



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciséis (2016).**

**REF: Expediente núm. 2015-00265-00.**  
**Medio de control: Nulidad.**  
**Actora: AUDIFARMA S.A.**

Procede el Despacho a resolver la solicitud de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de la Circular núm. 001 de 30 de diciembre de 2011, "***Por la cual se modifica parcialmente la Circular núm. 04 de 2006 y se dictan otras disposiciones***", expedida por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos.

**I-. ANTECEDENTES**

**La demanda.**



La sociedad **AUDIFARMA S.A.**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del C.P.A.C.A., presenta demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la Circular núm. 001 de 30 de diciembre de 2011, "**Por la cual se modifica parcialmente la Circular núm. 04 de 2006 y se dictan otras disposiciones**", expedida por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, en adelante, CNPMD.

## **II-. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.**

La actora solicita la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, por violación de los artículos 7º de la Ley 1340 de 2009; 137 del C.P.A.C.A. y 334 de la Constitución Política, para lo cual se remite a los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda, que se sintetizan a continuación:



1- Afirma que la Circular núm. 001 de 30 de diciembre de 2011 fue expedida de manera irregular, por cuanto no cumplió con el requisito establecido en el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, conocido como el principio de abogacía de la competencia y que se refiere al Concepto que debe expedir la Superintendencia de Industria y Comercio en los proyectos de regulación estatal que tengan incidencia sobre la libre competencia.

Explica que la Circular en cuestión amplía el régimen de control directo de precios (artículo 1º) en relación con la normatividad previa existente, a la vez que introduce nuevos medicamentos (anexo 1 de la Circular) en dicho régimen para fijar su precio máximo de venta, lo que sin duda representa una intervención estatal en un sector de la economía cuya incidencia en el mercado debió ser objeto de pronunciamiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.



2- Sostiene que el acto acusado incurrió en falsa motivación al señalar como fundamento una norma *infralegal* de la cual no se pueden derivar funciones para un organismo del orden nacional como lo es la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos.

Que, en efecto, si bien es cierto que el Decreto 413 de 1994 atribuye unas funciones a la CNPMD, no lo es menos que se trata de un Decreto reglamentario y, por tanto, no puede tenerse como soporte legal para la asignación de funciones o competencias a un “ente” de creación legal.

3- Por último, señala que la Circular núm. 001 de 2011 de la CNPMD fue expedida sin competencia, en razón a que la limitación de libertades económicas solo puede efectuarla el legislador, en los términos del artículo 333 Superior<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si bien la demandante invoca el artículo 334, transcribe y desarrolla el concepto de violación del artículo 333.



Que en este caso, la intervención en la fijación de precios de medicamentos y dispositivos supone una clara intervención en la libertad económica, que de ninguna manera podía efectuarse mediante un acto administrativo.

### **III.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.**

En virtud de la notificación ordenada en proveído de 18 de junio de 2015, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se opuso a la solicitud de la medida cautelar y manifestó:

La Circular núm. 001 de 30 de diciembre de 2011 no requería el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2897 de 2010, *"Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009"*, las Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación son los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los



establecimientos públicos del orden nacional. Por lo tanto, la CNPMD, en su carácter de órgano intersectorial, no estaba obligada a solicitar el concepto de abogacía de la competencia.

La función de regular los precios de los medicamentos no fue atribuida a la CNPMD por el Decreto 413 de 1994, como lo alega la actora, sino que el marco legal de sus atribuciones se remonta a la Ley 81 de 1988, que asignó esta función al Ministerio de Desarrollo Económico y que posteriormente fue reasignada a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos, a través de las Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011.

La intervención en los precios de los medicamentos efectuada por la CNPMD no contraviene la reserva legal, comoquiera que dicha intervención se deriva directamente de la ley.

Por último, agrega que en el *sub lite* no se dan los presupuestos sobre los cuales se edifican las medidas cautelares y que se refieren al



peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho, por lo que corresponde denegar la solicitud elevada por la parte actora.

#### **IV.-CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

##### ***Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.***

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso<sup>2</sup>.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren "necesarias para proteger y

---

<sup>2</sup> Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.



garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.<sup>3</sup>

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a

---

<sup>3</sup> Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”



satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.<sup>4</sup>

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma "*podrá decretar las que considere necesarias*"<sup>5</sup>. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo "*regulado*" en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar "*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso*

---

<sup>4</sup> Artículo 230 del C.P.A.C.A.

<sup>5</sup> Artículo 229 del C.P.A.C.A.



*para el interés público negar la medida cautelar que concederla”*  
(Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris** y **periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**.<sup>6</sup> (Negrillas fuera del texto).*

---

<sup>6</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.



También la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

*"Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.<sup>7</sup>(Negrillas no son del texto).*

---

<sup>7</sup> Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: "(...) *Se ha sostenido en anteriores ocasiones:*  
(...)

*Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'*



Así pues, conforme a la Jurisprudencia de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

***La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.***

---

*En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:*

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’*



En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo<sup>8</sup> se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos,*

---

<sup>8</sup> El artículo 230 del C.P.A.C.A. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, *“una o varias de las siguientes”* cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta *“vulnerante o amenazante”*, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).



*en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”.*<sup>9</sup>

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la **manifiesta infracción de la norma invocada**, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial** de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>10</sup> Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “*Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención*”



Acerca de la manera en la que el Juez aborda este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.” (Resaltado fuera del texto).*

---

*del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.” (Resaltado es del texto).*



Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de *“mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto”*.<sup>11</sup>

### ***Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.***

---

<sup>11</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: *“Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[L]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.*

*La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.*(Negrillas fuera del texto).



A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*. Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado<sup>12</sup>.

Dice así el citado artículo:

***“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las***

---

<sup>12</sup> Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.



***pruebas allegadas con la solicitud.*** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

*En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
  - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
  - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (Negrillas fuera del texto).*

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores



invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

***El caso concreto.***

El contenido del acto acusado es del siguiente tenor:

**“COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y  
DISPOSITIVOS MÉDICOS**

**CIRCULAR Núm. 001 DE 2011.**

PARA: LABORATORIOS FARMACEUTICOS PRODUCTORES. IMPORTADORES. MAYORISTAS. EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD CON SERVICIOS HOSPITALARIOS Y/O QUIRURGICOS. CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR. DIRECCIONES TERRITORIALES DE SALUD.

DE: COMISIÓN NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS

FECHA: 30 de diciembre de 2011.

REFERENCIA: Por la cual se modifica parcialmente la Circular 04 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

En uso de las facultades establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, el artículo 87 de la Ley 1438 de 2011 y el Decreto 413 de 1994, la **Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos,**



## **DECIDE:**

**ARTÍCULO 1º. RÉGIMEN DE CONTROL DIRECTO.** Adiciónase al párrafo del artículo 15 de la Circular 04 de 2006 el siguiente literal c): "Los medicamentos que no cumplan los requisitos de los literales a) y b) cuando considere que estos requieran control urgente en razón de su impacto sobre la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud."

**ARTICULO 2º. INCORPORACIÓN DE MEDICAMENTOS AL RÉGIMEN DE CONTROL DIRECTO.** Se incorporan al régimen de control directo los medicamentos con menos de tres oferentes que estando regulados por las Resolución 4316 de 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social hayan sido incorporados al Plan Obligatorio de Beneficios en virtud del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, los cuales se listan en el Anexo 1 de esta circular.

**PARÁGRAFO** Durante el primer trimestre del 2012, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos vigilará el comportamiento de los precios de los demás medicamentos incorporados al POS y regulados por la Resolución 4316 de 2011. Aquellos que registraren precios superiores a los valores máximos de recobro establecidos en la Resolución 4316 de 2011, serán incorporados al régimen de control directo.

**ARTICULO 3º. PRECIO MÁXIMO DE VENTA AL PÚBLICO.** Para efectos del artículo 2 de la presente Circular, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos fijará el precio máximo de venta al público, aplicando la metodología definida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público Salud y Protección Social en el Decreto 4474 de 2010.

**ARTÍCULO 4º.- RECURSO LEGAL:** Contra los precios máximos de venta al público establecidos en virtud del artículo 2 de la presente, procederá el recurso de reposición ante la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos a solicitud debidamente documentada de los oferentes del producto en cuestión,



por variaciones de costos de producción y/o comercialización. El correspondiente recurso deberá radicarse ante la Secretaria Técnica de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos.”

### ***EL control de legalidad de las Circulares.***

Lo primero que destaca la Sala es que el acto demandado corresponde a una Circular cuyo enjuiciamiento es procedente, según lo determinó la Sala en providencia de 13 de noviembre de 2014 (Expediente núm. 2012-00533-01, Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al determinar que:

***“(...) entiende la Sala que toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.***

*En criterio de la Sala, esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la Jurisdicción Contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración, ya no **controlables** solo en tanto que actos administrativos, sino **en cuanto manifestaciones de la función administrativa**. El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear,*

*modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6º, 121, 122 y 123 Ibídem) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a veces del artículo 103 del C.P.A.C.A. sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también –y especialmente- a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad.” (Las negrillas son del texto).*

En la sentencia transcrita, la Sala rectificó la Jurisprudencia en torno al control judicial de las Circulares, en tanto corresponden a *“manifestaciones de la función administrativa”* que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (*command and control*) o Derecho Duro (*hard law*), pero que obligan a tomar en consideración el contexto en el que en la actualidad opera la Administración<sup>13</sup>, a fin de preservar el orden jurídico.

---

<sup>13</sup> Sobre este aspecto, puntualizó la Sala: “Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto



## ***La Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos.***

La Ley 81 de 1988, “*Por la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus dependencias, se deroga el Decreto legislativo número 0177 de 1º de febrero de 1956, se dictan normas relativas a los contratos de fabricación y ensamble de vehículos automotores y a la política de precios y se dictan otras disposiciones*”, dispuso en el artículo 2º:

***“Artículo 2º. De las atribuciones del Ministerio de Desarrollo Económico. Corresponde al Ministerio de Desarrollo Económico ejercer las funciones que a continuación se enumeran, dentro de los lineamientos que trace el Consejo Nacional de Política Económica y Social -Conpes- y conforme a los planes y programas que se establezcan de conformidad con la Constitución y la ley:***

*(...)*

*d) Establecer la política de precios, aplicar y fijar de acuerdo con ella, por medio de resolución, los precios de los bienes y servicios sometidos a control directo, que no sean de competencia de otra u otras entidades, en los términos de lo*

---

determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA).”.

*dispuesto en el artículo 61 de la presente Ley. El ejercicio de la atribución contenida en este literal se someterá a las reglas previstas en el artículo 60 de la presente Ley". (Resaltado fuera del texto).*

En armonía con la función consagrada en el literal d) transcrito, los artículos 60 y 62 de la misma disposición indicaron:

**"Artículo 60. De la Política de Precios.** *El ejercicio de la Política de Precios a que se refiere el literal d) del artículo 2º. de la presente Ley podrá ejercerse, por parte de las entidades a que se refiere el artículo siguiente, bajo algunas de las modalidades que a continuación se consignan.*

**i) Régimen de control directo,** *en el 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;*

**ii) Régimen de libertad regulada,** *en el cual la entidad fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales los productores y distribuidores podrán determinar o modificar, los precios máximos en cualquiera de sus niveles respecto a los bienes y servicios sometidos a este régimen;*

**iii) Régimen de libertad vigilada,** *en el cual los productores y distribuidores podrán determinar libremente los precios de los bienes y servicios en cuestión, bajo la obligación de informar en forma escrita a la respectiva entidad sobre las variaciones y determinaciones de sus precios, de acuerdo con la metodología que la entidad determine. Las empresas cuyos bienes o servicios están sometidos a la política de precios que se señale en el presente artículo, tendrán derecho a exigir de la respectiva entidad que se modifique o se permita la modificación el precio en cuestión, consultando para ello el incremento de costos que se compruebe haya tenido el bien o*



*servicio en el curso de los doce (12) meses siguientes a la fecha en la cual la entidad haya ejercido la política de precios en cualquiera de sus modalidades.”*

**"Artículo 62.** *De las funciones de las entidades que desarrollan la política de precios. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, las distintas entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:*

*a) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deban ser sometidos a control directo, de acuerdo con las normas establecidas en la presente Ley;*

*b) Fijar los precios de los bienes y servicios que se someten a control directo;*

*c) Determinar la metodología y criterios a que deban someterse los bienes y servicios que se encuentren en libertad regulada o vigilada, y establecer cuáles serán dichos bienes y servicios;*

*d) Fijar, cuando lo considere conveniente, los descuentos y porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen y señalando los precios correspondientes.*

*Parágrafo. Las funciones antes señaladas se ejercerán de oficio o a solicitud de los fabricantes, productores, distribuidores, importadores, ligas de consumidores o comités cívicos de vigilancia de precios, pesas y medidas, de conformidad con el reglamento que dicte la respectiva entidad, la que podrá delegar en forma total o parcial, la facultad de fijar precios para el mercado local y las tarifas de admisión para los espectáculos públicos, en comités municipales de precios, los que estarán integrados por el alcalde municipal o distrital, según el caso, y los funcionarios y personas que señale la entidad que hace la delegación.*



*En todos los casos las entidades a que se refiere el presente artículo deberán divulgar a través de los medios de información y comunicación, las decisiones sobre control directo de precios sobre los bienes y servicios.”*

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 asignó la facultad de formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos a la *Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos*, en los siguientes términos:

**"Artículo 245.**  
(...)

**PARÁGRAFO.** *A partir de la vigencia de la presente Ley, la facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con la Ley 81 de 1987, estará en manos de la **Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos**.*

*Para tal efecto, **créase la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos** compuesta, en forma indelegable, por los Ministros de Desarrollo Económico y Salud y un delegado del Presidente de la República. **El Gobierno reglamentará el funcionamiento de esta Comisión.**"* (Resaltado fuera del texto).



El Gobierno Nacional reglamentó el funcionamiento de la Comisión a través del **Decreto 413 de 1994**<sup>14</sup> y, posteriormente, la Ley 1438 de 2011<sup>15</sup> (artículo 87), la denominó **Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD)**.

En torno a la composición y funciones de la Comisión, el Decreto 413 de 1994<sup>16</sup> precisó:

**"Artículo 1º. CONFORMACIÓN.** *Son miembros de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos con carácter indelegable, el Ministro de Desarrollo Económico, el Ministro de Salud y la doctora Cecilia María Vélez White, como delegada del Presidente de la República.*

*A las reuniones de la Comisión podrán asistir, a solicitud de la Secretaría Técnica y en calidad de invitados, representantes de otras entidades públicas y privadas."*

**"Artículo 2º. FUNCIONES.** *De conformidad con el Parágrafo Único del artículo 245 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos:*

*a) Establecer y revisar los criterios generales para la formulación de la política de regulación de precios de*

---

<sup>14</sup> Derogado por el Decreto 1071 de 2012, "Por el cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD)".

<sup>15</sup> Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>16</sup> Derogado por el Decreto 1071 de 2012, "Por el cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD)".



*medicamentos. Para ello la Comisión tendrá en cuenta, además de los criterios enunciados en los considerandos de este Decreto, lo siguiente:*

*1. Los criterios de carácter técnico y económico, que dentro de su competencia considere convenientes o necesarios el Ministerio de Desarrollo Económico.*

*2. Los criterios de carácter técnico relacionados con el sector salud, que de acuerdo con su competencia considere convenientes o necesarios el Ministerio de Salud.*

*3. Los estudios técnicos presentados a su consideración por la Secretaría Técnica.*

*b) Orientar y fijar los mecanismos a través de los cuales el Ministerio de Desarrollo Económico, hará el seguimiento y control de precios de los medicamentos;*

*c) Fijar los lineamientos generales para que el Ministerio de Salud desarrolle un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos, con especial énfasis en los medicamentos esenciales;*

*d) Darse su propio reglamento;*

*e) Las demás que le asigne la ley.”*

Precisado lo anterior, corresponde al Despacho resolver los cargos elevados por la actora, como sustento de la medida preventiva.



***De los cargos de violación que sustentan la solicitud de la medida preventiva.***

Para la actora, en síntesis, debe accederse a la medida preventiva por cuanto la Circular acusada: (i) incurrió en expedición irregular por incumplimiento del requisito establecido en el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009; (ii) adolece de falsa motivación al señalar como fundamento un Decreto Reglamentario y (iii) se expidió sin competencia, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política.

*(i) Expedición irregular por incumplimiento del requisito establecido en el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009.*

La citada disposición señala:

***"Artículo 7º. Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de***



*Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.” (Resaltado fuera de texto).*

Para resolver, observa la Sala que el mencionado artículo fue objeto de reglamentación por el Decreto 2897 de 2010. En el artículo 2º, el Decreto se refirió a las Autoridades que deben informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre *proyectos de regulación*, en los siguientes términos:

***“Artículo 2º. Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación. Para los fines a que se refiere el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional.***

*Parágrafo. No estarán sujetos al presente decreto los organismos y entidades a que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998<sup>17</sup>.” (Subraya fuera de texto).*

---

<sup>17</sup> “Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”



Y en el artículo 3º, la norma se refirió al contenido de los proyectos de regulación indicando que:

**"Artículo 3º. Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio.** *Las autoridades indicadas en el artículo 2º del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de actos administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:*

- 1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o*
- 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados."*

Ahora bien, para la Sala, de una primera lectura del artículo 7º de la Ley 1340 de 2009, que se estima infringido y del Decreto 2897 de 2010 que lo reglamentó, no surge la violación alegada como sustento



de la medida cautelar, si se tiene en cuenta que en el acto de creación de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos no se estableció que su naturaleza jurídica correspondiera a una de las entidades a las que se refiere el artículo 2º del aludido Decreto 2897 de 2010 y que están obligadas a informar a la SIC sobre los proyectos que afecten la libre competencia.

Por este motivo, se denegará la medida cautelar, en lo concerniente a la violación del artículo 7º de la Ley 1340 de 2009.

(ii) Falsa motivación al señalar como fundamento una norma *infralegal*.

Destaca la actora que las normas invocadas en la Circular demandada y, en especial, el Decreto Reglamentario 413 de 1994, no atribuyen a la CNPMD la facultad plasmada en el acto acusado.



Del recuento normativo efectuado en la presente providencia, es dable destacar que la formulación de políticas de regulación de precios de medicamentos fue atribuida a la CNPMD por mandato expreso de las Leyes 81 de 1988 y 100 de 1993. Por tanto, no le asiste razón a la parte actora al señalar que el acto acusado adolece de falsa motivación al invocar como soporte para su expedición un Decreto Reglamentario, pues lo cierto es que tanto la Circular núm. 001 de 30 de diciembre de 2011 demandada, como la Circular núm. 004 de 1º de septiembre de 2006 modificada por aquella, se fundamentaron en las Leyes 81 de 1988 y 100 de 1993, que asignaron a la Comisión la aludida facultad.

*(iii) Falta de competencia, por cuanto de conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política, la limitación de libertades económicas solo puede efectuarla el legislador.*

Argumenta la demandante que la intervención en materia de precios de medicamentos y dispositivos médicos es una limitante a las



libertades económicas, que si bien guarda relación con el bien común y el interés social, en los términos del artículo 333 de la Constitución Política, no cumple con el segundo de los requisitos a que alude la disposición constitucional para la intervención estatal, esto es, que provenga de la ley.

El artículo 333 de la Constitución Política preceptúa:

***"Artículo 333.*** *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."*



Según la Norma Superior, corresponde a la ley establecer las condiciones en las cuales la libertad económica y la iniciativa privada pueden verse sometidas a la exigencia de previas autorizaciones, licencias o permisos.

Para el Despacho, la aludida norma no ha sido desconocida por la Circular acusada, comoquiera que a través de la misma la CNPMD desarrolló las modalidades de la política de regulación de precios de medicamentos, que habían sido establecidas por la Ley 81 de 1988, específicamente el régimen de control directo de precios y fijó el precio máximo de venta al público, circunstancia que no constituye una *autorización, licencia o permiso* y aún cuando ello fuere así, se reitera que la CNPMD cuenta con la autorización legal para el control de precios de los medicamentos.

En este orden de ideas, para la Sala Unitaria no se reúnen los requisitos señalados por la Ley y la Jurisprudencia para el decreto de



la medida cautelar solicitada, por lo cual la denegará, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,**

**R E S U E L V E:**

**Primero: DENIÉGASE** la medida cautelar solicitada por la demandante.

**Segundo:** Tiénese a la doctora **LUZ MARINA RINCÓN GÓMEZ** como apoderada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de conformidad con el poder y demás documentos visibles a folios 26 a 32 del cuaderno de la medida cautelar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.**  
**Consejera.**