCULO 34. REMISIÓN. Cuando en el proceso de vigilancia de precios de medicamentos o, mediante denuncia, se encuentre una violación del

régimen de precios de medicamentos, el Ministerio de la Protección Social o el de Comercio, Industria y Turismo podrán, de oficio o a solicitud de parte, remitir a la Superintendencia de Industria y Comercio, o al Alcalde competente, el caso respectivo para que inicie, de conformidad con lo establecido en el Decreto 3466 de 1982⁸ y demás normas aplicables, el respectivo proceso tendiente a la imposición de la sanción o sanciones correspondientes⁹"

A su turno señaló la Circular 01 de 2010:

ARTÍCULO 2º.- Modifíquese el artículo 24 de la Circular 04 de 2006, modificado por el artículo 1º de la Circular 02 de 2007, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 24.- REPORTES POR PARTE DE LAS ENTIDADES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –SGSSS-. Sin excepción, todas las instituciones y agentes públicos o privados que hagan parte del SGSSS, que compren o vendan medicamentos, deberán reportar trimestralmente, en los plazos y condiciones establecidos en los Anexos Técnicos Nos. 1 y 2 de la Circular 01 de 2007, modificada por la Circular 03 de 2007, la siguiente información, discriminada mensualmente en relación con cada medicamento que compren o vendan, a saber:

- A. El valor total de las compras y ventas durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento;
- B. El número total de unidades compradas y vendidas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento.
- C. El precio unitario más alto y el más bajo de compra y de venta, durante el periodo, de cada una de las presentaciones por medicamento.
- D. El número de la factura o de contrato de menor y mayor precio.

PARÁGRAFO.- En el evento de ser requerida la información de que trata el presente artículo, todas las facturas relacionadas con la compra de medicamentos deberán estar disponibles para su revisión. Adicionalmente, los obligados a reportar bajo este artículo, deberán mantener disponibles listas de las facturas o contratos soporte de los reportes, relacionadas de manera consecutiva en folios debidamente numerados."

El anexo técnico 2, de la Circular No. 01 de 2007¹⁰, dispone el plazo para el envío de los archivos por vía electrónica de los obligados a reportar al SISMED, y realizó la programación de acuerdo con el último dígito del número de identificación.

Ahora bien, es de aclarar que pese a que las mentadas circulares han venido siendo objeto de modificaciones tal como se explicó anteriormente, el anexo técnico No. 2, no ha sido modificado o derogado por alguna disposición

⁸ Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.

⁹ Hasta aquí, el texto extraído de la circular 04 2006. COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS

¹⁰https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/OtraNormativa/C_CNPM_0001_2007.pdf

posterior, luego entonces, el plazo allí establecido se encuentra vigente.

Igualmente, se reitera, que la inobservancia de los lineamientos sobre los reportes de precios de los medicamentos, constituyen una violación a los derechos del consumidor y su incumplimiento será objeto de sanciones administrativas (artículo 31 circular 04 de 2006).

II. DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO EN GENERAL Y SU APLICABILIDAD AL CASO CONCRETO

La Constitución Política en su artículo 29 consagra el debido proceso como derecho de carácter fundamental, el cual en su sentido más amplio, se *"descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia"*¹¹.

Derecho fundamental y garantías que no solo se predicán en procesos de carácter punitivo, sino que obedece a toda actuación judicial o administrativa¹². Al efecto, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo del 2010, hace un estudio completo del derecho al debido proceso en actuaciones administrativas, donde establece las diferentes características que se suscitan en la adecuación de dicha garantía en los parámetros del derecho administrativo, encontrándose al respecto:

"El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas..."

"La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas..."

"En definitiva, el derecho al debido proceso rige con carácter obligatorio en las actuaciones judiciales y administrativas, como un bloque de principios y reglas aplicables por los jueces y las autoridades públicas en la relación procesal con el propósito de obtener una sentencia justa y acorde con el derecho material y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos,

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2011. M.P Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² La Corte Constitucional en sentencia C- 616 de 2012, señaló: "La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una función preventiva, se protege "el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente", mientras que con la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones"

en todas aquellas actuaciones tendientes a producir la constitución, modificación o extinción de un derecho o una obligación o la imposición de una sanción que puedan afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio.”

“En síntesis, el debido proceso elevado en nuestro ordenamiento jurídico a la categoría de derecho constitucional fundamental, en sus manifestaciones de principio de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia -entre otros-, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa que, a su vez, obliga a los funcionarios judiciales y a las autoridades administrativas a respetarlos y asegurar su plena vigencia en la solución de cualquier conflicto o asunto judicial o administrativo.”¹³

De allí que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha indicado que:

“consiste en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad. (...) La aplicación del derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas constituye un desarrollo del fundamento filosófico del Estado de derecho (Sentencias T - 120 de 1993, T - 1739 de 2000 y T - 165 de 2001). Por virtud de ello, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes. (...) De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio”¹⁴.

La anterior realidad no es ajena a los procesos administrativos sancionatorios donde la Corte Constitucional ha señalado:

“El principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública. De esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones, dentro de los claros límites constitucionales. En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración: (i) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial, (iii) se encuentra sujeta al control judicial, y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.”¹⁵

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación interna 18394. C.P Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 26 de agosto de 2010. Expediente 25000 - 23 - 15 - 000 - 2010 - 01570 - 01(AC). C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵Ver sentencia C-506 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por tal razón, con el fin de garantizar el derecho de defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, todas las garantías esenciales que le son inherentes al debido proceso."

"De esta manera el derecho al debido proceso administrativo se vulnera por parte de las autoridades públicas, cuando estas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho de acceso a la administración de justicia."¹⁶

Es pertinente traer a colación las apreciaciones realizadas por el Consejo de Estado en sentencia de noviembre 7 de 2012, para así tener un panorama más claro sobre el derecho al debido proceso sancionatorio en las actuaciones administrativas, el cual lo diferencia de aquel proceso administrativo no sancionatorio, con el fin de equiparar los presupuestos y características del derecho penal, a las labores de la administración al momento de imponer una sanción. En dicha oportunidad se recalcó:

"Ahora bien, el debido proceso es un principio - derecho que opera como un complejo de diferentes garantías sustanciales y procedimentales indispensables para obtener una decisión justa y ceñida a los parámetros constitucionales y legales.

El término debido proceso tiene su antecedente histórico en el artículo 39 de la Carta Magna de 1215, en donde se consagró que: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino."

Con posterioridad, en el año de 1764 sale a la luz el texto que ha sido considerado como el pilar fundamental para la concepción del debido proceso y todas las garantías que lo integran; "De los delitos y de las penas" ha sido considerado el fundamento principal de las declaraciones universales, sectoriales o nacionales de derechos humanos, así como de las modernas constituciones políticas que se enmarcan dentro del neoconstitucionalismo o constitucionalismo dúctil, con empleo de los términos del profesor Gustavo Zagrebelsky.

El derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, tiene dos expresiones desde el derecho administrativo, que vale la pena destacar: i) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo no sancionador y ii) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo sancionador.

En el primero de ellos, existen algunas expresiones del debido proceso, contenidas en el referido artículo 29, que revisten matices en su aplicación, como por ejemplo los principios de tipicidad (v.gr. en materia de protección al consumidor), culpabilidad (v.gr. escenarios en los que no es relevante el

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011. M.P Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

comportamiento del administrado para la adopción de una decisión (v.gr. barreras arancelarias o adopción de medidas fitosanitarias), la defensa técnica o necesidad de contar con abogado (v.gr. la solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación se puede adelantar por el interesado motu proprio), el principio del "juez natural", es posible que en materia administrativa se pueda modificar la competencia, por ejemplo, por una reestructuración de la entidad administrativa encargada de proferir la decisión, etc.

A contrario sensu, el derecho administrativo sancionador hace parte del ius puniendi del Estado y, por lo tanto, frente al mismo se hacen extensivas todas las garantías que integran el núcleo duro y laxo del principio al debido proceso. En efecto, los derechos penal, disciplinario, sancionador, fiscal, entre otros, integran el derecho punitivo del Estado, razón por la cual, respecto de los mismos siempre será predicable el debido proceso en toda su amplia gama (v.gr. la caducidad en un contrato estatal se impone previa verificación del incumplimiento del contratista, es decir, a la sanción la antecede una culpa de este último)."¹⁷

Por otro lado, tal como lo regula la Ley 1437 de 2011, que en su libro 1, desarrolla lo que debe entenderse por debido proceso administrativo al interior del procedimiento administrativo, y que consagra como formas de la actuación, entre otras, las iniciadas de oficio¹⁸ (artículo 4 numeral 4). Estas, son las que tienen como origen de su puesta en movimiento, la voluntad misma de la administración, la que a través de un acto administrativo de trámite, en cumplimiento de sus funciones, inicia la actuación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el actor avizora una violación al debido proceso por falta de aplicación de la norma contenida el artículo 134 de la ley 1438 de 2011, lo que refiere una violación al artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, por abuso a la discrecionalidad en la expedición de los actos administrativos demandados.

En virtud de lo expuesto, se debe precisar, que el debido proceso es un principio vinculante para todas las actuaciones administrativas sancionatorias, tal como lo encontramos consignado en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, que dicta:

"Artículo 3º. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección C. Sentencia de noviembre 7 de 2012. Radicación Interna 37046. C.P Dr. Enrique Gil Botero.

¹⁸ Sobre este tema, la doctrina nos ilustra: "Se presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa en todos aquellos eventos en que por la sola voluntad de la administración se da inicio al Procedimiento Administrativo. Esta actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le lleven al convencimiento que se hace necesario una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquier otra medida con efectos jurídicos." SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. Compendio de derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Año. 2017, pág.412 y ss.

Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, **las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley**, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”.

Al respecto ha dicho el H. Consejo de Estado¹⁹:

*Las causales de nulidad previstas en el artículo 84 C.C.A. se diseñaron a partir de los elementos del acto administrativo: la competencia, la forma y el procedimiento, el motivo y la motivación, el contenido u objeto. Entendidos desde el punto de vista negativo los elementos del acto administrativo configuran las causales de nulidad: La incompetencia del funcionario o la autoridad; la expedición irregular —que incluye la falta de motivación—, la falsa motivación, la desviación de poder y la violación de la ley que, a su vez, ocurre por inaplicación, indebida aplicación e interpretación errónea. Ahora bien, **la falta de aplicación de una norma ocurre ya porque el funcionario (o la autoridad) ignora su existencia o porque, aunque conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, no la aplica para proferir el acto administrativo.** También sucede esa forma de violación cuando la administración acepta la existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no acepta su validez en el tiempo o en el espacio. La aplicación indebida, por su parte, se presenta cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o aplican, a pesar de no ser los pertinentes para proferir el acto administrativo. Y, finalmente, la interpretación errónea se configura cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero la administración los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica y expide el acto administrativo. Es decir, ocurre cuando el funcionario (o la autoridad) le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no le corresponde”*

Se observa entonces, que una manifestación del núcleo de observancia al debido proceso administrativo, es precisamente la aplicación del marco normativo pertinente al trámite que haya iniciado la administración, tal sea el caso del procedimiento sancionatorio, luego entonces la falta de aplicación de una norma en la resolución de un caso particular conlleva a una falta de motivación del acto administrativo y por consiguiente a una posible vulneración al debido proceso del administrativo, pues se requiere la observancia de las reglas y formas propias de cada juicio, que no es otra cosa que respetar el procedimiento fijado por el legislador, por lo que las formas procedimentales no son otras que las que regulan de forma general

¹⁹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia del 31 de mayo de 2012.

o especial el procedimiento administrativo sancionatorio para este caso en particular.

III. DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN GENERAL- DOSIFICACIÓN DE LA MULTA EN EL CASO PARTICULAR- FORMA DE DEFINIRLA.

En este punto se puede mencionar, que la doctrina ha tratado el principio de la proporcionalidad en la actuación administrativa, como un principio general derivado de la idea de la justicia material, a través del cual se busca fundamentalmente, que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas, sean realmente útiles y que ninguna acción del Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico, a su vez, éste es incorporado al derecho positivo nacional por la vía del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, que instituye como la metodología adecuada para efectos de reconducir por los ámbitos de la juridicidad las facultades discrecionales de la administración estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, de donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y por lo tanto contrario a la Constitución²⁰.

Como se expuso en líneas anteriores, el actor esgrime una violación al debido proceso, por falta de aplicabilidad de una norma, caso particular el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, lo que a su vez se traduce en una vulneración con el principio de proporcionalidad de la sanción administrativa.

Para analizar este cargo, es menester tener en cuenta que la norma sancionatoria que consagra la mencionada facultad en cabeza del ente demandado, disposición ya transcrita en la presente providencia (artículo 132 de la Ley 1438 de 2011) consagra la tipología de la sanción, no obstante los criterios para definirla, fueron determinados en el artículo 134 ss, señalando:

"Artículo 134. Dosificación de las multas. Para efectos de graduar las multas previstas en la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

134.1 El grado de culpabilidad.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Año 2017. Pág. 293 y ss.

134.2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada.

134.3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona.

134.4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

134.5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.

134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación.

134.7 La reincidencia en la conducta infractora.

134.8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos.

134.9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento”

Dentro de la tipología de las sanciones a imponer, encontramos que la Administración en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de imponer sanciones por infracciones al régimen de control de precios de medicamentos y dispositivos médicos, hasta por cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (5.000 SMLMV), y como criterios para la definición de las sanciones, la norma en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, consagra que se debe valorar la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos, el grado de colaboración del infractor con la investigación, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada y muy importante, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras ya enlistadas en la norma transcrita.

La dosificación en estos eventos, implica, que existe una necesidad de tener en cuenta los criterios legales para tasar la gravedad de la falta y las circunstancias particulares en las que ésta se cometió, máxime cuando el mismo ordenamiento jurídico plantea una norma con la cual se pretende graduar los mínimos y máximos de la sanción (dosificación de la multa-artículo 134 ley 1438 de 2011).

En un caso de control a una sanción disciplinaria, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado sostuvo, en relación con la necesidad de tener en cuenta

los criterios definidos por la ley para determinar la gravedad o levedad de la falta y dosificar la sanción, lo siguiente:

"Del material probatorio antes relacionado, la Procuraduría estableció que el disciplinado en su condición de alcalde adquirió el inmueble para construir un puesto de salud rural en la vereda de Soconzaque Occidente, que de acuerdo con la información allegada, en dicho predio se construyó un puesto de salud que resultó ser de utilidad y de beneficio para la comunidad no sólo de esa vereda sino de tres veredas más (Soconzaque Oriente, Siraquirá y Huerta Grande I) por así quedar establecido con las manifestaciones de los habitantes de las mismas a quienes se les recibió declaración, y quienes al unísono afirman que el puesto de salud se justificaba porque era una necesidad para sus habitantes, que el servicio que allí se les brinda es muy bueno, y que el valor que la administración pagó por el predio al señor MATÍAS SOSA, no es elevado.

A pesar de lo anterior, para efectos de la dosificación de la sanción, la Procuraduría inadvirtió tales circunstancias y determinó la gravedad de la falta del implicado por haber contratado con el padre de un concejal del municipio, persona inhabilitada por ley para ello, es decir, por haber realizado la conducta en su condición de alcalde, máximo director de la contratación del municipio, a quien se le exige una mayor grado de prudencia, pues la realizó con falta de observancia y cuidado en desarrollo de sus funciones, traducida en la negligencia para informarse de sus deberes.

Sobre el particular, en el acto administrativo de segunda instancia aparece que la falta que inicialmente había sido imputada a título de dolo fue variada a título de culpa con sustento en la falta de diligencia y previsión, sin intención de causar daño, sin embargo, la Sala advierte que a pesar tales consideraciones, la sanción no tuvo ninguna variación.

Lo expresado permite concluir a la Sala que los actos administrativos son nulos, según lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, entre otras razones, por infringir las normas en que debían fundarse, y haber sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

En efecto, no se observó lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995 por cuanto omitió tener en cuenta los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta y por ende la dosificación de la sanción, lo cual conllevó a la violación del derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y al principio de favorabilidad señalado en la citada Ley alegados por el actor. Basta con observar que circunstancias tales como que con la comisión de la falta no se ocasionó una perturbación del servicio público a cargo de la entidad, no se causó daño a los intereses de la misma, no se realizó con falta de consideración con los administrados, y no fue reiterada la conducta (artículo 27 numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 7 literales a), c) y d) de la Ley 200 de 1995), no se tuvieron en cuenta, es decir que la Procuraduría en los actos acusados si bien investigó tanto los hechos y circunstancias favorables como desfavorables a los intereses del disciplinado, por así evidenciarse de las pruebas recaudadas, al imponer la sanción no tuvo en cuenta los criterios atenuantes antes relacionados y por tal razón el cargo formulado está llamado a prosperar, quedando en consecuencia la Sala relevada de estudiar los demás cargos invocados²¹".

²¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

A su vez, el control a la discrecionalidad en el caso de normas que contemplan distintos rangos sancionatorios, exigen al operador la definición concreta de la conducta reprochada como forma de garantizar la proporcionalidad de la sanción.

Se puede decir entonces, que la administración goza del margen de discrecionalidad en el entendido de que, la multa puede imponerse teniendo en cuenta un margen de flexibilidad que permita graduar la sanción, esto claro está sin desconocer, que frente al principio de proporcionalidad de las sanciones, la H. Corte Constitucional ha precisado que la administración (Superintendencia Financiera de Colombia) no puede ejercer la facultad sancionatoria "de manera arbitraria o discriminatoria" sino que debe desarrollarla "**en forma razonable y proporcionada**" teniendo en cuenta que "**las sanciones deben ser proporcionadas a la gravedad de las faltas cometidas por los funcionarios de las entidades sometidas a control**"²²

Siguiendo el estudio del sub examine, podemos mencionar, que el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 tampoco se refiere al principio de la proporcionalidad de la sanción, el cual proscribe las sanciones excesivas (prohibición de exceso) frente al resultado que se pretende obtener con su utilización, lo cual también integra el debido proceso, por lo que la solución no puede ser otra que la aplicación directa de dicho principio a las actuaciones administrativas sancionatorias, cuya omisión lleva a la nulidad del acto sancionatorio²³.

Así las cosas, al señalar criterio de imposición y análisis de sanciones²⁴, como parámetros indicados en la norma sirven para determinar la gravedad de la falta y el rigor de la sanción

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1161 de 2000. Caso en el cual la Corporación analizaba la constitucionalidad de los artículos 52, 209 parcial y 211 parcial del decreto ley 663 de 1993, relacionados a su vez con la Proporcionalidad en la aplicación de sanción impuesta por el Superintendente Bancario y el control judicial de acto discrecional.

²³ LAVERDE ÁLVAREZ Juan Manuel. "Manual de Procedimiento Administrativo Sancionatorio". Año 2016. Legis Editores. Pág. 55 y ss.

²⁴ "**Artículo 50. Graduación de las sanciones.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.
3. Reincidencia en la comisión de la infracción.

IV. EL CASO CONCRETO.

Como se advierte de los antecedentes de la demanda, la parte actora busca que sean declarados nulos actos administrativos que definieron la actuación administrativa sancionatoria, iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, y como consecuencia que se modifique la sanción impuesta, a través de la Resolución 76331 de 2012, teniendo en cuenta la dosificación de la multa de que trata el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011.

Al plenario fueron allegadas las siguientes documentales²⁵

- Copia de la Resolución 76331 de 2012.
- Copia de la Resolución 5293 de 2013.
- Copia de la Resolución 38537 de 2013.
- Copia de balances simplificados de la sociedad Global Pharmaceutica. S.A.
- Copia de la Declaración de Renta año gravable 2012.
- Copia de la actuación administrativa radicado 12-181888²⁶ (folio 74 a 153).

Conforme a lo probado en el proceso, es claro que la sociedad GLOBAL PHARMACEUTICA S.A., no efectuó la remisión de los reportes de precios de medicamentos correspondiente a los últimos tres trimestres del año 2011 al Sistema de Información de Precios de medicamentos "SISMED", lo que da lugar a la sanción de que trata el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011 (folio 78 a 81).

Ahora, si bien la conducta antes descrita da lugar a la imposición de la multa en los términos del artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, también es cierto que esta norma viene sucedida del artículo 134 ibídem, que determina los criterios de dosificación de la sanción, recordemos:

4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.

5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.

6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.

7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente

8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas".

²⁵ Folio 10 a 33 C.Ppal.

²⁶ Documentales allegadas con la contestación de la demanda.

- ✓ El grado de culpabilidad.
- ✓ La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada.
- ✓ Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona.
- ✓ En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- ✓ El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.
- ✓ El grado de colaboración del infractor con la investigación.
- ✓ La reincidencia en la conducta infractora.
- ✓ La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos.
- ✓ Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento.

Lo anterior es precisamente el cargo esgrimido por la parte actora, pues se predica de ello una presunta violación al debido proceso por falta de aplicación de esta normativa en la expedición de los actos administrativos demandados, lo que a su consideración da lugar a la nulidad del acto sancionatorio por falta de motivación.

En ese orden, es claro para esta Colegiatura que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene un grado de discrecionalidad que permite imponer la sanción de uno (1) "hasta" cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no obstante esta discrecionalidad viene acompañada con los criterios de dosificación de la multa, los cuales estableció el legislativo para efectos de graduar la sanción, y que ésta no sea excesiva al momento de su imposición.

Del estudio de la Resolución No. 76331 de 2012 (acto sancionatorio demandado), se puede leer, como considerandos de la decisión "*SIC., para efectos de la fijación del monto de la sanción, se tendrá en cuenta el impacto de la inobservancia del deber del reporte por parte de la investigada en el desarrollo de la política de precios el cual se traduce, en un entorpecimiento de la labor que en ejercicio de sus facultades legales emprendió el Ministerio de la Protección Social para efectos de priorizar y proteger este sector según el parágrafo del artículo 245 de la ley 100 de 1993*" (folio 16).

Es claro entonces, que en dicho acto administrativo la Superintendencia de Industria y Comercio no hizo mención alguna de los criterios de dosificación para imponer la sanción, contenidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, sin exponer de qué forma hubo entorpecimiento en la política de precios de medicamentos y de qué forma afectó esta conducta al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La entidad accionante interpone recurso de reposición en subsidio apelación, argumentando entre otros, el hecho de no haber dado aplicabilidad al artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 (folio 119 a 123), el cual es resuelto por la Resolución 5293 de 2013, y 38537 de 2013 respectivamente, en las cuales se observa, que la administración tampoco hizo un análisis de los criterios de dosificación de la sanción, pese a ser este un argumento de los recursos interpuestos por la sociedad demandante (folio 18 a 22).

Si bien y en estos actos administrativos se argumenta la proporcionalidad de la infracción en la imposición de una multa de 160 SMLMV, lo que para la Superintendencia es una sanción proporcional a la conducta de la entidad sancionada, pues equivale a menos del 1% sobre el 100% máximo, lo cierto es que, en los actos administrativos demandados no se tuvieron en cuenta los criterios de que trata el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, como criterios jurídicos determinados que se deben observar a la hora de imponer la infracción, esto, con el fin de que no sea excesiva y afecte también el patrimonio de la entidad, pues no se tuvo en cuenta la capacidad económica de la entidad.

Para la Sala, no se encuentra demostrado el impacto de la conducta sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y mucho menos alguno de los presupuestos de la norma del renombrado artículo 134, por lo que la sanción impuesta con 160 SMLMV, es excesiva conforme los supuestos de hecho que dieron origen a la actuación administrativa sancionatoria²⁷.

Si bien el daño en esta oportunidad, se estructura desde la conducta omisiva de no informar en los plazos correspondientes, por lo que se entenderá materializado en las distintas irregularidades e incongruencias que se presenten en el cumplimiento de la obligación de suministro de información de reportes de precios de medicamentos, ello per se, no determina el impacto que genera la conducta omisiva en el manejo y desarrollo del sistema de control de precios o de regulación que compete a la Superintendencia, como presupuesto para la graduación del monto de sanción – multa a imponer,

²⁷ Al respecto, Cassagne, expone que: *"En lo que concierne a la discrecionalidad administrativa y a su control por parte de los Tribunales judiciales, hay que partir del hecho que la libertad de escoger una alternativa entre varias posibilidades igualmente justas no configura independencia, sino una actividad que se desarrolla dentro del marco del ordenamiento jurídico (y por ende limitado por los principios generales del derecho y las normas positivas que reglamentan los requisitos de los actos administrativos, entre los que corresponde ubicar al control sobre los supuestos de hecho)".* CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo II. Página 229,230. Editorial Ibáñez. Universidad Javeriana. Novena Edición. Colección internacional No. 17.

siendo por ello, necesario que se expliciten los criterios o fundamentos de la tasación, lo cual, se itera permite el control de la sanción, tanto en sede de recursos administrativos como en el control judicial, pues ello, legitima la potestad sancionatoria del Estado en cuanto al cumplimiento de su fin, mérito y conveniencia, así como criterio de validez de la tarifa a imponer, porque conlleva la necesidad exteriorizar las razones por las cuales se adopta el monto de la sanción, en la medida en que se revela al plano exterior.

En ese orden, se itera, que una manifestación del núcleo de observancia al debido proceso administrativo, es precisamente la aplicación del marco normativo al trámite que haya iniciado la administración, luego entonces la falta de aplicación de una norma en la resolución de un caso particular conlleva a una falta de motivación del acto administrativo y por consiguiente vulneración al debido proceso del administrativo, para este caso en particular, el análisis y exteriorización de los criterios de fijación de la sanción.

En este orden, para este Tribunal, el análisis del A quo, se encuentra acorde con la finalidad de la norma (artículo 132) y la conducta de la entidad infractora, la sanción en la suma de OCHENTA SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80 SMLMV) modulada por el A quo, y que equivale al 50% de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio (160 SMLMV).

Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia, atendiendo a lo señalado en el numeral 5º del artículo 365, por haber prosperado parcialmente la demanda.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 24 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo-Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDA: Sin costas de segunda instancia.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 013

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento aceptado.