

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001032400020080043100**  
**Demandado: Ministerio de Protección Social**  
**Referencia: Acción de nulidad**  
**Actor: MARIO FELIPE TOVAR ARAGÓN**

Procede la Sala a decidir sobre la acción de nulidad promovida en contra del artículo 57 de la Resolución 1478 de 2006, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

**I. LA DEMANDA**

**1.- Pretensiones**

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A., el ciudadano Mario Felipe Tovar Aragón, pretende que se declare la nulidad del artículo 57 de la Resolución 1478 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, por medio de la cual se expiden normas para el control, seguimiento y vigilancia de la importación, exportación, procesamiento, síntesis, fabricación, distribución, dispensación, compra, venta, destrucción y uso de sustancias sometidas a fiscalización, medicamentos o cualquier otro producto que las contengan y sobre aquellas que son monopolio del Estado y cuyo tenor es el siguiente:

“La persona natural o jurídica que hay obtenido el visto bueno de la inspección por parte de la UAE Fondo Nacional de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social, y para efectos del retiro de la mercancía deberá cancelar el 20% sobre el valor CIF de la misma, para gastos de administración, presentando fotocopia de la declaración de importación con el respectivo levante otorgado por la autoridad competente, la cual en la descripción de la mercancía figure el número de licencia de importación, cantidad de la sustancia o producto declarado.”

## **2.- Normas violadas y concepto de la violación**

**2.1. Violación del artículo 338 de la Constitución Política.**

Estima el actor que el artículo 338 consagra el principio de legalidad de los tributos y en tiempos de paz solamente el Congreso de la República tiene competencia para imponer contribuciones fiscales o parafiscales, es decir que no puede existir un tributo sin representación popular, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-987/99 con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, así la disposición acusada desconoce el citado precepto al exigir el pago de una tasa (ya declarada ilegal por el Consejo de Estado) para que proceda el retiro del Fondo Nacional de Estupefacientes de los medicamentos y materias primas de monopolio del Estado; tasa que no ha sido consagrada por una ley y, por consiguiente, carece de representación popular.

Destaca acorde con la doctrina y la jurisprudencia que el 20% que deben cancelar los importadores de medicamentos y materias primas de control especial al Fondo Nacional de Estupefacientes constituye una tasa que debe tener

soporte en la ley, que en el presente caso no existe y tampoco se encuentra fundamento en las disposiciones citadas por el Ministerio de la reglamentación demandada.

**2.2. Violación del artículo 66 y 176 del Código Contencioso Administrativo.- Declaratoria de nulidad de la tasa demandada.**

Mediante sentencia de 24 de julio de 2008, expediente 11001-03-24-000-2003-00394-01, con ponencia del magistrado Camilo Arciniegas Andrade la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de la misma tasa que en esta oportunidad se demanda.

Esta decisión hizo tránsito a cosa juzgada y el Ministerio de la Protección Social en claro desacato pretende desconocer, insistiendo en el cobro de la mencionada tasa con fundamento en la norma que en esta oportunidad se demanda; norma que se limita a fijar el procedimiento para el pago de la tasa que fue declarada nula por el Consejo de Estado.

Con este proceder el Ministerio desconoce los preceptos contenidos en los artículos 66 y 175 del C.C.A., relativos a la pérdida de fuerza ejecutoria, por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho y al carácter de cosa juzgada que conlleva la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

A la demanda se le dio el trámite correspondiente y mediante proveído de 29 de enero de 2009<sup>1</sup>, la Sala consideró que:

“(…) lo que genera el cobro del 20% sobre el valor CIF, es el servicio que presta la Unidad Administrativa Especial Fondo Nacional de Estupefacientes por el visto bueno de la inspección de los medicamentos importados por gastos de administración, que, en esencia, es lo mismo que se dispuso en el acto anulado, como quiera que se estaba exigiendo el pago por concepto de administración y vigilancia de los medicamentos importados.

“Lo anterior, demuestra que el acto acusado reproduce, en esencia, el acto anulado por esta Corporación, razón por la cual es necesario decretar su suspensión provisional.”

Esta decisión fue recurrida por el Ministerio de la Protección Social y confirmada mediante proveído de 14 de

---

<sup>1</sup>Ver folio 63, auto 29 de enero de 2009.

mayo de 2009, por considerar que así la Resolución parcialmente acusada se hubiese expedido con anterioridad a la Resolución núm. 2776, declarada nula, *"el sólo hecho de que persista una disposición jurídica que contiene los mismos elementos normativos y regule los mismos supuestos fácticos que fueron analizados y declarados nulos por esta Jurisdicción, es suficiente para considerar que se está en presencia del supuesto normativo del artículo 158 del C.C.A., (...)"*

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de la Protección Social, por medio de apoderada judicial contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las declaraciones solicitadas, por las razones que se sintetizan a continuación:

2.1. Es importante destacar que el recaudo del 20% del valor del CIF sobre los costos de importación de las sustancias de control especial y medicamentos que las contengan es utilizado en el presupuesto para gastos de personal, gastos generales, transferencias corrientes, y

gastos de comercialización y producción, lo que significa que estos recursos se emplean para el pago del talento humano.

Agrega que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 74 de la Resolución 1478 de 2006, la Unidad debe disponer de los recursos necesarios a través del cobro del 20% sobre el valor del CIF de las materias primas de control especial y demás medicamentos que las contienen que ingresan por importación al país.

Sin dicho recaudo, agrega, la Unidad no contaría con los recursos financieros para garantizar la disponibilidad en la importación, fabricación, y distribución de los medicamentos monopolio del Estado, afectando finalmente a los colombianos y sus familias que padecen de un sinnúmero de patologías que son tratadas con tales medicamentos, generando a su vez un problema de salud pública.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El Ministerio de la Protección Social por medio de su apoderada, alegó de conclusión, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y destacó que el recaudo del 20% del valor CIF sobre los costos de importación de las sustancias de control especial y medicamentos que las contengan es utilizado por la Unidad conforme con el presupuesto aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al ser clasificados estos medicamentos como monopolio del Estado sólo éste tendrá la responsabilidad de la importación, fabricación y distribución de los mismos en Colombia, para garantizar su distribución y disponibilidad oportuna y eficiente, y así poder llegar a los lugares más apartados de la geografía nacional. Además su precio resulta relativamente bajo.

#### **VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

#### **V. CONSIDERACIONES**

El debate se contrae a precisar si el artículo 57 de la Resolución 1478 de 10 de mayo de 2006, "por la cual se expiden normas para el control, seguimiento, vigilancia de la importación, exportación, procesamiento, síntesis, fabricación, distribución, dispensación, compra, venta, destrucción y uso de sustancias sometidas a fiscalización, medicamentos o cualquier otro producto que las contengan y sobre aquellas que son monopolio del Estado", se ajustó a los presupuestos exigidos por el artículo 158 del C. C. A. respecto de la prohibición de reproducción de un acto anulado o suspendido.

A fin de dilucidar la controversia, conviene contrastar el acto anulado con el que se dice reproducido, no sin antes advertir que el artículo 158 del C.C.A., norma contentiva de la prohibición de reproducir acto administrativo declarado nulo que a la letra dice:

**Artículo 158. Reproducción del Acto Suspendido.**

Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien lo dictó, **si conserva en**

**esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.**

Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma Corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos.

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto de la Sala, Sección o Subsección, contra el cual sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación.

Este recurso se resolverá de plano; no impedirá el cumplimiento del auto ni suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará en copias y remitirá el original al superior.”  
(Negrillas y resaltado de la Sala)

Según esta disposición son dos los presupuestos exigidos para predicar que se incurre en la prohibición de reproducir un acto anulado o suspendido:

- i) Que el acto acusado tenga en esencia las mismas disposiciones legales anuladas o suspendidas; y,

ii) Que no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o de la suspensión, según sea el caso.

*i) Que el acto acusado tenga en esencia las mismas disposiciones legales anuladas o suspendidas.*

La Resolución 2776 de 2000, fijó el procedimiento para determinar los costos sobre el valor CIF de los medicamentos de control especial, las drogas, materias primas o precursores que son importados a través del Fondo Nacional de Estupefacientes y los medicamentos que contengan materias primas de control especial y dispuso que al valor CIF de los medicamentos sujetos a fiscalización internacional se sumaran el 10% por gastos de administración y el 10% por gastos de vigilancia; así mismo para las materias primas y medicamentos considerados de control especial señaló que deberán pagar 10% por gastos de administración y 10% por gastos de vigilancia y el artículo 29 de la Resolución 826 de 2003, dispone que la persona natural o jurídica que haya realizado la importación de materias primas de control especial o medicamentos que las contengan, a través del

Fondo Nacional de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social y para efectos de la liquidación de costos sobre el valor CIF de la mercancía, deberá cumplir con lo establecido en la Resolución 02776 de 2000 expedida por el Ministerio de Salud, lo que significa que en esencia el acto acusado incluye unos costos por gastos de administración y de vigilancia, lo cual es coincidente con los costos establecidos por los mismos conceptos en el artículo 57 de la Resolución 1478 de 10 de mayo de 2006.

*ii) Que no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o de la suspensión, según sea el caso.*

En este contexto corresponde a la Sala, verificar si se cumple con el segundo supuesto normativo previsto en el artículo 158 del C. C. A., esto es si el artículo 57 de la Resolución 1478 de 10 de mayo de 2006, conserva los mismos defectos de legalidad que dieron lugar a la decisión de esta Sección de anular la Resolución 2776 de 2000 y de la frase "cumplir con lo establecido en la resolución número 02776 de noviembre 1<sup>a</sup> de 2000 expedida

por el Ministerio de Salud y" del artículo 29 de la Resolución 826 de 2003, expedida por el Ministro de la Protección Social.

En este sentido la Resolución 001478 de 10 de mayo de 2006, fue expedida por el Ministro de la Protección Social, en uso de sus atribuciones legales y en especial las conferidas por la Ley 36 de 1939, Ley 9 de 1979, Ley 30 de 1986 y el Decreto Reglamentario 3788 de 1986.

En efecto, al disponer en el artículo 57 que "para efectos del retiro de la mercancía deberá cancelar el 20% sobre el valor CIF de la misma, para gastos de administración", el acto acusado, tiene los mismos defectos de los actos anulados en cuanto se alega la vulneración del artículo 338 de la Carta, por cuanto el legislador "no determinó el sistema y el método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer su reparto", del cobro que en ellos se establece por los costos sobre el valor CIF de los medicamentos de control especial, y que son importados por el Fondo Nacional de Estupefacientes, como lo ordena el citado artículo

constitucional cuando delega en las autoridades administrativas la fijación de la tarifa de una tasa o contribución.

En la sentencia a que nos hemos venido refiriendo, se consideró:

“De dicho texto superior se desprenden entonces claros principios que rigen los tributos y que son aplicables no sólo a gravámenes futuros, sino a los ya existentes: (i) el de legalidad, que consiste en que no puede existir un tributo **sin una ley previa que lo establezca**, pues ese poder de imposición sólo corresponde al Congreso, a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales; principio según el cual igualmente son la ley, las ordenanzas y los acuerdos los que deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas; (ii) el de irretroactividad, por el cual la ley, las ordenanzas y los acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo posterior a su vigencia. Principio que reitera el artículo 363 superior en su segundo inciso.

Ahora bien, en relación con el mandato contenido en el segundo inciso del artículo 338 debe destacarse, para efectos de esta decisión que de dicho texto se desprende que las tarifas de las tasas -entendidas como recuperación de los costos de los servicios que les presten a los contribuyentes- y las tarifas de las contribuciones -entendidas como participación en los beneficios que les proporcionen a los mismos contribuyentes-, pueden excepcionalmente ser fijadas por las autoridades administrativas, pero previa fijación por la ley, las ordenanzas o los acuerdos del sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto.

Sobre el anterior esta Corporación ha dicho<sup>2</sup>:

«[...] Consagra así esta norma en concordancia con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 12 de la Constitución Política, la facultad impositiva en el Estado Colombiano, y determina que los elementos de la obligación tributaria, entre ellos la tarifa de los tributos sólo pueden establecerse a través de la ley.

Pero también permite la norma constitucional que en materia de tasas y contribuciones sean las autoridades administrativas las que fijen las tarifas que se cobren a los contribuyentes bien como recuperación del costo del servicio prestado, bien en relación con el beneficio obtenido en el caso de la contribución. Señala igualmente la norma que el sistema y el método para definir las y la forma de hacer su reparto, en cada caso, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. [...]»

Con fundamento en los argumentos expuestos, procede la Sala a estudiar en concreto las disposiciones acusadas.

### **El contenido y alcance de las disposiciones acusadas**

La Resolución 2776 de 2000 fijó el procedimiento para determinar los costos sobre el valor CIF de los medicamentos de control especial, las drogas, materias primas o precursores que son importados a través del Fondo Nacional de Estupefacientes y los medicamentos que contengan materias primas de control especial, aunque no sean de control especial así:

Dispuso que al valor CIF de los estupefacientes sujetos a fiscalización internacional incluidos en las listas I, II, III, IV de la Convención de 1961 o en los grupos I, II, III y IV de la Convención de 1931 con sus modificaciones o adiciones, se sumarán los siguientes porcentajes por costos, el 10% por gastos de administración y 10% por gastos de vigilancia 10%.

Para las materias primas y medicamentos considerados por el Ministro de Salud de control especial pagarán al Fondo

---

<sup>2</sup> Sentencia de 29 de marzo de 1996; radicación 7277; actores: Hugo Sin Clavijo, Roberto Mutis Puyana y Luis Pesantes Ricaurte;

Nacional de Estupefacientes estableció el 10% por gastos de administración y 10% por gastos de vigilancia.

Excluye del cobro de dichos valores a los importadores de materias primas y medicamentos terminados de control especial, cuando los mismos tengan como destinatario exclusivo el Fondo Nacional de Estupefacientes.

El artículo 29 de la Resolución 826 de 2003 dispone que la persona natural o jurídica que haya realizado la importación de materias primas de control especial o medicamentos que las contenga a través del Fondo Nacional de Estupefacientes del Ministerio de la Protección Social y para efectos de la liquidación de costos sobre el valor CIF de la mercancía, deberá cumplir con lo establecido en la Resolución 02776 de 2000 expedida por el Ministerio de Salud.

### **El examen de las acusaciones**

Aplicando las características acotadas en relación con las «tasas» ha de concluirse que los actos acusados autorizan el cobro del 10% sobre gastos de administración y 10% sobre gastos de vigilancia sobre el valor CIF de los medicamentos de control especial, las drogas, materias primas o precursores utilizados en su fabricación y que son importados a través del Fondo Nacional de Estupefacientes, inequívocamente establecen una tasa, por consiguiente, es precisamente en relación con el cumplimiento o no de las exigencias contempladas en el artículo 338 Superior, que debe pronunciarse la Sala.

La Sala en sentencia de 12 de junio de 2008<sup>3</sup> examinó un supuesto de hecho idéntico al que se discute en el caso presente, en esa ocasión referido al recargo hasta del 60% en la venta de las drogas que creen hábito pernicioso que el artículo 4<sup>a</sup> del Decreto 257 de 1969 habilitaba al Fondo Nacional de Estupefacientes a cobrar a los compradores de tales medicamentos, para atender los gastos de administración. Sostuvo:

«[...] Acoge la Sala lo expuesto por el Ministerio Público al expresar que el recargo de que trata el artículo 4° de la disposición acusada encaja dentro de

---

<sup>3</sup> Expediente 11001-03-27-000-2003-00064-01; Actor: Jorge Camilo Paniagua Hernández; C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

la definición de tasa, puesto que está orientado a cubrir los costos del fondo por la prestación del servicio; tanto así, que la misma disposición en cuestión así lo señala cuando dispone que ese sobre costo (sic), esto es, lo que sobrepasa el costo directo e indirecto de la importación de las drogas en el Fondo realiza, se destina «para atender a los gastos de administración del Fondo» y agrega «con cargo a los cuales podrán crearse, mediante resolución del Ministro los empleos necesarios para su gestión».

Entonces, no se está solamente frente al cobro de los costos directos e indirectos en que incurrió el Fondo para la importación de las drogas que formen hábito pernicioso, sino que se trata precisamente de un cobro a quien hizo uso del servicio, esto es a quien le compró al fondo las citadas drogas, el cual al tenor de la disposición acusada debe ser utilizado para atender los gastos de administración incluidos los empleos necesarios para realizar la gestión, lo cual encaja en la características de este tributo.

La Ley 36 de 1939 no otorgó facultades al gobierno para cobrar y recaudar esta tasa ni lo hicieron las leyes posteriores que regularon la comercialización de estos medicamentos.

[...]

Dentro de este contexto, el artículo 4° del decreto acusado excedió la potestad reglamentaria, pues creó una tasa, lo cual, se repite, está reservado expresamente al legislador [...]» (subrayado fuera del texto)

Igual razonamiento cabe efectuar en relación con el cobro del 10% para financiar gastos de administración y del 10% para gastos de vigilancia que los actos acusados habilitan al Fondo Nacional de Estupefacientes a fijar sobre el valor CIF de los medicamentos de control especial, las drogas, materias primas o precursores utilizados en su fabricación que desde luego deberá pagar el importador a cuyo nombre este efectúa la operación respectiva.

Se trata de una verdadera tasa pues el cobro se hace a la persona natural o jurídica para quien el Fondo Nacional de Estupefacientes efectúa la importación y tiene por objeto

financiar los gastos de administración y vigilancia en que incurre por razón del servicio prestado.

Revisadas las Leyes 9<sup>a</sup> de 1979 y 30 de 1986 y las que determinan la estructura y funciones del Ministerio de la Salud y actualmente el Ministerio de la Protección Social se advierte que no existe norma de esa jerarquía en la que el Congreso hubiese determinado el sistema y el método con fundamento en los cuales pudiese el Fondo Nacional de Estupefacientes fijar la tarifa para la recuperación de costos de administración y vigilancia causados por la importación de medicamentos de control especial, las drogas, materias primas o precursores utilizados en su fabricación.

Fuerza es, entonces, concluir que a pretexto de ejercer la potestad reglamentaria residual, la Ministra de Salud, al expedir la Resolución 2776 de 2000, y el Ministro de la Protección Social al expedir el artículo 29 de la Resolución 826 de 2003, violaron el artículo 338 de la Constitución Política, pues facultaron al Fondo Nacional de Estupefaciente para cobrar el 10 % de gastos de administración y 10% de gastos de vigilancia, lo que como quedó expuesto constituye una tasa, sin que el Congreso hubiese previamente definido el sistema y el método para determinar tales costos, requisito sine qua non para que pudiesen hacerlo.

En el presente caso los cargos de la demanda se sustentan en la violación del artículo 338 de la Constitución Política y en la violación del principio de la cosa juzgada consagrado en el artículo 175 del C.C.A.

En efecto, según esta última disposición *"La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes"*.

Al haberse establecido que los fundamentos de la nulidad declarada por esta Corporación coinciden con los planteados en esta demanda, y no han cambiado los supuestos normativos que dieron lugar a la declaratoria de nulidad.

En estos términos procede declarar la nulidad del artículo 57 de la Resolución 1478 de 2006, por regular la misma situación fáctica de la Resolución 2776 de 2000, que fue declarada nula por esta Corporación, por ser violatoria del artículo 338 de la Carta, supuesto que continúa vigente en el ordenamiento jurídico y que da lugar a que se configure la violación del artículo 158 del C.C.A., pues reproduce una disposición ya anulada por la jurisdicción contencioso administrativa.

**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,**

**F A L L A :**

**PRIMERO:** **DECLARAR** la nulidad del artículo 57 de la Resolución núm. 1478 de 10 de mayo de 2006, por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

**Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.**

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

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Presidenta

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**

Ausente con permiso

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**