



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 6 6 7 2 6 DE 2021

(14 OCT 2021)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 19 31424

**LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA EL CONTROL Y VERIFICACIÓN DE
REGLAMENTOS TÉCNICOS Y METROLOGÍA LEGAL (AD HOC)**

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 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la Dirección o el *a quo*, mediante Resolución No. 4704 del 9 de febrero de 2021, impuso una sanción pecuniaria a **MÉDICA MAGDALENA S.A.S.**, identificada con NIT. 860.502.092-2, por la suma total de TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CUATRO PESOS (\$ 3.634.104 COP) equivalente a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que representan 100,09099922882 Unidades de Valor Tributario – UVT.

Lo anterior, al haber quedado probada la omisión de la obligación de reportar ante el SISMED los precios de venta y compra de medicamentos para el primer, segundo, tercer y cuarto trimestre del año 2018 de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Circular 04 de 2006 modificado por el artículo 2 de la Circular 01 de 2010 y el Anexo Técnico No. 1 de la Circular 02 de 2011.

SEGUNDO: Que **MÉDICA MAGDALENA S.A.S.**, identificada con NIT. 860.502.092-2, a través de su representante legal el día 22 de febrero de 2021, encontrándose dentro del término, interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la resolución referida, bajo los siguientes argumentos:

“Como se ha venido indicando a través de los distintos escritos presentados, en la investigación de la referencia, Médica Magdalena S.A.S., al no tener claridad acerca del procedimiento para realizar y enviar el reporte de compra y venta de medicamentos ante la plataforma del SISMED en la modalidad de “contratación por paquete”, no realizó la actividad no por omisión, sino por el desconocimiento del manejo de la plataforma y por la falta de claridad en las fechas y en el cargue de la información.

Tal y como lo describe la resolución atacada, mi representada Médica Magdalena S.A.S., en ningún momento negó o se opuso a la responsabilidad sobre la presentación de los reportes en el periodo de 2018; contrario sensu en los descargos (oportunidad procesal para explicar lo sucedido), el suscrito alego (sic) la documentación necesaria con el fin de exponer clara y sinceramente lo sucedido.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Aunado a lo anterior, no estamos de acuerdo con la valoración de los atenuantes de responsabilidad realizada por el despacho por cuanto, es claro que nunca nos opusimos a colaborar o explicar los motivos por los cuales mi representada no presentó los reportes del año 2018.

3. Graduación de la sanción.

- *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción.*

Así mismo, teniendo en cuenta que, en la presente acción, no hubo reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes de emitir el acto administrativo definitivo y dentro de la primera oportunidad de defensa, es decir con la presentación de descargos DICHO CRITERIO NO SERÁ CONSIDERADO COMO ATENUANTE AL MOMENTO DE IMPONER LA SANCIÓN RESPECTIVA...” (...)

No entiende la defensa, porque (sic) razón no se tiene en cuenta el criterio de reconocimiento de la infracción, cuando a todas luces en los descargos indicamos que la no presentación de los reportes del periodo 2018, no se hicieron por las razones expuestas sin que ello quiera indicar que nos negamos o no aceptamos la infracción.

(...)”

Aunado a todo lo antes expuesto, la recurrente solicita que al reevaluarse el monto de la sanción, también se tengan en cuenta, las situaciones derivadas del estado de emergencia nacional, esto es, los pocos pagos percibidos de los clientes con los que tiene contratos y de los entes territoriales. Así, peticiona que se modifique el monto de la sanción disminuyendo el valor de la misma.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 46929 del 6 de agosto de 2021, se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar en su integridad la decisión impugnada. Entretanto, se concedió el recurso de apelación.

CUARTO: Que con fundamento en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a desatar el recurso de apelación interpuesto, así:

4.1. Sobre la valoración de la circunstancia de atenuación: “Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes de emitir el acto administrativo definitivo dentro de la primera oportunidad de defensa mediante la presentación de descargos”.

En lo medular, la recurrente manifestó no entender las razones por las cuales, la Dirección no tuvo en cuenta como criterio de atenuación, el reconocimiento de la infracción. Ello por cuanto, en su sentir, desde los descargos indicó que, “*la no presentación de los reportes del periodo 2018, no se hicieron por las razones expuestas sin que ello quiera indicar que nos negamos o no aceptamos la infracción*”. Así, reclama la valoración de este aspecto en su favor.

Al respecto, es importante precisar que, para que esta circunstancia pueda evaluarse como un criterio atenuante de la responsabilidad en los términos previstos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, modificado por el artículo 5 de la Ley 1949 de 2019, se requiere que el reconocimiento o aceptación sea expreso. Sin embargo, de la lectura del escrito de descargos radicado por la entonces investigada, no se desprende tal escenario.

En los argumentos expuestos en el escrito presentado el día 14 de junio de 2019¹, la sociedad sancionada manifestó que, al prestar sus servicios en la modalidad de “paquete”, donde ya se incluían los medicamentos y el precio final que pagan las EPS, no le resultaba claro el procedimiento para enviar el reporte de precios de compra y venta de medicamentos.

¹ Véase el consecutivo 7 del Sistema de Trámites.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

“Tal y como se manifestó anteriormente, Médica Magdalena S.A.S., al no tener claridad acerca del procedimiento para realizar y enviar el reporte de compra y venta de medicamentos ante la plataforma del SISMED en la modalidad de “contratos por paquete”; no realizó tal actividad no por omisión, sino por el desconocimiento del manejo de la (sic) incluso para el personal del ministerio de salud”.

De ello se desprende que, la apelante aun cuando reconoce no haber realizado los reportes, a región seguido justifica la conducta infractora, invocando el desconocimiento del procedimiento al prestar los servicios a través de “contratos por paquete”.

Se trata de un escenario que en modo alguno, puede considerarse como aceptación expresa de la infracción administrativa, ya que a todas luces es un argumento de defensa con el cual pretendía justificar el incumplimiento para no ser sujeto de sanción.

Es importante aclararle a la impugnante que la circunstancia de atenuación de la responsabilidad contenida en el artículo 134 ídem, está encaminada a un reconocimiento expreso de la infracción en la primera oportunidad en que puede hacerlo la parte investigada (los descargos). Esta disposición tiene el propósito de que tal acción, le suponga verdaderamente al procedimiento administrativo adelantado, un beneficio en términos de eficacia y economía procesal.

Al argumentar que las transacciones comerciales de los medicamentos se daban en el marco de la prestación de servicios por “paquete”, y la existencia de una suerte de desconocimiento en la aplicación de la normatividad para estos eventos, la Entidad de Control tuvo que analizar la petición, tanto probatoriamente como en desarrollo del deber de motivación para demostrar a la investigada que no le asistía la razón, y a su vez garantizarle el derecho a la defensa y contradicción, decretando incluso una prueba de oficio para consultar a la Secretaria Técnica de la Comisión sobre el particular. La aceptación o reconocimiento expreso de la infracción no le reclama a la Entidad zanjar la discusión.

Así las cosas, lo alegado por la apelante no supone un reconocimiento o aceptación expreso, y por tanto, no se trata de una circunstancia para ser valorada como un atenuante. De modo que no hay lugar a reconsiderar el planteamiento de la Dirección contenido en la Resolución No. 4704 del 9 de febrero de 2021.

4.2. Consideraciones en torno al monto de la sanción:

Aunado a lo anterior, la apelante solicitó que se disminuyera el monto de la sanción que le fue impuesta, teniendo en cuenta en esta instancia, las afectaciones sufridas con ocasión del estado de emergencia sanitaria decretada, particularmente, refirió los pocos pagos percibidos de los clientes con los que tiene contratos y de los entes territoriales.

Al respecto, es importante advertir de entrada que la potestad sancionadora se encuentra delimitada, entre otras formas, con la aplicación de los principios de legalidad y proporcionalidad. En cuanto a este último mandato de optimización, aplicado al momento de la graduación de la sanción, en términos generales se establece que el operador administrativo debe *“guardar una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta”*

En este sentido, se debe manifestar que de acuerdo con el régimen de control de precios de medicamentos, consagrado en la Circular 4 de 2006, y sus Circulares modificatorias de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, el reporte de precios de medicamentos al SISMED es un deber de los agentes económicos que pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud. Su objeto no es otro que el de permitir la formulación de las políticas de regulación de los precios de los medicamentos en el país por parte de la Comisión, de ahí la importancia de la obtención de los datos de todos aquellos obligados a presentar la información de su comercialización dentro del mercado al Ministerio de Salud y Protección Social, oportunamente.

La omisión del envío de los reportes en los plazos señalados, se traduce en el entorpecimiento de la labor propia de creación de criterios generales para regular precios de productos que inciden en la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

salud y la vida de los ciudadanos, pero que también debe estar fundada en el respeto y promoción de los principios de libre competencia, el desarrollo de la libre iniciativa privada y la protección de los consumidores.

Revisado el acto recurrido se observa que la medida sancionatoria impuesta se determinó teniendo en cuenta los hechos investigados y la infracción administrativa que quedó debidamente probada. Pero adicionalmente, habiéndose decidido la imposición de una sanción pecuniaria, se observa que el monto de la misma se graduó a partir de un ejercicio de dosimetría sancionatoria materializada en el análisis de los criterios consagrados en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, y que contaban con el debido soporte probatorio en el expediente.

Así, se observa que de una parte obraron como agravantes al momento de determinar la sanción, el criterio de culpabilidad, la trascendencia social de la falta y el impacto sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De otro lado, fueron valorados como atenuantes: la colaboración desplegada por la sancionada a la Autoridad Administrativa, y las acciones ejecutadas para reportar aún de manera extemporánea los cuatro (4) trimestres objeto de reproche, entendidas como la corrección de la infracción. Finalmente, la Dirección también tuvo en cuenta aspectos tales como el tamaño de la empresa, y el patrimonio de la sociedad investigada.

Así las cosas, para la instancia que resuelve, la sanción impuesta por la omisión del envío de la información en el término previsto por el regulador, se encuentra ajustada a los parámetros legales de que trata el artículo 132 de la Ley 1438 de 2011, la cual establece en cabeza de esta Superintendencia la facultad de sancionar con una multa máxima de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por las infracciones al régimen aplicable al control de precios de medicamentos, y comoquiera que la multa fue por un total de CUATRO (4) salarios mínimos legales mensuales, dicho monto se encuentra muy por debajo del tope máximo a imponer.

Entretanto, cuando la recurrente alega que la medida impuesta no se compadece con las afectaciones económicas sufridas debido a la emergencia sanitaria decretada por la pandemia, le corresponderá probar tal circunstancia más allá de su simple decir. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“Por regla general, la carga de la prueba le corresponde a las partes, quienes deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de base para sus pretensiones. Este deber, conocido bajo el aforismo “onus probandi”, exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de pruebas que respalden suficientemente la hipótesis jurídica defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos”²

Quiere ello decir que, no basta con que la actora enuncie en su favor un argumento manifestando las dificultades por los pocos pagos de sus clientes y con ello, el impacto de la pandemia en la estabilidad financiera, si lo alegado no viene acompañado de elementos materiales probatorios idóneos que den cuenta de ello.

Así las cosas, para el Despacho el monto de la multa impuesta es proporcionado a la gravedad de la falta, y responde a la finalidad disuasoria y no confiscatoria de la sanción. Por tanto, sin que existan elementos de juicio nuevos que permitan variar el sentido de la decisión inicial, no se accederá a la petición de reducir el valor de la misma.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de 2016.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

RESUELVE

ARTÍCULO 1: Confirmar en su integridad la Resolución No. 4704 del 9 de febrero de 2021, por las razones expuestas en el presente proveído.

ARTÍCULO 2: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a **MÉDICA MAGDALENA S.A.S.**, identificada con NIT. 860.502.092-2, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 14 OCT 2021

La Superintendente Delegada para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal (Ad Hoc),



MARÍA CAROLINA CORCIONE MORALES

NOTIFICACIÓN

Nombre:	MÉDICA MAGDALENA S.A.S.
Identificación:	NIT. 860.502.092-2
Representante Legal:	Luis José Andrade Pava
Identificación:	C.C. 79.162.809 de Ubaté
Dirección (1) ³ :	direccionadministrativa@clinicamagdalenacom calidad@clinicamagdalenacom
Dirección (2) ⁴ :	luisjoandrade@hotmail.com
Dirección (3) ⁵ :	Calle 39 No. 14 – 34 Bogotá D.C.

³ Información de notificación judicial suministrada por el Representante Legal en el escrito de recursos que obra en el consecutivo 30 del Sistema de Trámites de la Entidad

⁴ Correo para notificación por medios electrónicos, según autorización que reposa en el consecutivo 0 del radicado No. 21-319111

⁵ Información de notificación judicial suministrada por el Representante Legal en el escrito de recursos que obra en el consecutivo 30 del Sistema de Trámites de la Entidad