

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **DOCTOR GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D. C., seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Rad. núm.: 110010324000 2005 01289 01

**ACTOR: ALVARO ANTONIO VELASQUEZ CABALLERO -
FARMASALUD**

La Sala decide sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “B”, el 11 de agosto de 2011, en la cual se dispuso: i) declarar no probadas las excepciones propuestas; ii) declarar la nulidad de las Resoluciones 2004023956 de 27 de diciembre de 2004 y 2005008944 de 20 de mayo de 2005, por medio de las cuales se impuso una sanción, iii) ordenar el restablecimiento del derecho y iv) negar las demás pretensiones.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984 aplicable al presente proceso) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., el señor **ÁLVARO VELÁSQUEZ CABALLERO**, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado **FARMASALUD**, solicitó se hagan las siguientes:

2.2. Declaraciones y condenas.

PRIMERA: Que es nulo el acto administrativo complejo conformado por las resoluciones No. 2004023956 del 27 de diciembre de 2004 en lo que hace referencia a los artículos sexto y doce de la parte resolutive y No. 2005008944 del 20 de mayo de 2005, en los artículos segundo y quinto en la parte resolutive respectivamente. Proferidas por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA, adscrito al Ministerio de Salud.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene al INVIMA:

1. Abstenerse de ejecutar los actos administrativos demandados en lo referente a ALVARO ANTONIO VELÁSQUEZ CABALLERO.
2. Borrar de los archivos de la entidad la anotación que de la sanción establecida en las resoluciones demandadas se haya realizado.
3. Pagar a los actores o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material, los cuales se estiman de la siguiente manera:
 - A. Daño Emergente \$1.366.639.767
 - B. Lucro cesante \$2.175.618.017Total perjuicios materiales: \$3.542.257.784
4. Pagar al actor o a quien represente legalmente sus derechos los perjuicios de orden moral en cuantía equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales.
5. Las anteriores sumas que deberán ser indexadas en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

TERCERA: Que se condene en costas a la demandada.

CUARTA: La autoridad administrativa DEMANDADA dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

1.3. Los hechos y omisiones que sirven de fundamento a la acción:

1.- El INVIMA mediante la Resolución No. 2004023956 de 27 de diciembre de 2004, sancionó al establecimiento comercial FARMASALUD de propiedad del señor ALVARO VELÁSQUEZ CABALLERO con multa equivalente a diez mil salarios mínimos diarios legales vigentes, (10.000 SMDLV).

2.- Esta decisión fue recurrida y el recurso se desató ordenando disminuir el monto de la multa a 9.500 SMDLV en Resolución No. 2005008944 de 20 de mayo de 2005.

3.- La sanción se originó en las visitas practicadas en las instalaciones de FARMASALUD y en el decomiso de productos farmacéuticos, en las sedes de Cali, Medellín, Barranquilla y Bogotá, entre los días 2 de abril de 2001 y 27 de diciembre de 2001, día en que se realizó la última visita en aplicación de la medida sanitaria ordenada por resolución No. 2001279822 de 18 de abril de 2001.

4.- Señala como fundamento de hecho las presuntas irregularidades que se presentaron en desarrollo de la actuación administrativa que en su criterio afectaron los derechos y garantías de FARMASALUD: i) No fue suficiente la motivación relacionada con la imposición de la sanción ni en la cuantificación de la multa impuesta al actor; ii) El INVIMA omitió referirse a la situación de los productos congelados o decomisados y definió un procedimiento “CITRA PETITA”; iii) Incurrió en falsa motivación puesto que se sanciona con fundamento en el incumplimiento de los artículos 72 y 74 del Decreto 677 de 1995, cuando en realidad las etiquetas encontradas correspondían a las aprobadas por el INVIMA, y ellas se ajustaban a tales disposiciones iv) Existen incongruencias entre el auto de formulación de cargos, las normas que se invocan como violadas y las referidas al momento de proferir la decisión sancionatoria v) Dentro del proceso sancionatorio el INVIMA dispuso prohibir la comercialización en el territorio colombiano de los medicamentos provenientes de la India de los laboratorios

VYSALI PHARMACEUTICALS LIMITED y CAPLIN POINT LABORATORIES LIMITED hasta tanto se ajustaran a la normatividad vigente.

5.- FARMASALUD solicitó al INVIMA el permiso o visto bueno para comercializar los medicamentos nacionales y otros importados y nacionalizados con posterioridad a la Resolución de decomiso por estar cobijados por la orden genérica e indiscriminada de prohibición de comercialización, sin embargo el INVIMA no atendió el requerimiento, razón por la cual se perdió la mercancía.

6.- El INVIMA incurrió en falsa motivación con la imposición de la sanción al considerar que el rotulado de algunos medicamentos no expresaban el nombre del importador, cuando todos los productos cumplían con los términos de la licencia e indicaban en su rótulo el nombre del importador: FARMASALUD.

7.- El INVIMA motivó su decisión en una prueba pericial consistente en un análisis de laboratorio, del cual no se dio traslado pero si se valoró.

8.- El INVIMA no corrió traslado para alegar previamente al fallo.

9.- El INVIMA causó perjuicios al actor al condenarlo en los medios de comunicación antes de decidir el asunto; emitió conceptos de culpabilidad y dolo en el momento de ejecución de las medidas provisionales de congelamiento y decomiso, lo que debía ser objeto de la decisión tres años después; negó la práctica de pruebas de vital importancia para la defensa y rechazó pruebas aportadas por la misma, violando el debido proceso y el derecho de defensa; las

peticiones de devolución de la mercancía para adoptar los correctivos correspondientes fueron negadas, fundamento adicional que derrumba la hipótesis planteada por el INVIMA, en relación con que la supuesta violación de la norma sanitaria persistía en el tiempo.

10.- El INVIMA en oficio VCM-0601-1830-04 de 17 de mayo de 2004 de la Subdirección de medicamentos ratificó que la medida sanitaria de decomiso se mantendría hasta que concluyera el proceso sancionatorio, con lo cual cerró toda posibilidad de liberar los medicamentos o corregir la supuesta infracción. Los testimonios recibidos lo fueron sin juramento previo.

1.4 Normas violadas y concepto de la violación.

El actor plantea como fundamentos de su pretensión:

1.4.1. Caducidad e incompetencia

En el presente caso las conductas sancionadas como faltas sanitarias, fueron evidenciadas en visitas practicadas al establecimiento FARMASALUD entre el mes de abril de 2001 y el 27 de diciembre de 2001 y el acto acusado se profirió el 27 de diciembre de 2004 y modificado por Resolución dictada el 20 de mayo de 2005, luego a simple vista se demuestra la falta de competencia del INVIMA para imponer una sanción al notificar el acto administrativo sancionatorio, pues el plazo venció en diciembre de 2004.

No es viable aceptar que se trata de una acción continuada pues las conductas por las cuales se sanciona a Álvaro Velásquez Caballero propietario del establecimiento FARMASALUD, son de ejecución instantánea y por lo tanto no se podía extender la vigencia de la facultad sancionatoria.

La finalidad del término de caducidad de tres (3) años de que trata el artículo 38 del C.C.A., no es otra que la facultad del Estado para imponer la sanción, término que debe contarse a partir de la fecha en que el INVIMA tuvo conocimiento de la conducta.

Así, las conductas endilgadas al actor son todas de carácter instantáneo, como lo son: - distribuir productos farmacéuticos alterados y fraudulentos contrariando el artículo 77 del Decreto 677 de 1995; - realizar actividades de acondicionamiento y almacenamiento de productos sin obtener previa autorización del INVIMA y sin dar cumplimiento a las condiciones higiénicas, técnicas sanitarias y de calidad exigidas por la normatividad sanitaria, violando lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 677 de 1995; - etiquetar medicamentos sin declarar en su rotulado el laboratorio fabricante, número de lote, número de registro sanitario y/o señalando fecha de expiración diferente a la admitida en el Registro Sanitario y/o fecha de expiración; - tener empaques, etiquetas y elementos destinados a la elaboración de medicamentos sin tener la correspondiente autorización por parte del INVIMA.

En estos términos, reitera que el término de caducidad debe contarse a partir de cada una de las visitas practicadas por el INVIMA y si la última de ellas se verificó el 27 de diciembre de 2011, la sanción debió imponerse y notificarse antes del 27 de diciembre de 2004; como la providencia sancionatoria se notificó el primero de febrero de 2005, la caducidad se había concretado y por ende, el INVIMA carecía de competencia para imponer la sanción a FARMASALUD.

Con este proceder se desconocieron las disposiciones contenidas en los artículos 29 de la C.P. y 38 del C.C.A., configurándose la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A.

1.4.2. Falta de motivación

De acuerdo con lo previsto en los artículos 35, 36 y 59 del C.C.A. y 120, 124 y 129 del Decreto 677 de 1995, los actos administrativos deben ser motivados. El INVIMA no cuenta con una facultad discrecional absoluta; se trata de una facultad reglada cuyo incumplimiento deriva en la nulidad del acto sancionatorio. El INVIMA omitió especificar el por qué decidió imponer sanción de multa así como su cuantía, a pesar de existir otras sanciones, contrariando lo previsto en los artículos 120 y 124 del decreto 677 de 1995.

1.4.3. Falsa motivación

a. Existe falsa motivación cuando el INVIMA a partir de las declaraciones de la señora LUCIA RODRIGUEZ DE CASTAÑEDA y JAQUES MARK WILTON EDSON MANE CASTAÑEDA RODRIGUEZ, concluye que existe acondicionamiento sin previa certificación por parte del señor Álvaro Antonio Velásquez Caballero, por cuanto afirman que “NUNCA SUSTITUIMOS EMPAQUES O ETIQUETAS” y además se desconoce el artículo 277 del C.P.C., cuando se otorga valor probatorio a declaraciones tomadas sin el rigor del juramento.

b.- Los actos acusados se encuentran falsamente motivados porque la sanción no se encuentra soportada en norma alguna, más aún cuando el INVIMA sanciona al señor Velásquez Caballero, por calidad del producto cuando ésta es responsabilidad del fabricante; los productos cuestionados poseían el nombre de FARMASALUD y la persona natural Álvaro Velásquez Caballero es propietario del establecimiento de comercio denominado VELASQUEZ CABALLERO ALVARO ANTONIO – FARMASALUD, con lo cual se cumple lo dispuesto en el literal a) del artículo 74 del Decreto 677/95 que establece “a) Nombre o dirección del importador o concesionario”; igualmente cuando se sanciona a Álvaro Velásquez y/o FARMASALUD por tener etiquetas y empaques sin permiso del INVIMA cuando el artículo 77 del Decreto 677 de 1995, que prohíbe tal conducta no aplica a los titulares del registro sanitario, calidad que ostenta el sancionado como se puede establecer con los diferentes registros sanitarios de laboratorios Caplin Point y Visaly Pharmaceuticals de la India, es decir que por disposición expresa de la norma está autorizado para ello; también se encuentran

falsamente motivados los actos acusados porque los productos sancionados por ausencia de los datos del fabricante ya sea en su empaque primario o secundario dependiendo de su tamaño, coinciden con la norma sanitaria; además, las etiquetas fueron previamente autorizadas por el INVIMA en cumplimiento del artículo 70 del Decreto 677 de 1995; tampoco el artículo 74 del mismo decreto contempla como requisito para los medicamentos importados colocar los datos de los fabricantes, sin embargo, al realizarse un experticia sobre los productos se puede demostrar que los mismos poseen los datos del fabricante.

c.- Si bien es cierto el procedimiento sancionatorio no contempla el traslado para alegar de conclusión, ante la ausencia de norma expresa que así lo disponga, deberá por analogía correrse el traslado para garantizar el derecho de defensa. Con este proceder el INVIMA desconoció el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

d.- El INVIMA da valor probatorio a los informes de laboratorio a pesar de que no reúnen los requisitos del artículo 237 del CPC, aplicable ante el vacío existente en el Decreto 677 de 1995 en la materia y por virtud de la remisión hecha a esta normatividad por el C.C.A. Tampoco el INVIMA aplicó el derecho de contradicción del dictamen, acorde con el artículo 238 del C.P.C., proceder con el cual las pruebas se encuentran viciadas de nulidad.

e.- El INVIMA desconoció el principio de congruencia entre la formulación de cargos y la sanción, al señalar unas normas sanitarias presuntamente violadas indicadas en el auto de iniciación del procedimiento sancionatorio, las cuales fueron variadas al momento de proferir la decisión sancionatoria, contrariando el artículo 59 del C.C.A.

f.- Finalmente señala que las pruebas negadas por el INVIMA eran conducentes y necesarias, contrario a lo afirmado por la entidad.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal de instancia resuelve el asunto sobre los siguientes pilares: 1) el objeto de la controversia; 2) las excepciones propuestas 3) los hechos probados; 4) el análisis de los cargos y 5) el restablecimiento del derecho.

Estima la parte accionante que los actos acusados desconocen las disposiciones contenidas en los artículos 29 de la Constitución Política; 35, 36, 59, 84 y 210 del C.C.A.; 119, 120, 124 y 129 del Decreto 677 de 1995; 227, 237, 238, y 403 del Código de Procedimiento Civil y 8° de la Ley 153 de 1887, por cuanto:

a.- Se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, porque cuanto las conductas objeto de la sanción fueron evidenciadas por el INVIMA en las visitas verificadas en el establecimiento FARMASALUD de propiedad del actor, entre el mes de abril de 2001 y el 27 de

diciembre de 2004, mientras que el acto sancionatorio fue dictado el 27 de diciembre de 2004 y notificado en el mes de enero de 2005.

b.- La sanción impuesta se produjo con inexistencia o deficiente motivación;

c.- Se valoraron en forma indebida las pruebas en que se fundó la sanción por infracción sanitaria;

d.- Se desconoció el debido proceso, en cuanto se pretermitió la etapa de alegatos de conclusión, que si bien no tiene norma en el procedimiento sancionatorio, debió concederse por aplicación de la Ley 153 de 1887.

e.- Se desconoció el derecho de contradicción del dictamen pericial en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

f.- Se desconoció el principio de congruencia entre los cargos y la sanción impuesta.

g.- Las pruebas negadas sí eran conducentes y pertinentes para desvirtuar los cargos endilgados.

2.- En relación con las excepciones planteadas de legalidad de los actos acusados e ineptitud sustantiva de la demanda, consideró que éstas no enervan las pretensiones, razón por la cual no tienen vocación de prosperidad.

3.- En respuesta a los cargos de nulidad, consideró:

3.1. Caducidad e incompetencia del INVIMA

Acorde con la jurisprudencia, la facultad sancionatoria de la Administración apunta a que dentro del término previsto en la ley para ejercerla la decisión no sólo se profiera sino que se encuentre debidamente ejecutoriada y se dé a conocer al administrado.

En tratándose de actos de ejecución continuada, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, el término de caducidad para imponer la sanción comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa la conducta o cuando se produce el último acto y no a partir del momento en que se inició. Igualmente ha señalado la Corporación que en los casos en que la Administración ha ordenado el decomiso sobre los elementos que son constitutivos de las conductas objeto de investigación, se debe tener en cuenta para el cómputo del término de caducidad el momento de aplicación de la medida, esto es, la expedición y notificación del acto administrativo que impone la medida, pues es el instante en el cual se adquiere conocimiento real de la comisión de la infracción y cesa la conducta continuada.

Frente al caso concreto, el Tribunal precisó que las conductas por las cuales fue investigado y sancionado el señor Álvaro Antonio Velásquez Caballero esto es, la distribución de medicamentos alterados y fraudulentos, el acondicionamiento y almacenamiento de medicamentos sin autorización del INVIMA, el etiquetamiento de medicamentos sin el lleno de los requisitos de identificación, tenencia de etiquetas y empaques sin autorización e incumplimiento de la modalidad del registro sanitario, conductas que se pueden prolongar en el tiempo dentro del desarrollo de la actividad comercial desplegada

por el actor Álvaro Velásquez Caballero, por tratarse de actividades que hacen parte del proceso de distribución y comercialización de medicamentos; sin embargo, en el presente caso, se debe tener en cuenta que dichas conductas fueron objeto de las medidas preventivas de congelamiento y decomiso, medidas que tuvieron como fin la suspensión de dichas actividades en orden a proteger a la población de hechos que atentan contra su salud y vida y que no pudieron continuar produciéndose en el tiempo.

En este sentido agrega el Tribunal que las infracciones por las cuales fue sancionado el actor, si bien por su naturaleza podían ser continuadas, no se prolongaron en el tiempo, toda vez que una vez verificadas, fueron objeto de las medidas sanitarias de congelamiento y decomiso entre los meses de abril y diciembre del año 2001, situación que condujo necesariamente a su suspensión, y por ende, impidieron que las mismas se prolongaran o extendieran en el tiempo.

En la práctica ello significó que los medicamentos objeto de las medidas de congelamiento y posterior decomiso no pudieron ser comercializadas por el demandante, ni continuar infringiendo las normas sanitarias en relación con los hechos que dieron lugar a formular los cargos y a imponer una sanción.

En estas circunstancias, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe contabilizarse desde el momento en que la administración tuvo conocimiento de la infracción sanitaria.

Como en el presente caso el INVIMA tuvo conocimiento de la infracción a partir de las visitas adelantadas a los establecimientos de FARMASALUD los días 2 y 4 de abril de 2001, fecha desde la cual contándose los tres años para la expedición, notificación y ejecutoria de la sanción caducaban el 4 de abril de 2004, la cual dista en varios meses de la fecha en que se impuso la sanción y quedó ejecutoriada la misma, lo que significa que la imposición de la sanción se profirió por fuera del término de caducidad.

Sin embargo, estima el Tribunal necesario conocer de las demás pretensiones y determinar el mérito de dichos cargos, con el objeto de establecer si de la declaratoria de nulidad de los actos acusados se deriva el restablecimiento del derecho pretendido.

Así, considera que no se desconoció el debido proceso ni el derecho de defensa del actor y la omisión para conceder el traslado para alegar obedece a que el Decreto 677 de 1995, procedimiento especial no contempla esta posibilidad. Tampoco se desconoció el derecho de contradicción del actor en relación con las pruebas técnicas recaudadas por el INVIMA, pues las mismas se realizaron en cumplimiento del deber de verificación de las infracciones en la etapa previa al inicio del proceso sancionatorio y siempre estuvieron a disposición de la parte actora, derecho que no ejerció en su momento el demandante.

Tampoco es viable el argumento de haberse desconocido el principio de congruencia por cuanto la sanción se adoptó acorde con los cargos y las pruebas allegadas al proceso.

Así las cosas, estima el Tribunal que los restantes cargos de la demanda deben ser desestimados y deja claro que la nulidad en el presente caso se deriva de una falta de competencia temporal.

En relación con el restablecimiento del derecho señala el Tribunal que en este caso corresponde al reembolso de los dineros pagados con ocasión de la sanción impuesta y la cancelación en el registro de la misma; como en el proceso no obra prueba de que el accionante haya cancelado la multa por valor de 9.500 salarios mínimos diarios legales vigentes, se ordenará al INVIMA abstenerse de realizar cualquier acto tendiente a su cobro o ejecución de la sanción impuesta mediante los actos administrativos acusados y eliminar de la base de datos el registro de la sanción.

De otra parte, al haberse precisado la necesidad del INVIMA para adoptar las medidas preventivas, el Tribunal advierte que cualquier perjuicio patrimonial que se pretenda reclamar con posterioridad a la expedición de la resolución de decomiso, o la omisión de levantamiento de dichas medidas o gastos relacionados con ellas se escapan a la órbita de este proceso y de considerarse daños antijurídicos debieron reclamarse en ejercicio de la acción de reparación directa, razón por la cual dispone negar las demás pretensiones de la demanda, incluidos los alegados perjuicios morales, por no haberse demostrado.

No hay lugar a condena en costas por cuanto no se encuentran acreditados los supuestos normativos establecidos para el efecto.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. El **Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de 11 de agosto de 2001, y como argumentos de desacuerdo con ella manifestó los siguientes:

a.- No existe caducidad de la facultad sancionatoria del INVIMA porque los actos administrativos acusados fueron proferidos y notificados mientras estuvieron vigentes las conductas investigadas y en tanto no desaparecieran los hechos que dieron origen al procedimiento sancionatorio, las conductas se prolongaron durante todo el tiempo que la situación persistió por parte de los agentes infractores, al punto que no existe evidencia que demuestre que se corrigieron las faltas sanitarias, más aún que en la mayoría de los casos no se procedió al levantamiento de las medidas de seguridad.

b.- En los procesos sancionatorios de índole sanitaria se deben examinar dos factores importantes: - el incumplimiento a la legislación sanitaria, y - el daño que cause tal incumplimiento.

c.- Las medidas de seguridad de congelamiento y decomiso fueron impuestas para evitar un daño a la salud y vida del conglomerado; su aplicación con carácter temporal no impide al investigado adoptar los correctivos correspondientes y solicitar el levantamiento de la medida, proceder que brilla por su ausencia, lo que permite inferir que la conducta permaneció en el tiempo. Así, las conductas endilgadas en la

resolución sancionatoria son de carácter permanente en tanto el momento de consumación de las mismas se configura desde el instante en que se cometen, pero se prolongan hasta que cesan sus efectos.

d.- El artículo 110 del Decreto 677 de 1996 dispone que las medidas sanitarias de seguridad se levantarán cuando se compruebe que han desaparecido las causas que la originaron.

e.- Los hechos sancionados sí existieron, se fundaron en el incumplimiento a la normatividad sanitaria y la calificación de las conductas correspondió a la adecuación de la actividad desplegada por el investigado con las prohibiciones contenidas en las normas que regulan de manera especial el régimen de vigilancia y control de los medicamentos.

f.- Los fines altruistas que pretende el actor le sean reconocidos, no son de recibo pues se sustentan en la violación de normas sanitarias que ponen en riesgo a la población, pues reitera, son conductas que permanecen en el tiempo y no finalizaron con la adopción de las medidas sanitarias.

g.- Los actos acusados se profirieron para garantizar el derecho a la vida y la salud de los consumidores y sujetos a las normas que regulan el procedimiento sancionatorio.

3.2. El actor **Álvaro Antonio Velásquez Caballero –FARMASALUD**, por medio de apoderada interpuso recurso de apelación con el objeto de que se adicione la decisión en el sentido de que se restablezca el

derecho del actor y se condene a la entidad demandada a la indemnización de perjuicios, daños materiales y morales, los cuales se encuentran debidamente probados en el proceso, particularmente con el dictamen pericial que no fue controvertido y por ende, tiene pleno valor probatorio, que se inició con la Resolución No. 2001-279822 de 18 de abril de 2001, que ordenó el decomiso de los medicamentos a Álvaro Velásquez y/o FARMASALUD.

El Tribunal funda la negativa en que los perjuicios reclamados tienen como fuente directa las medidas preventivas de decomiso tomadas mediante Resolución No. 20011279822 de 18 de abril de 2001 y aunque el juzgador las considera de trámite, sostiene que el derecho a la indemnización de perjuicios solamente procede en el evento de considerarse que no fueron debidamente fundados, dando cabida a su cuantificación.

Contrario a lo señalado en la sentencia, la medida de decomiso no fue justificada ya que no se adecuó a los fines de la norma que la autoriza (art. 108 del Decreto 677 de 1995), ni proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, tal como lo dispone el artículo 36 del C.C.A., de todo lo cual obra prueba en el expediente, en especial la inspección judicial con prueba pericial.

Finalmente solicita tener como prueba sobreviniente el fallo disciplinario aportado en la inspección judicial, con el objeto de que se allegue el original o copia auténtica del expediente seguido contra los funcionarios del INVIMA, a instancia del demandante, con miras a

demostrar lo infundado de las medidas sanitarias y de las resoluciones acusadas.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA

De la parte actora

4.1. El señor Álvaro Velásquez Caballero, parte actora, a través de apoderada judicial alegó de conclusión reiteró los argumentos de la apelación en cuanto se le debe restablecer el derecho en su totalidad, condenar a la demandada a indemnizar los perjuicios causados con los actos administrativos declarados nulos y que si bien es cierto el acto que ordenó el decomiso de la mercancía no era susceptible de control jurisdiccional de manera autónoma, en el presente caso es necesario tener en cuenta que la actora planteó siete cargos de nulidad todos dirigidos a enervar la legalidad de los actos administrativos sancionatorios, no obstante en el acápite de restablecimiento del derecho solicitó además de los directamente relacionados con la sanción, la indemnización de los perjuicios de orden material a título de daño emergente y lucro cesante que se causaron con la orden de decomiso decretada en la Resolución No. 2001279822 de 18 de abril de 2001, situación que sólo procedía ante la imposibilidad de demandar el acto de decomiso.

4.2. La medida del decomiso fue adoptada de forma arbitraria, injusta e ilegal como se probó en la inspección y el dictamen pericial practicados dentro del proceso que demostraron que las contra muestras de los productos decomisados, cumplían con lo normado en el artículo 74 del Decreto 677 de 1995 y con el fallo disciplinario aportado en la inspección, proferido por el INVIMA como resultado de la investigación disciplinaria que éste adelantó con ocasión de la medida de decomiso y en donde se precisó y dejó constancia que *“fue practicada sin soporte, sin fundamento normativo y con extralimitación de funciones”* como consta en los siguientes apartes *“resulta indiscutido lo favorable de los resultados para **algunos** de los productos decomisados, y en consecuencia la inexistencia de un soporte para la aplicación de medidas sanitarias”*.

Del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA.

Reitera los motivos de inconformidad con el fallo por indebida interpretación fáctica y jurídica respecto de la responsabilidad del INVIMA por la presunta caducidad de la facultad sancionatoria en razón de la competencia de la entidad que la faculta para investigar los asuntos que puedan causar daño a la salud pública o poner en riesgo la misma, por vulnerar disposiciones sanitarias.

En la actuación administrativa, agrega, se evidenció que los múltiples productos fueron fabricados y distribuidos sin el cumplimiento estricto de la normatividad sanitaria, haciéndose necesario ordenar el retiro de

dichos medicamentos mediante las medidas sanitarias de seguridad consistentes en el decomiso de los productos.

La caducidad prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, carece de fundamento toda vez que los actos demandados en nulidad fueron proferidos y notificados durante la vigencia de las conductas investigadas y mientras no desaparecieran los hechos que dieron origen al respectivo proceso sancionatorio; conductas que ciertamente se prolongaron durante el tiempo que dicha situación persistió por voluntad de los agentes infractores, al punto que no existe evidencia que permita demostrar que se corrigieron las faltas sanitarias, máxime cuando en la mayoría de los casos no se procedió al levantamiento de las medidas de seguridad.

Agrega que de acuerdo con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio, es decir realizar todas aquellas actividades que permitieran la comercialización y distribución de medicamentos que pongan en riesgo la salud del conglomerado, circunstancias que persisten en este caso toda vez que no se ha cumplido con la obligación de realizar actividades de acondicionamiento y almacenamiento de los productos previa autorización del INVIMA.

Resulta claro para el INVIMA que el almacenamiento de los medicamentos en neveras de icopor con los métodos refrigerantes

utilizados adolecen de una adecuada técnica automatizada y representan indudablemente un riesgo para la salud, pues las temperaturas de acaparamiento con las metodologías empleadas presentan unos rangos altos y variables que no permiten un seguro y eficaz almacenamiento de los medicamentos, ya que no basta el enfriamiento empírico pues se requiere de un método técnico que permita garantizar la cadena de enfriamiento según el rango del producto.

En estos términos señala que al analizar cada una de las conductas adelantadas por el señor Álvaro Velásquez Caballero y que fueron endilgadas en las resoluciones sancionatorias demandadas, las mismas son de carácter permanente. Además, nunca se efectuaron por parte del señor Velásquez Caballero los ajustes a los diferentes productos para que se levantara la medida, que a su vez encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 110 del Decreto 677 de 1996; al no haberse probado que la conducta sanitaria objeto de reproche desapareció y/o no se procedió al levantamiento de la medida de seguridad sanitaria que pesa sobre los productos farmacéuticos es porque no han desaparecido las causas que los originaron y por ende la infracción sanitaria permanece en el tiempo.

Anota el INVIMA que el actor debió promover acción de nulidad y restablecimiento contra el acto que ordenó la medida de seguridad sanitaria si consideraba que con esta decisión se lesionaba alguno de sus derechos y concluye que el Instituto logró probar con certeza que

el señor Álvaro Velásquez Caballero incumplió la normatividad sanitaria; en desarrollo del proceso administrativo sancionatorio; garantizó los preceptos constitucionales y legales en cuanto a la presunción de inocencia de la sociedad investigada y en todo momento respetó los términos procesales, el deber de recaudar el material probatorio y probó el incumplimiento de las obligaciones en materia sanitaria por parte del hoy demandante.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA y de la parte actora Álvaro Antonio Velásquez Caballero - FARMASALUD, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- Los actos demandados

Los actos administrativos demandados, que por su extensión no se transcriben, sin perjuicio de que se haga referencia a su contenido dentro de esta providencia, se encuentran contenidos en la Resolución No. 2004023956 de 27 de diciembre de 2004 y la Resolución No. 2005008944 de 20 de mayo de 2005 proferidas por la Jefe de la Oficina Jurídica del INVIMA dentro del proceso administrativo sancionatorio No. 200300249 acumulado, en virtud de las cuales se declara responsable al señor Álvaro Antonio Velásquez Caballero y se le impone una sanción de multa equivalente a 9.500 Salarios Mínimos Diarios Legales Vigentes, por las siguientes conductas:

- Distribuir productos farmacéuticos alterados y fraudulentos violando lo dispuesto en el artículo 77 y 102 del Decreto 677 de 1995.
- Realizar actividades de acondicionamiento y almacenamiento de productos sin obtener previa autorización del INVIMA y sin dar cumplimiento a las condiciones higiénico, técnico, sanitarias y de calidad exigidas por la normatividad sanitaria vigente violando lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 677 de 1995 y el artículo 10 de la Resolución 3183 del 23 de agosto de 1995 y demás normas concordantes.
- Incumplir la modalidad en que fue otorgado el registro sanitario, violando lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 677 de 1995.
- Etiquetar medicamentos sin declarar en su rotulado laboratorio fabricante, número de lote, número de registro sanitario y/o

señalando fecha de expiración diferente a la admitida en el registro sanitario violando lo dispuesto en los artículos 72 y 74 del Decreto 677 de 1995.

- Tener empaques, etiquetas y elementos destinados a la elaboración de medicamentos sin tener la correspondiente autorización por parte del INVIMA.

El señor Álvaro Velásquez Caballero promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los artículos 6 y 12 de la parte resolutive de la Resolución No. 2004023956 de 27 de diciembre de 2004 y los artículos 2 y 5 de la Resolución No. 2005008944 de 20 de mayo de 2005, que dispusieron imponer una sanción y confirmar esta decisión y se declare responsable patrimonialmente al INVIMA por la suma de \$3.542.257.784, por perjuicios materiales y 100 SMLV por concepto de perjuicios morales.

Planteamiento del problema jurídico

Se cuestiona en el presente caso si la conducta por la cual se impuso la sanción a la parte actora tiene carácter permanente y en caso afirmativo si se debe revocar la decisión que en este sentido adoptó el Tribunal de instancia.

El término previsto en el artículo 38 del C.C.A. y su alcance en materia sanitaria.

Caducidad de la facultad sancionatoria

El artículo 38 del Código Contencioso Administrativo prevé que *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”*.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado¹, sobre el alcance de esta disposición ha precisado:

En relación con la interpretación que se le debe dar a esta norma, se han planteado tres tesis, a saber: Una primera posición, se refiere a que se entiende ejercida la potestad sancionatoria cuando se expide el acto administrativo primigenio, es decir, el acto que resuelve el fondo del asunto (resolución que impone la sanción). Una posición intermedia, es aquella según la cual, además de expedirse el acto administrativo definitivo (primigenio), éste debe haberse notificado dentro del término de caducidad. Una última posición, es aquella que predica que además de haberse proferido y notificado el acto primigenio, se deben haber resuelto los recursos interpuestos, y notificado las decisiones sobre éstos. En este caso, encuentra la Sala que el *a quo* le dio aplicación a la tercera tesis, basado en el concepto de 25 de mayo de 2005, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Enrique Arboleda Perdomo; posición de la que se discrepa, por las razones que pasan a explicarse: En primer término, es del caso señalar que esta Sección ha sido enfática en sostener que el término de los tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción, hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa. Esto quiere decir, que es la notificación del acto administrativo sancionatorio la que permite establecer si la Administración actuó antes de que operara la caducidad de la facultad sancionatoria. Tesis que coincide con lo expuesto en el pronunciamiento de la Sala Plena de esta Corporación, en el que, ante la importancia jurídica del tema de la caducidad de la facultad

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-24-000-2004-00030-01(17439), actor: Instituto de Fomento Industrial -IFI- en liquidación.

sancionatoria de la Administración, y la necesidad de unificación jurisprudencial sobre el mismo, se analizó el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración en un proceso disciplinario.

De otra parte ha señalado esta Sección en sentencia con ponencia del Consejero RAFAEL E. OSTA DE LAFONT PIANETA de 18 de agosto de 2011, Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00013-00² que en el evento en que la conducta sea de ejecución continuada el término de caducidad ha de contarse a partir del último acto generador de la falta, así ha precisado:

Los artículos 38 del C.C.A. y 52 de la Ley 30 de 1992, coinciden en disponer que la potestad sancionatoria que ostentan las autoridades administrativas caduca al cabo de tres (3) años. Mientras el primero de los preceptos enunciados señala que su computo empieza el día que haya tenido lugar la ocurrencia de la falta, en el segundo se hace referencia a que la misma debe empezar a partir del “último acto” constitutivo de la misma. Si bien podría decirse en principio que se presenta una contradicción entre ambas disposiciones con respecto al momento a partir del cual debe comenzar el computo del término de caducidad, la Sala considera que aquella en realidad es aparente, pues mientras el artículo 38 del C.C.A. se está refiriendo a aquellos actos constitutivos de falta que se realizan y se agotan en un solo instante, el artículo 52 de la Ley 30 de 1992 está haciendo alusión a aquellos actos sancionables de ejecución continuada. En todo caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en interpretar el artículo 38 del C.C.A. en el sentido de señalar que cuando la conducta constitutiva de la falta se desarrolla no en un único momento sino que se prolonga durante cierto período de tiempo, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto.

Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en interpretar el artículo 38 del C.C.A. en el sentido de señalar que cuando la conducta constitutiva de la falta se desarrolla no en un único momento sino que se

² Ver sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 23 de enero de 2003, Radicado 2000-0665-01 (7909), M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola y del 21 de febrero de 2008, Radicado 2001-00898-01, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

prolonga durante cierto período de tiempo, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto, en sentencias proferidas el 23 de enero de 2003 y el 21 de febrero de 2008, la Sala señaló:

Sentencia del 23 de enero de 2003, Exp. N° 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909), Consejero Ponente, Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA: *La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C. C. A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado, y el mismo se dio el 15 de mayo de 1999 mientras que el acto que puso fin a la actuación administrativa se le notificó a la accionante el 27 de enero de 2000, es decir, dentro del tiempo en mención.*

Sentencia del 21 de febrero de 2008, Exp. N° 25000-23-27-000-2001-00898-01, Consejero Ponente, Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE: *La apelante sostiene que la SSPD perdió competencia para proferir los actos sancionatorios, por cuanto la entidad demandada profirió los actos demandados por fuera del término concedido en la norma, luego ya no era competente para hacerlo. Para la Sala, el cargo no está llamado a prosperar por cuanto el artículo 38 CCA señala un plazo perentorio para que la autoridad administrativa ejerza la facultad de imponer sanciones, a saber: «Art.-38. Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.» Asimismo, la SSPD ha conceptuado respecto de la configuración del silencio administrativo y la facultad sancionatoria lo siguiente: «En cuanto a la contabilización del término para imponer la sanción, señala el artículo 38 que la caducidad se produce al cabo de tres años de haberse producido el acto que pueda ocasionarlas. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que si se trata de actos de ejecución continuada, el término de caducidad para*

*imponer la sanción comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa dicha conducta. De allí que en los demás casos, dicho plazo se contabilizará en la forma establecida por el artículo 38 del C.C.A., esto es, desde que el hecho se produce.*³

Dentro de este marco jurisprudencial procede analizar el caso concreto para establecer si la conducta es continuada y si operó o no la caducidad de la sanción disciplinaria.

De conformidad con el precedente jurisprudencial la fecha para la caducidad de la acción sancionatoria será aquélla en la cual cesó la conducta.

Las conductas por las cuales se procedió en el presente asunto tuvieron como causa las visitas de inspección, vigilancia y control realizadas al establecimiento de comercio FARMASALUD, propiedad del señor Álvaro Antonio Velásquez Caballero y la Sociedad

³ En ese mismo sentido, se pueden consultar las siguientes providencias: Sentencia del 11 de septiembre de 1997, Exp. N° 4267, Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola; Sentencia del 17 de junio de 1999, Exp. N° 5379, Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; y Sentencia del 29 de noviembre de 2001, Exp. N° 25000-23-24-000-1999-0167-01(7041), Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola: En la primera de tales sentencias se señaló: *"No existiendo norma especial que regule la caducidad de la sanción respecto del procedimiento disciplinario seguido en contra del actor en su calidad de miembro de la Sala General de la Universidad Libre, y no habiendo la entidad demandada señalado dicha norma, concluye la Sala que en efecto la norma a aplicar es el art. 38, por lo cual la facultad para imponer la sanción al demandante caducó el 10. de abril de 1995. El art. 52 de la Ley 30 de 1992, aun cuando no es aplicable a la presente controversia, ratificó el contenido del art. 38 del C.C.A., al disponer que la "Acción y la sanción administrativa caducarán en el término de 3 años, contados a partir del último acto constitutivo de la falta". Al haber sido expedida la Res. No. 2743 el 19 de julio de 1995, no queda duda para la Sala que dicho acto, al igual que el que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la citada resolución, deberán ser declarados nulos por falta de competencia del funcionario que las profirió."*

Laboratorios ERON S.A., donde se constató el etiquetado, empaque y acondicionamiento de productos importados en condiciones riesgosas para la salud, lo que dio lugar a la imposición de la medida de seguridad de decomiso por el INVIMA el 18 de abril de 2001, Resolución 2001279822 expedida por el Subdirector de Medicamentos y Productos Biológicos, con base en queja formulada el 8 de marzo de 2001.

A página 504 del anexo, en la Resolución acusada se lee: *“En el presente proceso se advierte el incumplimiento de la autorización sanitaria en lo concerniente a la fabricación, acondicionamiento y autorización de medicamentos fraudulentos, alterados y/o que incumplen la autorización sobre rotulado; acondicionamiento de productos sin obtener previa autorización del INVIMA; tenencia de empaques, etiquetas y elementos destinados a la autorización de medicamentos sin la correspondiente autorización de este Instituto y fabricación y comercialización de productos médico quirúrgicos que no declaran lote, distribuidor, registro sanitario y/o no lo poseen”* y a continuación se lee en el literal f) **“F. ALVARO VELÁSQUEZ CABALLERO** Conforme a lo normado en el artículo 121 del Decreto 677 de 1995, sus conductas se encuentran agravadas por las circunstancias contempladas en el literal a: *Por los efectos dañosos del hecho infractor de las normas sanitarias. Las contravenciones sanitarias que se imputan al señor Álvaro Velásquez Caballero y/o FARMASALUD, acarrear un gravísimo riesgo para el bien jurídico*

tutelado por cuanto las mismas pueden desencadenar consecuencias verdaderamente nocivas en la salud de los consumidores.

“Con respecto al citado investigado, no se conjugan ninguna de las circunstancias atenuantes que contempla el artículo 122 ibídem”.

En estos términos la resolución 200423956, resuelve en el artículo Sexto *“Imponer al señor ÁLVARO ANTONIO VELÁSQUEZ CABALLERO, en calidad de propietario del establecimiento de comercio FARMASALUD, sanción pecuniaria consistente en multa de DIEZ MIL SALARIOS MÍNIMOS DIARIOS LEGALES VIGENTES, suma que deberá ser cancelada dentro del término perentorio de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia (...)”* y en el artículo décimo segundo *“Oficiar a las Subdirecciones de Medicamentos y Productos Biológicos y de Insumos para la Salud y Productos Varios, a fin de definir la medida sanitaria impuesta a los productos congelados o decomisados”.*

Esta Resolución fue notificada mediante edicto de 27 de diciembre de 2004 y contra la misma se interpuso por el actor en este proceso el recurso de reposición, el cual fue desatado mediante Resolución 2005008944 de 20 de mayo de 2005, la cual en la parte considerativa y en relación con el tema de la caducidad planteada por el recurrente sostuvo:

“Con respecto a las investigaciones que adelantan las autoridades administrativas, la caducidad tiene una definición bien específica que no puede confundirse con la caducidad de las acciones contenciosas administrativas que se ejercen ante la jurisdicción competente (...)

“El artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es claro en establecer que lo que caduca es la facultad para imponer sanciones (...)

“B. Su aplicación en el derecho sancionatorio sanitario

Si bien las disposiciones sanitarias no regulan lo referente a la caducidad con respecto a la acción sancionatoria, se acude a lo dispuesto en el artículo 38 del código contencioso administrativo, por expresa remisión del artículo primero del mismo compendio (...).

“(...) Es esta última posición jurisprudencial la que ha tenido en cuenta este Despacho con respecto al término en el que finaliza la caducidad, es decir que una vez que se realiza la notificación del acto que impone sanción, dentro del término legal que establece el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la Administración actuó en tiempo y por lo tanto, no puede argumentarse que el Instituto perdió la facultad para sancionar como quiera que el acto administrativo fue proferido y conocido dentro de los tres (3) años señalados por la disposición legal, teniendo en consecuencia, plenos efectos vinculantes.

“No pretende pues este Instituto, so pretexto de sancionar a los investigados, atender una posición diferente a la arriba expuesta, pues, tal como se expondrá más adelante, este Despacho actuó de forma regular y acatando en su totalidad la posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

“Cosa distinta es que, contrario a lo que pretenden hacer ver los recurrentes, las conductas objeto de investigación hayan sido de carácter permanente y continuo, como más adelante se verificará.

“(...) La contravención sanitaria de ejecución permanente, supone la persistencia en el tiempo de una situación antijurídica, mantenimiento a través del cual se sigue realizando la conducta, por lo que la infracción continúa consumándose hasta que se abandone esta situación.

“En la presente casuística sanitaria la comisión de las infracciones comenzó desde el momento en que los investigados, ahora recurrentes, iniciaron las actividades contrarias a las disposiciones sanitarias, hechos de los que tuvo conocimiento este Instituto, a través de las múltiples visitas efectuadas a los establecimientos de comercio de nombre FARMASALUD y a las instalaciones de la sociedad MUNDO MÉDICO S.A., así como a la Sociedad GRÁFICAS CASTAÑEDA E HIJOS y con ocasión de la práctica de las diferentes pruebas, en especial de los análisis de laboratorio, que obran en el presente proceso sancionatorio. Conductas estas que ciertamente se prolongaron durante todo el tiempo que esa situación persistió por voluntad de los agentes infractores, al punto tal que, no existe evidencia alguna que permita demostrar que se corrigieron la totalidad de las faltas sanitarias, máxime cuando en la mayoría de los casos no se procedió al levantamiento de las medidas de seguridad (...).”

En estos términos la Resolución procede a analizar una a una las conductas adelantadas por el señor Álvaro Antonio Velásquez Caballero para concluir con absoluta claridad que las mismas son de carácter permanente, ya que si bien el Instituto aplicó medidas sanitarias de congelamiento y/o decomiso sobre los productos farmacéuticos alterados o fraudulentos, lo cierto es que a la fecha, dicha medida sanitaria persiste, en tanto nunca se efectuaron por parte del señor Velásquez Caballero los ajustes a los diferentes productos, especialmente en lo que atañe a la corrección de las etiquetas y de los empaques e incluso a la destrucción de los productos en caso de que hubiere lugar a ello; tampoco realizó conducta alguna con miras a adoptar los correctivos para que se levantara la medida sanitaria de seguridad, lo que significa que la conducta permaneció en el tiempo.

Agrega que el señor Velásquez Caballero no ha obtenido la correspondiente autorización por parte del Instituto para la realización de actividades de acondicionamiento, más aún cuando no fue solicitada la modificación del registro sanitario para admitir la preparación o acondicionamiento de productos farmacéuticos y en tales circunstancias, la conducta permanece en el tiempo.

De otra parte, la misma resolución refiere el artículo 110 del Decreto 677 de 1996, en el cual se lee:

“DEL CARÁCTER DE LAS MEDIDAS SANITARIAS DE SEGURIDAD

Por su naturaleza son de inmediata ejecución, tiene carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar, **se levantarán cuando se compruebe que han desaparecido las causas que la originaron.**” (se destaca)

Razón por la cual la resolución acusada señala:

“En este sentido, si no se probó el desaparecimiento de la conducta sanitaria contraria a la ley y/o no se procedió al levantamiento de las medidas sanitarias que pesan sobre los productos farmacéuticos fraudulentos y alterados es porque no han desaparecido las causas que las originaron y por lo tanto, la infracción sanitaria permanece en el tiempo, aun cuando el Instituto, haya tenido conocimiento de ella, en tiempo por demás remoto. Sólo se exceptúan de ellas aquellas conductas que no sean susceptibles de corregir, como una publicidad ya efectuada en un periódico.

“No en vano el citado decreto otorga la oportunidad de corregir la falta sanitaria para que se levante la medida, pues nótese que, dicha potestad radica en cabeza exclusiva del investigado.

“Y ello es así, en aras de garantizar la debida protección a la salud, que no es más que una expresión del cumplimiento a la función de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (...).”

Dentro de este contexto, al ser la salud un derecho fundamental y dada la entidad de las conductas endilgadas al actor, frente al bien jurídico que se pretende amparar, la autoridad competente procedió no sólo a

proferir medida sanitaria de seguridad sino que sancionó al infractor, acorde con las disposiciones contenidas en el Decreto 677 de 1995 que regulan la materia. Una vez impuesta la sanción y en razón a que continúa vigente la medida sanitaria de seguridad y no se demostró en el proceso que el infractor hubiese adoptado la actividad conducente para que fuera levantada la medida, no hay duda para la Sala que las conductas se prolongaron en el tiempo y adquirieron el carácter de permanentes, pues hasta el momento, se reitera, no han cesado en sus efectos las infracciones que dieron origen a la expedición de los actos acusados.

Como la conducta por la cual fue sancionado el actor reviste el carácter de permanente el término de caducidad no se ha producido, y teniendo en cuenta que el objeto de las medidas es controlar o prevenir el riesgo o daño que se está causando con la conducta infractora, la Administración, esto es el INVIMA, contrario a lo afirmado por el Tribunal sí tenía competencia para sancionar al actor.

Así las cosas para la Sala al ser las conductas por las cuales se sancionó al señor Álvaro Velásquez Caballero permanentes, no operó el fenómeno de la caducidad alegado y en consecuencia la pretensión del actor no está llamada a prosperar.

Como en el presente caso el Tribunal de instancia negó los demás cargos de la demanda, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos acusados, procede en este sentido, confirmar la providencia impugnada.

Conclusión

Dentro de estos presupuestos la Sala concluye que las infracciones por las cuales se sancionó al actor tienen carácter permanente, por lo tanto el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, tenía competencia para proferir la decisión sancionatoria por cuanto no había transcurrido el término previsto en el artículo 38 del C.C.A., razón por la cual se dispondrá revocar la decisión del Tribunal de instancia, en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó el restablecimiento del derecho y confirmarla, frente al pronunciamiento efectuado sobre los restantes cargos de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “B” el 11 de agosto de 2011 y en su lugar se dispone:

REVOCAR los numerales 2º, 3º y 4º en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados contenidos en las Resoluciones 2004023956 de 2004 y 2005008944 de 2005, y dispuso el restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

CONFIRMAR los numerales 1º, 4º, 5º, y 6º, en cuanto declara no probadas las excepciones propuestas por el INVIMA, niega las demás pretensiones de la demanda, se abstiene de condenar en costas y ordena devolver al actor el remanente a favor del accionante por el depósito de las expensas para gastos del proceso.

SEGUNDO: En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO

MARCO ANTONIO VELILLA