



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO DECIMO (10°) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE
CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTA D.C.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
Radicación No: 2014-02300042972
Devuelto 1136 G. ACCIONES COIN. Rama JUZGADO 10 PENAL N.
Palacio L. Aoyama 11. Bogotá D.
2014.01.31.15:02. Cód. 9.970.34208
Consulte en el poder en http://www.mhs.gov.co

RADICACIÓN PROCESO: ACCION DE TUTELA 093- 2013

REF. NOTIFICACIÓN PERSONAL
PROCESO ACCION DE TUTELA 093-2013
ASUNTO FALLO
ACCIONANTE EDGAR UNIBIO AVILA



ACTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

En la fecha se notifica personalmente al accionado MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y/o COMISION NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS del FALLO de fecha 13 de enero 2014. Se entrega copia de la providencia

DEVOLVER ACTA FIRMADA AL JUZGADO 2 COPIAS

ACCIONADO
MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y/o COMISION NACIONAL
DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS
Carrera 13 No 32-76

.Fecha _____

Firma : _____

c.c. _____ de _____

Cargo : _____

Nombre: _____

Quien notifica,

Firma : _____

c.c. _____ de _____

Nombre: _____

RECIBIDO
EN EL JUZGADO
DECIMO PENAL MUNICIPAL
DE BOGOTA D.C.
EL 31 DE ENERO DE 2014

**JUZGADO DECIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE
CONTROL DE GARANTIAS.**

Bogotá, Enero Trece (13) de Dos Mil Catorce (2014)

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver la Acción de Tutela, instaurada por el señor EDGAR UNIBIO AVILA, en calidad de Representante Legal Suplente de la Sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE S.A.S., en contra de los Ministerios DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, INDUSTRIA Y COMERCIO y de LA COMISION NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS.-

IDENTIDAD DEL ACCIONANTE

Señor EDGAR UNIBIO AVILA, Representante Legal Suplente de la Sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.494.505 de Bogotá.

PARTES DEMANDADAS

Ministerios DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, COMERCIO E INDUSTRIA y la COMISIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS.-

H E C H O S

El señor EDGAR UNIBIO AVILA, en representación de la firma HB HUMAN BIOSCIENCE S.A.S, en Acción de Tutela, cuyo conocimiento le correspondiera a este Despacho, manifiesta que presenta la misma para que se le conceda la protección de los derechos fundamentales de PETICION, DEBIDO PROCESO E IGUALDAD, los que considera vulnerados por las entidades demandadas, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE

MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS. basándose en las siguientes consideraciones:

Manifiesta que los artículos 245 de la Ley 100 de 1993 y 87 de la ley 1438 de 2011, le otorgaron la función de formulación y regulación de la política de precios de los medicamentos a la COMISION NACIONAL DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS Y DISPOSITIVOS MEDICOS; la que por medio de la Circular No 03 de 21 de mayo de 2013, definió la metodología para la aplicación del régimen de control directo de precios para los medicamentos que se comercialicen en el territorio nacional, quedando determinados en la misma, los criterios y factores que debían ser tenidos en cuenta, no solamente por las autoridades públicas sino por todos los interesados en el mercado de medicamentos para efectos de la fijación de precios.

A su paso, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Comisión Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos, inició el procedimiento para la fijación de los precios de medicamentos, mediante proyecto de circular No 07 de 2013.

El 8 de noviembre de 2013, la Dra LINA MARIA CAAMAÑO, en representación de la firma HB HUMAN BIOSCIENCE, solicitó ante el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, respuesta a varias inquietudes relativas al proceso y metodología de la fijación de precios de medicamentos, sin que hasta la fecha se haya obtenido respuesta.

De igual manera, el 22 de noviembre, presentó un derecho de petición, solicitando aclaraciones con relación a la aplicación del régimen de control de precios de medicamentos y su metodología establecida en la Circular No 3 de 2013, sin obtener respuesta.

Derechos de petición que debieron ser resueltos antes de la expedición de la Circular No 07 de 2013.

Resalta que el Ministerio de Salud y Protección Social, en su Circular No 07, incluye un nuevo criterio en la metodología de fijación de precios, denominado

POTENCIA, absolutamente por fuera del texto de la circular No 03, vulnerando flagrantemente el Debido proceso.

Concretamente respecto del medicamento de HB HUMAN BIOSCIENCE, producido por BHARAT SERUMS, denominado THYMOGAM de 250MG, el laboratorio SANOFI, efectuó unas observaciones y pidió al Ministerio que se le aplicara un concepto de potencia que no estaba en la circular No 03 de 2013 y el Ministerio así lo aceptó y fijó su precio de forma muy inferior al medicamento inmunoglobulina de conejo Genzyme de Sanofi; a aquél medicamento le aplicaron un valor de \$3.904.17 por unidad mínima de concentración; al segundo le aplicaron un valor de unidad mínima de concentración de \$446.149; afectándose el derecho fundamental de la igualdad, pues en tratándose de la fijación del precio, se trató de manera diferente a estos dos medicamentos.

Así las cosas, solicita, que por intermedio de esta acción se tutele el derecho de petición, ordenando a las entidades accionadas que den respuesta a los dos derechos de petición, de fecha 8 y 22 de noviembre de 2013. Así mismo se tutele el derecho fundamental del debido proceso, ordenando a las mismas entidades que se sometan a los criterios de fijación de precios de los medicamentos contemplados en la Circular No 03 de 2013 y, con la tutela del referido derecho, se suspenda la vigencia y los efectos de la Circular No 07 del 20 de diciembre del año 2013-

RESPUESTA PARTES DEMANDADAS

El Doctor LUIS GABRIEL FERNANDEZ FRANCO, en su calidad de Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, luego de plasmar normatividad aplicable a lo que se debe entender por derecho de petición y su consecuente vulneración, menciona que la entidad que representa ya dio respuesta escrita a las peticiones formuladas por el accionante, por lo que considera que se debe decretar la improcedencia del amparo solicitado. Llama la atención del despacho, para que se tenga en cuenta que una de las peticiones se hizo a nombre de la Abogada Lina María Caamaño y no a nombre de Human Bioscience; de otro lado deja claro que fueron bastantes las comunicaciones sobre

el tema cuestionado vía correo electrónico, como en reuniones presenciales, por lo que no entiende la posición asumida por la parte demandante.

No es cierta la afirmación que se haya vulnerado el debido proceso; para el proceso de fijación de precios de medicamentos se siguió a cabalidad y al pie de la letra el artículo 2 de la Circular 03 de 2013, que establece las etapas metodológicas para ingresar medicamentos al régimen de control directo de precios y determinar su precio máximo de venta, por lo tanto, no se incorporó un criterio extralegal en la regulación. En la elaboración de la Circular 07 de 2013, el Ministerio y la CNPMDM, observaron cuidadosamente todas las etapas y en apego a lo normado en la Circular 03.

Pone de manifiesto los elementos que se consideraron para definir el precio máximo de venta de THYMOGAN; la Comisión estableció que el anterior medicamento y la TIMOGLLOBULINA de SANOFI, se pueden considerar sustitutos y explica las razones.

La Inconformidad radica en que la parte demandante, cobraba en Colombia por su medicamento un precio exageradamente elevado en comparación con otros países, lo que viene a evitarse con la regulación de precios de conformidad con las Circulares 03 y 07 de 2013.

La Tutela es abiertamente improcedente. Lo que se denota es un ánimo de lucro del sector privado, en detrimento de la sostenibilidad financiera de salud y del derecho a la salud de los Colombianos. Lo que el accionante está buscando es cuestionar las herramientas que tiene el gobierno para controlar los precios cuando se han demostrado abusos.

Suspender la Circular 07, implicaría eliminar todas las herramientas que ha adoptado el gobierno para corregir los abusos que se presentaron durante la época de libertad de precios de medicamentos, en la cual muchos actores del mercado, entre esos, el accionante, se lucraron de manera desproporcionada y cometieron abusos al cobrar precios muy por encima de los que se cobraba en otros países.

Por último hace énfasis, en la no vulneración de los derechos que menciona el accionante como conculcados.

El Ministerio de Industria y Comercio no se pronunció.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La Asamblea Nacional Constituyente, al efectuar la promulgación de la Carta Política de mil novecientos noventa y uno (1991), incorporó en ella el artículo 86, concerniente a la ACCION DE TUTELA, la que reglamentó posteriormente en virtud a los Decretos 2591/91 y 306/92, que contemplan que toda persona por si o por quien actúe en su nombre puede reclamar ante los jueces, el reconocimiento de los Derechos Fundamentales Constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier entidad pública o particular.-

De tal manera, que la Acción de Tutela se presenta como un mecanismo ágil y eficiente de protección procesal específico y directo, cuyo objetivo como se reitera lo es, la protección directa e inmediata de los Derechos Fundamentales de la Carta Política dentro de una determinación jurídica, cuando ellos sean vulnerados o cuando contra ellos se presente amenaza de violación.-

La Tutela es una acción subsidiaria y de naturaleza residual, que como tal no debe entorpecer las causas ordinarias que la legislación ha contemplado para dirimir conflictos.-

Concluyéndose de lo anterior, que la ACCION DE TUTELA, está encaminada a la protección inmediata de los Derechos Constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o en los casos particulares estipulados en el Decreto. La vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, se vulnera un derecho cuando el bien jurídico es lesionado. Se amenaza el derecho, cuando ese mismo bien jurídico es puesto en trance de sufrir mengua. Para el primero de los eventos, la persona ya

ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, la persona se encuentra sujeta a la inmediata probabilidad del daño.-

En este orden de ideas, teniendo en cuenta estas directrices generales, en cuanto a lo que es la Acción de Tutela, considera el Despacho que los presupuestos de legitimidad y competencia, se dan a cabalidad, así como la procedencia de la misma, en razón a que las entidades contra quienes se instaura son públicas; Por lo tanto, es viable entrar a analizar las pretensiones del Doctor EDGAR UNIBIO AVILA; en primera instancia se verificará si se ha vulnerado o no, el Derecho Fundamental consagrado en el artículo 23 de la Carta Política.-

El Derecho de Petición, se ha elevado a la categoría de fundamental en la Constitución Nacional :

...**ARTICULO 23.** “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución...”.-

Descrita la norma, tenemos que esta contempla un derecho que es subjetivo de la persona para poder acudir ante las autoridades, o las organizaciones privadas solicitud o queja. Esta es una vía de acceso directo a las autoridades, aunque su objetivo no es el de obtener una resolución determinada, sino que esta depende de las circunstancias de cada caso, pero que exige que exista un pronunciamiento de fondo oportuno a la solicitud.-

Por otra parte se tiene que, el Derecho de Petición consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino que haya una resolución del asunto solicitado, la cual si bien no implica que la decisión sea favorable al accionante, ésta tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente; De lo anterior, se puede decir que este Derecho no queda tampoco satisfecho con el Silencio Administrativo que se dispone en algunas normas, ya que, éstos son solo mecanismos que la ley se ingenia para que el adelantamiento de las actuaciones sea posible y no se vea estancado por la administración.-

Por tanto, no se entiende conculcado el Derecho de Petición cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. Ella, siempre y cuando se produzca dentro de los términos que la ley señala, representa en sí misma, independientemente de un sentido, la satisfacción del Derecho de Petición. Pero en el evento que transcurridos los términos que la ley contempla y no se obtiene respuesta alguna de la Administración, el Derecho de Petición resulta desconocido por cuanto no se cumple con el mandato Constitucional de la prontitud en la contestación oficial al peticionario.-

Una vez descrito el artículo que hace relación al derecho que considera el accionante vulnerado a la Sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE S.A.S., por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, procede el Despacho a la revisión cuidadosa del expediente para así poder determinar si ha habido violación o no de este Derecho Fundamental de Petición consagrado en nuestra Constitución.-

Quien representa los intereses del Ministerio De salud y Protección Social, afirma que los dos derechos de petición que menciona el accionante, fueron objeto de respuesta mediante los radicados 201424000004581 y 2014 24000002951, observando el Juzgado que los mismos resuelven las inquietudes de los peticionarios, que valga la pena anotar si son favorables o no a los intereses de las partes, no hace parte del núcleo esencial del derecho de petición.

De lo anterior, se concluye que lo peticionado por el ciudadano demandante fue alcanzado (en lo que al derecho fundamental de petición se refiere), durante el trámite de la presente acción de tutela.

En comunión con lo expresado por la H. Corte Constitucional, se tiene que en este momento es inviable ordenar por vía judicial (fallo de tutela) algo que ya se hizo por vía administrativa (respuesta).

Por la consideración precedente, se evidencia el advenimiento del fenómeno jurídico denominado **“hecho superado o carencia actual de objeto tutelable”**, pues la pretensión fue satisfecha antes del proferimiento de un mandato judicial.

Por lo anterior, se decretará la improcedencia de la acción de tutela por la vulneración al derecho de petición. Ahora y gracias a la información obtenida, el solicitante se enfrentará a una situación concreta, misma que le permitirá actuar en la forma que estime más conveniente a sus intereses.

La Corte Constitucional en Sentencia T – 124/09 MP. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, expresó:

“...Sin embargo, hay ocasiones en las que el supuesto de hecho que motiva el proceso de tutela se supera o cesa, ya sea (i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo o (ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación. En éste último evento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela se torna improcedente por no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer, sin que por ello, pueda proferir un fallo inhibitorio (por expresa prohibición del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991).

Ahora bien, por vía de tutela y alegando la vulneración del debido proceso e igualdad, se pretende la suspensión de la Circular 07 de 2013 del Ministerio de Salud y la Comisión Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos.

Del anterior recuento fáctico, encuentra el despacho que es totalmente improcedente por vía de tutela aprobar lo que reclama la parte accionante, toda vez que ésta acción constitucional fue concebida como un mecanismo subsidiario, residual y de protección inmediata, que de acuerdo a la filosofía y a los principios rectores que la inspiran, sólo procede ante la vulneración o ante la latente amenaza de violación de derechos del orden fundamental.

En el presente caso, no es viable que el extremo demandante utilice la administración de justicia en sede de tutela, para alcanzar el reconocimiento de prerrogativas jurídicas de orden legal que deben ser solicitadas dentro del proceso pertinente (*Administrativo, con la posibilidad de solicitar como medida provisional la suspensión del acto atacado*), toda vez que lo pretendido se debe solicitar en la debida oportunidad procesal y también deben ser debatidos por las

partes al interior del proceso respectivo (*administrativo*), ello a fin de garantizar el cumplimiento del debido proceso que gobierna esa actuación en particular.

Se reitera, le queda al accionante la posibilidad de atacar el acto administrativo, ante la Jurisdicción administrativa, autoridad la competente para dirimir esta clase de conflictos, con la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo.

El amparar la petición incoada por el extremo demandante, sería violatorio del derecho al debido proceso y defensa que también le asiste al Ministerio de Salud y a la Comisión Nacional de medicamentos y Dispositivos Médicos. En tratándose de declaraciones de orden jurídico-procesal, no es la tutela el camino dispuesto por la constitución y por la ley para ello, pues para eso existen diferentes clases de procesos ordinarios, mismos que han sido concebidos por el legislador en aras de garantizar el equilibrio jurídico entre las partes trabadas en litis. Ha dicho la Corte Constitucional:

"...El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones. ." (T 406 de 2005).

De otro lado no se evidencia un perjuicio irremediable, como para que sea ésta acción la llamada en principio a dirimir el conflicto entre la sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE S.A.S y las partes demandadas.

El perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que una vez producido es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior.

Como regla general, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, si el accionante tiene otro medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos no procede la acción de tutela, salvo que se esté ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. Bajo estos parámetros la tutela constituye un medio eficaz para evitar la arbitrariedad de la Administración, pero, en ningún momento puede constituirse en un mecanismo alternativo que supla las omisiones y el deber que tiene el accionante de cumplir con los procedimientos que han sido establecidos por la propia normatividad, salvo que se esté ante la inminencia de un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha considerado que el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico por las acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho, que una vez producido, resulta irreversible y por lo tanto no puede ser retornado a su estado anterior. La acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando se presenten los siguientes requisitos: Que el perjuicio sea inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; que el daño o menoscabo sea grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela sea impostergable. En el sub-litte se observa que ninguna de las condiciones señaladas por la Corte Constitucional se cumple en el caso en estudio. El estudio de legalidad de la Circular 07, no es objeto de reclamación por vía de tutela, en razón a que tiene otro mecanismo de defensa judicial, como bien se ha señalado. Si el Juez ordinario estima que la Circular 07 se encuentra viciada, puede ordenar su suspensión y la situación a su estado anterior, lo que implica automáticamente que no es la tutela la llamada a dejar sin efectos la Circular, pues para eso está el mecanismo ordinario.

Si bien es cierto, la entidad demandante deja plasmado su criterio frente a que se ha pretermitido normatividad para la fijación de precios de medicamentos, no lo es menos que lo que deja entrever esta misma parte, es la situación de índole económico que conlleva para la Sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE S.A.S la aplicación de la Circular No 07 de 2013.

Ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia T 499 de 2011:

Las discusiones de índole económica resultan ajenas a la jurisdicción constitucional, pues el ordenamiento jurídico tiene previsto instrumentos procesales especiales para su trámite y resolución. Con fundamento en lo expuesto, esta Corporación ha negado la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias de naturaleza económica... , pues la finalidad del amparo constitucional es servir de instrumento de salvaguarda iusfundamental, más no como mecanismo encaminado a resolver controversias de estirpe contractual y económico. Así, la Corte ha estimado que el amparo deviene improcedente frente a reclamaciones estrictamente económicas, pues el diseño constitucional de la acción de tutela permite colegir que ella no está prevista como medio paralelo y supletorio de los mecanismos legales ordinarios.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DECIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS DE BOGOTA D.C.**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Constitución y la Ley

R E S U E L V E

PRIMERO: No tutelar los derechos fundamentales alegados como vulnerados a la sociedad HB HUMAN BIOSCIENCE, en razón a lo consignado a lo largo del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes en los términos del artículo 16 del Decreto 2591/91 y el artículo 5º del Decreto Reglamentario 306 de 1992.

TERCERO: Si esta providencia no fuese impugnada, REMITASE por secretaría el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión. Déjense las constancias del caso.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MARINA GUZMAN HERNANDEZ

JUEZ