



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 20245-DE 2017.

(25 ABR 2017)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 15 61222

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA EL CONTROL Y VERIFICACIÓN DE
REGLAMENTOS TÉCNICOS Y METROLOGÍA LEGAL**

En ejercicio de sus facultades legales en especial las conferidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, el Decreto 4886 de 2011

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución 56368 del 24 de agosto de 2016, impuso a la Sociedad PHARMA CID LTDA identificada con Nit. 800.108.193-0, una sanción pecuniaria por la suma de OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (86 871 204 COP), equivalente a CIENTO VEINTISIETE (126) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el incumplimiento a la Circular 07 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, al exceder los precios máximos de venta de los siguientes medicamentos:

- NOVORAPID – 300UI – 3 ml – 100,00 UI/ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Asparta 100UI y CUM 19910693-4.
- CANCIDAS – 50 mg – 10 ml – 5,00 mg/ ml – polvo reconstruir a solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Acetato de Caspofungina equivalente a Caspofungina libre Anhidra y CUM 19926495-1.
- APIDRA – 300 UI – 3ml – 100,00 UI / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Glulisina 3,49 mg equivalente a Insulina y CUM 19950479-1.
- AGASTRAT – 12,5 mg – 50 ml – 0,25 mg / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Tirofiban Clorhidrato Monohidrato equivalente a 12,5 mg de Tirofiban base y CUM 228406-1.

SEGUNDO: Que la Sociedad PHARMA CID LTDA identificada con Nit. 800.108.193-0, mediante apoderado debidamente acreditado, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, con base en los siguientes argumentos:

Indicó que desde el inicio de la investigación administrativa reconoció la falta, en cuanto a facturar un medicamento regulado por encima del valor permitido, por unas razones que fueron invencibles para la empresa, dentro de las cuales se encuentra el hecho que contrataron al señor Héctor Emilio Ramírez Ramírez quien tenía bajo su responsabilidad el recibo, despacho, control y manejo de los medicamentos que son objeto de investigación.

Por la cual se resuelve recurso de apelación

Sin embargo, el señor Ramírez indujo a la compañía a fijar los valores de facturación que se reflejaron en el cobro, actuando la sociedad bajo los principios de la buena fe y la confianza legítima. Se indicó igualmente que dicho funcionario fue despedido y denunciado penalmente.

Lo anterior permite evidenciar que la sociedad no actuó con culpa o dolo, pues nunca fue imprudente ni negligente, no cometió la infracción por su querer, sino que actuó con entera confianza que le ofreció la persona con conocimientos técnicos sobre el tema.

Adicionalmente se precisó que la sociedad recurrente no actuó como mayorista en la compra de los medicamentos, sino que requirió comprarlos a un mayorista, para cumplir con una relación contractual y que, de acuerdo a las explicaciones suministradas por el empleado responsable de la facturación, aplicó erróneamente un incremento desmedido por gastos logísticos, transporte y entrega.

En relación con la dosificación de la sanción, se indicó que si bien es cierto no se valoró la colaboración de la sociedad para la exoneración de la responsabilidad, como se aplica a los integrantes de carteles que no es el caso, se debe evaluar esta situación tanto para la tasación como para una posible exoneración. Se advirtió que la sociedad no actuó como integrante de un cartel, ni realizó actos colusivos, ni en componendas para ser infractor de las normas de regulación de precios, por lo que es viable la aplicación de los beneficios que otorga el programa de la Superintendencia por colaboración y que permite la exoneración parcial o total de las multas a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en carteles, eso aplica en garantía del principio de favorabilidad e igualdad de las personas ante la Ley.

Finalmente señaló que, tiene una cartera demasiado alta por cobrar, generando con ello que la situación financiera de la empresa resulte ser gravosa, por tal motivo, la imposición de la multa por la cifra tan elevada en la que se tasó, haría más gravosa la situación de la empresa.

TERCERO: Que mediante Resolución 16340 del 4 de abril de 2017, se resolvió el recurso de reposición interpuesto y se concedió el recurso de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, este Despacho procede a desatar el recurso de apelación, así:

De conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 81 de 1988, la política de precios podrá ejercerse bajo la modalidad de régimen de control, mediante la cual "(...) la entidad fijará mediante resolución el precio máximo, en cualquiera de sus distintos niveles, que los productores y distribuidores podrán cobrar por el bien o servicio en cuestión".

Con fundamento en el párrafo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 413 de 1994, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos en ejercicio de su función de formulación de las políticas de precios, expidió la Circular 04 de 2006 y subsiguientes, las cuales constituyen el régimen de control directo de precios.

A su vez, en los artículos 15 y siguientes del Capítulo V denominado "Régimen de Control Directo", la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos estableció los criterios necesarios para incorporar medicamentos a dicho régimen, y es así entonces como la Circular 07 de 2013 decidió incorporar el medicamento cuyo principio activo, CUM y nombre de producto se listan en el artículo 2 de la misma, con el fin de fijarles un precio máximo de venta.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la sanción impuesta se basó en el hecho de que la Sociedad PHARMA CID LTDA identificada con Nit. 800.108.193-0, incumplió con el régimen de control directo de precios de medicamentos, al evidenciarse que había vendido, en el periodo

Por la cual se resuelve recurso de apelación

comprendido entre los meses de enero a diciembre de 2014, por encima de los precios establecidos en la Circular 07 de 2013, los siguientes medicamentos:

- NOVORAPID – 300UI – 3 ml – 100,00 UI/ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Asparta 100UI y CUM 19910693-4.
- CANCIDAS – 50 mg – 10 ml – 5,00 mg/ ml – polvo reconstruir a solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Acetato de Caspofungina equivalente a Caspofungina libre Anhidra y CUM 19926495-1.
- APIDRA – 300 UI – 3ml – 100,00 UI / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Glulisina 3,49 mg equivalente a Insulina y CUM 19950479-1.
- AGASTRAT – 12,5 mg – 50 ml – 0,25 mg / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Tirofiban Clorhidrato Monohidrato equivalente a 12,5 mg de Tirofiban base y CUM 228406-1.

En este orden de ideas, este Despacho analizará el argumento expuesto por la recurrente.

Como primera medida, en relación al argumento acerca de la buena fe con la que actuó la sociedad, en razón a que el hecho de sobrepasar los precios cobrados para los medicamentos en cuestión, se generó por la conducta de una persona en particular que en su momento fue contratado para ello, pero que al percatarse de lo sucedido, la empresa decidió despedirlo y denunciarlo penalmente, se debe señalar por parte de este Despacho que ello no puede ser un eximente de responsabilidad, toda vez que la persona que ejecutó la conducta, trabajaba en aquel momento para la sociedad recurrente, y por tanto es a dicha persona jurídica a quien se le endilga la responsabilidad del incumplimiento de lo dispuesto en el régimen de control directo de medicamentos.

Lo anterior encuentra soporte en lo que han señalado tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, dentro de lo que vale la pena señalar lo indicado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1235 de 2005¹, que precisó lo siguiente:

"(...)

De esta enunciación se desprende que este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa in vigilando, culpa in eligendo– al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina, acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio– conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha expresado sobre este particular:

"quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, jurídicamente queda obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 29 de noviembre de 2005.

Por la cual se resuelve recurso de apelación

principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido."

(...)

"Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado."²

De conformidad con lo señalado, resulta claro que dentro de la presente investigación administrativa no se cuestionó la buena fe con la que haya actuado la sociedad recurrente, lo que logró demostrarse es que se no se cumplió con el régimen de control de precios de medicamentos, y el hecho de que la persona que se encontrara encargada para ello, trabajara directamente para la sociedad, hace que esta última sea la responsable de los actos u omisiones en que haya incurrido la primera; de allí que resulta clara la responsabilidad de la sociedad recurrente frente a tal hecho ocurrido.

En relación al argumento sobre el cual se sostiene que la sociedad recurrente no actuó con dolo o culpa, es importante señalar que el Consejo de Estado³ ha señalado que dentro de este tipo de investigaciones administrativas, no resultan aplicables los conceptos de derecho penal, relacionados con la intención en la comisión de la conducta, al indicar lo siguiente:

"(...) Agrega que para la valoración de la infracción y la consecuente imposición de la sanción en estos casos no se consideran aspectos propios del derecho penal, tales como los criterios de punibilidad, esto es, causales de agravación o atenuación punitiva, intensidad del dolo, la preterintención y la función de la pena."

Finalmente en lo que tiene que ver con el monto de la sanción y los criterios que se tuvieron en cuenta para fijar la misma, se debe mencionar que en la aplicación de esta se tuvieron en cuenta de manera estricta los hechos que le sirvieron de causa, y los fines de las normas que lo autorizan; así mismo, la sanción se encuentra motivada y dentro de los rangos que señala la ley, resaltando que no existe justificación alguna para que así sea una sola factura, se hayan sobrepasado los precios que se encuentran regulados por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos; ello independiente de la utilidad que la recurrente haya podido obtener por la comercialización del medicamento en cuestión.

A su vez, la proporcionalidad implica evaluar la gravedad de la conducta del infractor, comparar la tipología de sanciones junto con el supuesto de hecho de las normas que consagra, para así identificar que la sanción es la establecida por la ley, además de incluir una graduación conforme a un mínimo y un máximo y de acuerdo a la dosimetría sancionatoria consistente en que sólo la conducta más grave posible debe tener la sanción más alta y la conducta más leve debe tener la sanción más leve. En el presente caso se evidenció que, durante los meses de enero a diciembre de 2014, la recurrente excedió los precios máximos establecidos en la Circular 07 de 2013 para los siguientes medicamentos:

²Corte Suprema de Justicia, SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA, Sentencia del 16 de julio de 1985 Magistrado Ponente Dr. Horacio Montoya Gil, Expediente No.2419.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00524-01.

Por la cual se resuelve recurso de apelación

- NOVORAPID – 300UI – 3 ml – 100,00 UI/ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Asparta 100UI y CUM 19910693-4.
- CANCIDAS – 50 mg – 10 ml – 5,00 mg/ ml – polvo reconstruir a solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Acetato de Caspofungina equivalente a Caspofungina libre Anhidra y CUM 19926495-1.
- APIDRA – 300 UI – 3ml – 100,00 UI / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Insulina Glulisina 3,49 mg equivalente a Insulina y CUM 19950479-1.
- AGASTRAT – 12,5 mg – 50 ml – 0,25 mg / ml – solución / suspensión inyectable x1, con principio activo Tirofiban Clorhidrato Monohidrato equivalente a 12,5 mg de Tirofiban base y CUM 228406-1.

Igualmente, este Despacho encuentra necesario resaltar que siempre que un medicamento sea vendido por encima de los precios máximos, sin duda alguna, se afecta el Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que teniendo en cuenta que existe un presupuesto determinado, con cualquier sobrecosto que se está pagando por algún medicamento, se está dejando de cubrir otras áreas de la salud, afectando de esta manera al Sistema y a sus usuarios.

En este orden de ideas, todo porcentaje en exceso sobre los precios regulados por el Gobierno incide de manera negativa en los recursos destinados a fortalecer el sistema, ya que de acuerdo con lo señalado en los artículos 204 y 214 de la Ley 100 de 1993, la financiación del sistema de salud colombiano se hace con recursos públicos que provienen de todos los contribuyentes, de manera que cualquier desviación de los mismos deriva en una afectación de los usuarios del sistema que resultan impactados, transgrediendo el interés general.

Es importante recordar que la sanción impuesta se ubica dentro de los montos máximos establecidos en el Artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, el cual preceptúa una multa máxima aplicable de *“hasta de cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*, y en el presente caso la sanción consiste en el 2.52% de la máxima.

Por lo tanto, el Despacho frente a la conducta investigada, es decir, la vulneración de la Circular 07 de 2013 al comercializar los medicamentos en mención, excediendo los precios máximos legalmente previstos, analizó la misma de conformidad con el rango de la norma y estableció su valor, considerando la trascendencia que tiene para el país el cumplimiento de los precios de los medicamentos, específicamente para el sostenimiento del Sistema General de la Seguridad Social en Salud, además que es esencial para la protección de aquellas personas que quieren acceder a los medicamentos para mejorar su salud.

En relación al argumento según el cual se debe aplicar el programa de beneficios por colaboración, se advierte en primera instancia que dicho programa tal y como es señalado en el escrito contentivo del recurso, es una figura propia y exclusiva del régimen de protección de la competencia que se encuentra regulada en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2896 de 2010, y, por tanto, al no encontrarse la presente investigación relacionada con el régimen de protección de la competencia, la misma no resulta aplicable.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe aclarar que a pesar de que la figura de beneficios por colaboración no sea aplicable, ello no significa que al momento de tasar la sanción, no se haya tenido en cuenta todos y cada uno de los criterios de graduación que se encuentran descritos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, dentro de los cuales se encuentra aquel relacionado con el *grado de colaboración del infractor con la investigación* y sobre el cual claramente se indicó en la resolución recurrida que, se tuvo en cuenta como criterio de atenuación al observar que la sociedad

Por la cual se resuelve recurso de apelación

allegó oportunamente la información de las ventas, la facturación, los estados financieros y demás documentos solicitados a lo largo de toda la actuación administrativa.

Finalmente, es preciso señalar que además de los criterios que enunciativamente se encuentra en la norma anteriormente citada, se tuvo en cuenta la situación económica de la empresa, al analizar los estados financieros aportados a lo largo de la investigación administrativa, análisis que llevó a la imposición de la sanción recurrida, evidenciando con ello que la misma resulta ser proporcional, y no constituye una multa que llegara a ser confiscatoria.

De acuerdo a lo expuesto en la presente resolución, este Despacho procederá a confirmar la resolución recurrida.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 56368 del 24 de agosto de 2016, por las razones expuestas en la presente resolución.

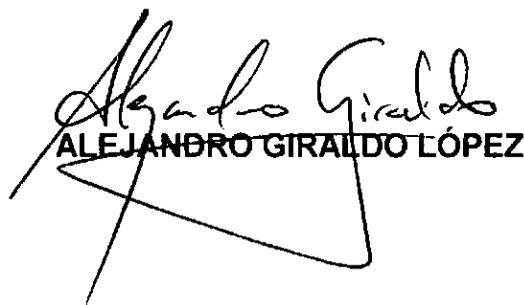
ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad PHARMA CID LTDA identificada con Nit. 800.108.193-0, entregándole copia de la misma e informándole que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

25 ABR 2017

El Superintendente Delegado para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal,


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIÓN

Nombre:	PHARMA CID LTDA
Identificación:	Nit. 800.108.193-0
Apoderado:	Julio Alfredo Puentes Vega
Identificación:	C.C. 79.233.013 y T.P. No. 129.094 del C.S.J.
Email de notificación:	alfredpuentes@hotmail.com

AGL/jjrb