

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

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

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación núm. 110010324000201100049 00

Acción: Nulidad.

Actor: MARCELA RAMIREZ SARMIENTO

La ciudadana MARCELA RAMIREZ SARMIENTO, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A., presentó una demanda ante esta Corporación

tendiente a obtener la declaratoria de nulidad contra el artículo 2º y el numeral d) del artículo 7º de la Resolución 4377 de 2010, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

I.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.1. Como normas violadas invoca los artículos 13, 48 y 121 de la C.P., y los artículos 156 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 182 de la Ley 1122 de 2007, los cuales transcribe.

I.2. La actora, expone el concepto de violación en los términos que a continuación se sintetizan:

I.2.1. La naturaleza del derecho a recobrar los servicios no POS.

Comienza por referirse al sistema de salud creado por la Ley 100 de 1993 y al POS, e indica que frente a los medicamentos o tratamientos no cubiertos por este pero necesarios para el paciente, se generalizó el acudir a la acción de tutela para obtener su reconocimiento.

Por lo anterior, el Ministerio de la Protección Social reglamentó en 1997 los llamados “comités técnico científicos” (CTC). Así, en la Resolución 5061 de 1997, se describían los criterios para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado del POS y se describía el procedimiento para su autorización y posterior recobro al FOSYGA.

Indica que estos mecanismos, tanto la tutela como el CTC, implicaron la apertura de los beneficios del SGSSS de manera subjetiva, lo que atentó contra la viabilidad financiera y la seguridad jurídica de las entidades que se habían comprometido a garantizar el POS. Al respecto, trae a colación la sentencia SU-480 de 1997, en la que se señaló que las EPS podrían recobrar del Estado los servicios que sin estar obligadas a prestar, habían suministrado a los pacientes, para lo cual, lo más prudente era acudir al FOSYGA.

Advierte que el recobro ante el FOSYGA del que trata la norma demandada, tiene que ver con el derecho que tienen las Entidades Promotoras de Salud EPS, que por decisión de un juez de tutela, o bien por decisión del CTC asumieron el costo de un servicio excluido del POS, de repetir contra el Estado por el costo de tales servicios.

Manifiesta que, no obstante lo anterior, existe alrededor del funcionamiento de los cobros una problemática que ha puesto en peligro la viabilidad financiera de las entidades y del sistema mismo, pues se han impuesto trámites que en un momento dado pueden superar lo necesario, para rayar en lo excesivo. Las principales dificultades se refieren básicamente a la solicitud adicional de documentos innecesarios, los rechazos, las devoluciones, las aprobaciones condicionadas, la determinación de los plazos y la interpretación de la terminología utilizada en las resoluciones que regulan la materia.

Expresa que la documentación requerida para radicar la solicitud que originalmente se encontraba enumerada en el artículo 9 de la Resolución 3099 de 2008, fue adicionada por el artículo 2 de la Resolución 4377 de 2010, que se demanda.

Transcribe el artículo 9 de la Resolución 3099 de 2008 y resalta lo dispuesto por su literal f), adicionado por el artículo 2 de la Resolución 4377 de 2010, que en esta oportunidad se ataca.

Resalta que el caso concreto, se refiere a la ilegalidad de uno de los documentos que deben mantenerse actualizados o vigentes para efectos de radicar las solicitudes de recobro, específicamente *“la certificación de cumplimiento del reporte trimestral al Sistema de información de Precios de Medicamentos, SISMED, de los precios de compra de medicamentos, expedida por el SISMED en la que se indique que el archivo fue procesado exitosamente”*.

Asimismo, ataca por ilegal el artículo 7 de la Resolución 4377 de 2010 que adiciona el artículo 16 de la Resolución 3099 de 2008, y que agrega a las causales devolución de las solicitudes de recobro *“cuando la entidad recobrante no acredite el cumplimiento del último reporte al SISMED”*.

Alega que se condiciona el pago del recobro a que la entidad reclamante complete o actualice la documentación referida.

I.2.2. Es ilegal consagrar como requisito para el recobro de servicios POS, el reporte al SISMED.

Alude a que el SISMED, tendrá como objetivo proveer la información necesaria para la regulación del mercado de medicamentos en el país, y al efecto transcribe lo dispuesto en el artículo 21 de la Circular 04 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos CNPM, sobre las acciones a realizar para el efecto por parte del Ministerio de la Protección Social.

Asevera que la misma Circular 04 de la CNPM, estableció un régimen de reportes al SISMED de obligatorio cumplimiento, el cual transcribe en sus artículos 22, 23, 24.

Sostiene que si bien el reporte obligatorio al SISMED resulta fundamental para optimizar y facilitar la toma de decisiones en lo relacionado con la generación de políticas de regulación de precios de medicamentos, este reporte no puede constituirse en un obstáculo o en un requisito fundamental para que el Estado acceda a pagar los recobros por tutelas y CTC, a los cuales, por derecho constitucional y legal tienen derecho las EPS, pues estas sencillamente deben cumplir las órdenes de tutela y suministrar los servicios que ordene el CTC sin consideración a aspectos diferentes de tipo administrativo.

Alega que el Ministerio de la Protección Social dispone de herramientas para ejercer la vigilancia y el control del cumplimiento de las entidades obligadas a reportar, pero no es mediante Resoluciones que regulan el recobro de servicios no POS, sino dando aviso oportuno a la Superintendencia de Industria y Comercio SIC, quien es la competente para investigar y sancionar este tipo de omisiones.

Repara en el hecho de que ni las circulares 01 y 04 de la CNPM, ni la Ley 100 de 1993, ni desarrollos posteriores relativos al SISMED consagran una consecuencia referente a la imposibilidad de llevar a cabo los cobros de los servicios no POS, por lo que mal puede una Resolución que se ocupa de una materia sustancialmente distinta, consagrarla.

Transcribe el artículo 2 del Decreto 205 de 2003 sobre las funciones del Ministerio de la Protección Social, del que deriva sus competencias en relación con el SGSSS, para concluir que ese Ministerio, al estipular normas que buscan retrasar y entorpecer los cobros de los servicios no POS incumple flagrantemente los principios consagrados en la Ley 100 de 1993 y al efecto, reproduce el literal a) del artículo 2 de esta última.

Se refiere a jurisprudencia de esta Sección sobre los derechos colectivos a la moralidad pública y la defensa del patrimonio público, de donde infiere que normas como la expedida por el Ministerio de la Protección Social constituyen una forma de permitir que las autoridades afecten el patrimonio público, el de las EPS, y por ende, los recursos que en últimas deben ser destinados a la garantía de los servicios de salud de la población del país.

Alude a lo dispuesto en los artículos 6, 122 y 209 de la C.P., y al artículo 5 de la Ley 489 de 1999 sobre la competencia administrativa.

I.2.3. El recobro de servicios no POS en sede de constitucionalidad y el equilibrio del sistema de seguridad social en salud.

Invoca jurisprudencia de la Corte Constitucional, como las sentencias C-463 y C-316 de 2008. Recalca que esta última establece que el Estado se encuentra obligado jurídicamente al cubrimiento de las prestaciones en salud no POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el FOSYGA.

Reitera que si existe una norma que derogue la posibilidad de efectuar el recobro de tales servicios, o que introduzca injustificadamente un desequilibrio, ésta es contraria a derecho.

Luego, alude a la Sentencia T-760 de 2008, en la que se dejó claro que es el pago de un servicio médico no incluido en el plan de beneficios, lo que da lugar al surgimiento del derecho al reembolso de la suma causada por la prestación del mismo, y no circunstancias adicionales.

Invoca jurisprudencia de esta Sección en la que se asume una posición en dirección exacta a la expuesta por la Corte Constitucional para plantear que si las EPS terminan asumiendo económicamente servicios no POS, se atenta peligrosamente contra las finanzas del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Asevera que el sistema de salud no admite desequilibrios entre los ingresos y las obligaciones de las EPS; por ello, no se puede pretender que estas dispongan de los recursos previstos para el POS, para asumir los servicios no POS, lo que excede sus obligaciones legales.

Acota que el Ministerio de la Protección Social atenta contra el equilibrio de las entidades que de buena fe han contratado con el Estado, y contra el equilibrio del sistema mismo.

II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Salud y Protección Social**, mediante apoderada, y dentro de la oportunidad procesal pertinente, contestó la demanda para expresar, en síntesis, lo siguiente:

II.1.1. Alude a que la Constitución Política ordena la intervención del Estado en relación con la prestación del servicio público de salud, lo cual se encuentra plasmado en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

Afirma que el mercado de medicamentos y dispositivos médicos, por su naturaleza esencial, tiende a presentar distorsiones que requieren de intervención especial del Estado, razón por la cual le correspondió al Ministerio de Salud y Protección Social desarrollar un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos de venta en el territorio nacional, de conformidad con las políticas adoptadas por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos.

Explica que por lo anterior, se desarrolló el SISMED, a fin de optimizar la seguridad, confiabilidad y disponibilidad de la información. A través de éste sistema se brinda acceso a la información no reservada sobre precios de medicamentos a los actores del Sistema General de Salud y al público en general. En adición, el mismo dispone el acceso al FOSYGA para que consulte los precios de referencia para el proceso de recobro de los medicamentos.

Afirma que varias resoluciones han modificado la Resolución 3099 de 2009, dentro de la que se encuentra la 4377 de 2010, con el objeto de frenar el desmesurado incremento de recobros de medicamentos, procedimientos y dispositivos no incluidos en el POS. Por tal razón esta reglamentación incluye medidas como que los medicamentos de marca no podrán ser recobrados cuando el genérico esté incluido en el POS, que la solicitud de recobro no se tramitará hasta cuando la EPS no haya realizado el correspondiente reporte al SISMED, y que una solicitud de recobro no será tramitada hasta tanto no se presente la información de conformidad con el Código Único Nacional de Medicamentos CUM, con el fin de facilitar su control.

II.1.2. Se refiere al artículo 4 de la Circular 01 de 2007 de la Comisión Nacional de Medicamentos CNM, por el que modifica el artículo 24 de la Circular 04 de 2006, del que subraya el párrafo primero, que establece *“las EPS deberán reportar los precios de los medicamentos que recobren al FOSYGA, de conformidad con las normas vigentes en esta materia”*.

Por lo anterior, sostiene que la obligación de realizar el reporte al SISMED, está consagrada en dicha norma y no en el artículo 2 de la Resolución

4377 de 2010, pues esta última solicita la certificación de cumplimiento del reporte trimestral, con base en la presunción de cumplimiento de la obligación contenida en la normativa vigente por parte de la EPS.

Advierte que de acuerdo con el objeto del SISMED, la información reportada por las EPS permite realizar el análisis de los medicamentos recobrados ante el FOSYGA y el de los precios a los cuales son adquiridos por las mencionadas Entidades, siendo entonces el insumo principal para las resoluciones que este Ministerio expidió en desarrollo de las previsiones contenidas en el Decreto 4474 de 2010.

Sobre la afirmación del demandante referente a que es ilegal consagrar como requisito para el recobro de servicios POS el reporte al SISMED, advierte que el solicitar dicho reporte facilita el control y seguimiento de las políticas de precios de medicamentos y dispositivos médicos, considerando que se pueden presentar irregularidades en la comercialización de los productos en desmedro de los intereses del usuario del SGSSS.

Concluye que el requisito establecido en la Resolución, objeto de demanda, garantiza que el sistema cuente con información válida, oportuna y confiable

sobre la cual se toman políticas tendientes a garantizar la sostenibilidad del sistema, mediante la adopción de medidas de fijación de valores máximos a ser recobrados al FOSYGA.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, considera que las pretensiones del actor deben ser desestimadas, por las siguientes razones:

III.1.- Alude al artículo 48 y al inciso 2º del artículo 49 de la C.P., para señalar que ésta le da a la seguridad social el carácter de servicio público, cuya dirección está en cabeza del Estado y en consecuencia se radica la competencia en el mismo para ejercer las labores de dirección, vigilancia y control de conformidad con la C.P. y en los términos de la Ley.

Se refiere al preámbulo de la Ley 100 de 1993 y a sus artículos 4 y 8 y 152, para precisar que en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del párrafo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993, el legislador trasladó la competencia para la formulación de la política de regulación de precios de

los medicamentos, del Ministerio de Desarrollo Económico a la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos.

Indica que la mencionada Comisión expidió la circular No. 004 del 1º de septiembre de 2006 en virtud de la cual estableció el Sistema de Información de Precios de Medicamentos y al efecto, transcribe su artículo 21.

Afirma que el Capítulo VII ibídem estableció un “Régimen de Reportes”, en el que se determinan las personas naturales o jurídicas y las entidades del SGSSS que deben presentar informes periódicos a la Comisión sobre productos que tengan registrados como medicamentos ante el INVIMA, en los términos del artículo 22, modificado por el artículo 3º de la Circular No. 01 de 2007.

En relación con el régimen de reportes invoca lo dispuesto en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 4º de la Circular 01 de 2007, y señala que tanto el artículo 2º como el literal d) del artículo 7º de la Resolución 4377 de 2010, en sus apartes demandados, corresponden a adiciones de los

artículos 9º y numeral (I) del artículo 16 de la Resolución 3099 de 2008 respectivamente.

De las normas referenciadas colige que la obligación de reportar al SISMED por parte de las EPS, y de estas mismas en el caso de los recobros de medicamentos al FOSYGA, se deriva del artículo 24 de la Circular No. 01 del 14 de febrero de 2007, y más allá de ser una obligación nueva o la aplicación de una sanción, constituye en sí misma un acto de acreditación del cumplimiento de una obligación previamente establecida.

Observa que así como el Ministerio de la Protección Social determinó en el artículo 9 de la Resolución 3099 de 2008, los requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro, de igual forma determinó, como condición para no allegar con cada solicitud de recobro, la actualización o vigencia de unos instrumentos en virtud de los cuales se acreditan calidades o el cumplimiento de obligaciones necesarias para acceder al señalado reconocimiento.

Sostiene que en este mismo ejercicio el Ministerio hace la adición establecida como literal f) en el artículo 9 de la Resolución 3099 de 2008 y

la contemplada como literal d) en el numeral I del artículo 16 ibídem, por encontrar conveniente incorporar la mencionada acreditación como parte integrante de los requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros. Agrega que los precios de compra de los medicamentos constituyen un indicador y referencia necesarios para establecer el costo de la gestión de la EPS en la prestación de los servicios no POS, además de constituir la fuente de datos que alimenta el sistema de información del SISMED, teniendo en cuenta los fines para los cuales fue establecido.

Acota que en consideración a la naturaleza del servicio de salud, el mismo debe ser estrictamente reglado, lo cual no deriva necesariamente en su ilegalidad.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Las normas acusadas son los artículos 2º y 7º literal d) de la Resolución 4377 de octubre 29 de 2010, expedida por el Ministerio de la Protección Social, por la cual se modifican las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008.

El texto de las disposiciones demandadas es el siguiente:

Artículo 2°. Adiciónase el siguiente literal al artículo 9° de la Resolución 3099 de 2008 con el siguiente contenido:

“ f) La certificación de cumplimiento del reporte trimestral al Sistema de Información de Precios de Medicamentos, Sismed, de los precios de compra medicamentos, expedida por el Sismed en la que se indique que el archivo fue procesado exitosamente”.

Artículo 7°. Adiciónase el numeral (i) del artículo 16 de la Resolución 3099 de 2008, modificado por el artículo 5° de la Resolución 3754 de 2008, con los siguientes literales:

(...)

“d) Cuando la entidad recobrante no acredite el cumplimiento del último reporte al Sismed”.

De acuerdo con la demandante, las anteriores disposiciones vulneran el ordenamiento jurídico por cuanto el reporte al SISMED allí dispuesto, se constituye en un requisito ilegal para que el Estado pague los recobros de los servicios no POS a los que las EPS tienen derecho, y que han prestado con ocasión de las órdenes de tutela y los comités técnico científicos CTC.

Acota que las disposiciones demandadas desconocen el derecho al pago en comento, y resalta que es el Estado a través del Fondo de Solidaridad y

Garantía FOSYGA el obligado a efectuarlo y no las EPS con sus propios recursos o con los destinados al POS.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social indica que las normas acusadas se ajustan a derecho por cuanto las mismas tienden a controlar los precios de los recobros generados en los servicios no POS, dado su excesivo incremento; e indica que la obligación de reportar al Sismed ya se había dispuesto en la Circular 04 de 2006.

Cabe señalar, además, que el ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo intervino oportunamente como tercero coadyuvante de las pretensiones de la parte actora, y al efecto, refuerza lo señalado por ésta sobre el desequilibrio financiero al que se ven sometidas las EPS con las disposiciones demandadas y alega la pérdida del derecho al recobro que aquellas implican, entre otros cuestionamientos.

Frente a la intervención del coadyuvante la Sala prohíja lo señalado por esta Sección en sentencia de 22 de marzo de 2012, expediente No. 2006-00037, M.P. Dra. Elizabeth García González, la cual alude a otros pronunciamientos así:

“...quien concurre al litigio promovido por otra persona, solo puede acogerse al proceso dentro de los términos en que ésta presenta la demanda que se coadyuva; por tal razón no se tendrá en cuenta lo expresado por los coadyuvantes en tanto excedieron tales cargos de violación de las demandas.

Al efecto, esta Corporación ha expuesto en su Jurisprudencia lo siguiente:

“... Cabe resaltar que esta Corporación ha precisado que la intervención de los coadyuvantes y, particularmente, en tratándose de las acciones públicas, como la que se instauró en el evento sub examine, está limitada a la actividad del actor y supeditada a los argumentos que éste exprese en su libelo.

Así, en auto de 13 de mayo de 2010, (Expediente N° 2008-00101, Consejero Ponente, Doctor Marco Antonio Velilla Moreno), expresó, frente a una solicitud de adición de una demanda por parte de un coadyuvante, que por ser éste un adherente accidental del proceso, no se encontraba legitimado para exceder los límites fijados en la demanda inicial por el demandante.

Igualmente, en sentencia de 7 de octubre de 2010 (Expediente N° 2007-00010, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), se sostuvo que el coadyuvante no puede ir más allá de los argumentos de la parte que coadyuva.

*De la misma manera, la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 13 de agosto de 2008 (Expediente AP-2004-00888. Consejera ponente, Doctora Ruth Stella Correa Palacio), expuso que las facultades del coadyuvante están concebidas para contribuir a la demanda. Es un interviniente secundario o parte accesoria, por lo que su actuación se circunscribe a reforzar los argumentos de la demanda, no pudiendo reformularla, dado que **no puede actuar autónomamente.***

Las anteriores precisiones, que la Sala Prohíja en esta oportunidad, conducen a la conclusión de que si el coadyuvante no es autónomo de la parte a la que adhiere, no pudiendo por esta razón modificar las pretensiones ni proponer nuevos cargos, pues para ello podría perfectamente instaurar su propia demanda...”.¹

La Sala entonces limitará su estudio a los cargos concretos, sobre los cuales se explicó el concepto de violación y las normas violadas”. (Subrayas y negrillas son de la Sala).

2. La Sala ha de abordar el estudio de legalidad así planteado, no sin antes advertir que la Resolución 4377 de 2010 fue derogada expresamente por la Resolución 458 de 2013 en su artículo 25.

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la derogatoria del acto acusado no impide la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, habida cuenta de los efectos que el acto administrativo pudo generar durante su vigencia².

¹ Providencia de 28 de octubre de 2010 (Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González).

² En Sentencia de esta Sección de 5 de octubre de 2009, Exp. 2003-00081-01, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla, se reiteró tal criterio señalando lo siguiente:

“...habida cuenta que la derogatoria de un acto administrativo per se no hace desaparecer del mundo jurídico los efectos que hubiera podido producir durante su vigencia, ya que ello solo ocurre en virtud de la declaratoria de nulidad, debe la Sala acometer el estudio de los cargos...”

Igualmente, léase la Sentencia del 2000/10/5, Sección Primera, Exp. 5929. M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

En este orden, procede la Sala a determinar si el requisito impuesto por las disposiciones acusadas, referente a que en las solicitudes de recobro de los servicios no POS, presentados por las EPS, se deba acreditar el último reporte al sistema de información de precios de medicamentos SISMED, vulnera el orden jurídico al desconocer el pago a que aquellas tienen derecho por tal concepto.

Pues bien, sea lo primero precisar que le asiste razón a la parte actora al señalar que las Entidades Promotoras de Salud EPS, cuentan con el pleno derecho de recibir el pago de los servicios prestados no POS por parte del FOSYGA, y es claro, que el mismo no admite afectaciones que lo desconozcan. Sobre esta materia, se ha pronunciado en varias oportunidades esta Sección, de las que se destaca la Sentencia de 21 de octubre de 2010, expediente No. 2006-00388-00, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, por referirse al cubrimiento que de tales servicios deben efectuar dichas entidades con ocasión de las tutelas y los comités técnico científicos, y a los pronunciamientos de la Corte Constitucional a que hace alusión la demandante:

“Bosquejado en esos términos el esquema relativo a la prestación de los servicios básicos de seguridad social en Salud, se colige que las EPS, como entidades que tienen la responsabilidad de organizar y prestar directa o indirecta los servicios de salud, tal como lo establece el artículo 177 de la Ley 100 de 1973, en principio solamente están obligadas a suministrar los medicamentos y prestar los servicios que se encuentren incluidos en el POS, correspondiendo a los afiliados asumir en forma particular el costo de los tratamientos, procedimientos o medicamentos no previstos en aquél. No obstante lo anterior, excepcionalmente se ha venido ordenando por vía de tutela o autorizando por los Comités Técnico Científicos de las EPS. ARS y EOC, el suministro de medicamentos o la prestación de otros beneficios no contemplados en el POS, por estimarse que los mismos son necesarios para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios. Paralelamente a ello, se ha venido admitiendo por parte de nuestra justicia constitucional, que en tales circunstancias, esto es, cuando las EPS, las ARS y las EOC se ven obligadas a prestar servicios o a suministrar medicamentos no previstos en el POS, surge para ellas el derecho al recobro, esto es, a repetir contra el Estado por el valor de los beneficios no cubiertos total o parcialmente por las Unidades de Pago por Capitación, por tratarse de medicamentos y servicios con o sin homólogo en el POS adoptado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS-, (hoy Comisión Reguladora en Salud). (...) Como se puede apreciar, la Corte Constitucional, reitera lo que ya había expresado en providencias anteriores, en el sentido de precisar que el recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía, además de ser un derecho constitucional completamente justificado y legítimo, procede únicamente respecto del cubrimiento de las obligaciones expresamente excluidas del plan obligatorio de salud y efectivamente cumplidas mediante el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no previstos ni financiados en el POS...” (Subrayado fuera de texto).

Frente a lo anterior, cabe resaltar que si bien es cierto el derecho al pago por concepto de cobros por servicios no incluidos en el POS a favor de las EPS es incuestionable, ello no implica que el mismo opere sin que exista la posibilidad por parte del Estado, de exigir el cumplimiento de determinados deberes o requisitos tendientes a garantizar otros cometidos estatales en pro del sistema de seguridad social en salud.

Así, es de señalar que el establecimiento del sistema de información de precios de medicamentos SISMED, tiene su razón de ser en el esquema de control que de aquellos instituyó el Gobierno Nacional, desde la Ley 81 de 1987³. De ahí, que con fundamento en la competencia prevista en el párrafo del artículo 245 de la Ley 100 de 1993 en cabeza de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, se desarrollare un sistema que permitiera al Estado contar con información veraz y actualizada acerca de los costos de los medicamentos en el mercado nacional. La mencionada norma indica:

“ARTICULO 245. El Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos.

³ Léase la sentencia de 15 de mayo de 2014, expediente No. 2010-00228-00, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

(...)

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

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

Corresponde al Ministerio de Desarrollo hacer el seguimiento y control de precios de los medicamentos, según las políticas fijadas por la comisión.

Corresponde al Ministerio de Salud el desarrollo de un programa permanente de información sobre precios y calidades de los medicamentos de venta en el territorio nacional, de conformidad con las políticas adoptadas por la Comisión". (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la potestad allí establecida, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos expidió las Circulares No. 04 de 2006 y 01 de 2007. En este punto, conviene resaltar que el objetivo del mencionado sistema es proveer la información necesaria para la regulación del mercado de medicamentos en el país, según explica el siguiente considerando de la última circular referenciada:

“Que con base en la facultad de establecer y fijar criterios generales para la formulación de la política de regulación de precios de medicamentos, la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos, mediante Circular No 04 de 2006, dispuso normas orientadas con ese fin.

Que para apoyar la política de regulación de precios de medicamentos de la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos (CNPM), de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Circular No. 4 de 2006, el Ministerio de la Protección Social debe implantar el Sistema de Información de Precios de Medicamentos- SISMED, cuyo objetivo es proveer la información necesaria para la regulación del mercado de medicamentos en el país”.

Así, la obligación de reporte al SISMED se halla establecida en el artículo 4º de la Circular 01 de 2007 modificado por el artículo 24 de la Circular 04 de 2006, cuyo texto indica:

ARTÍCULO 4º. Modifícase el artículo 24 de la Circular No 04 de 2006, el cual quedará así:

“ARTICULO 24.- REPORTE POR PARTE DE OTRAS ENTIDADES. Todas las EPS, IPS con servicios hospitalarios y/o quirúrgicos, Empresas Sociales del Estado, Cajas de Compensación Familiar, Direcciones Territoriales de Salud que compren medicamentos, deberán reportar dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada trimestre la siguiente información discriminada mensualmente de cada medicamento adquirido, a saber:

- a) *El valor total de las compras durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento;*
- b) *El número total de unidades compradas, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento;*
- c) *El precio unitario más alto y el más bajo de compra, durante el período, de cada una de las presentaciones por medicamento;*
- d) *El número de la factura o de contrato de menor y mayor precio;*

Parágrafo primero: Las EPS deberán reportar los precios de los medicamentos que recobren al FOSYGA, de conformidad con las normas vigentes en esta materia.

Por su parte, y en atención a la función asignada en la materia al Ministerio de la Protección Social, éste profirió la Resolución 3099 de 2008 “*por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela*”, modificada parcialmente luego por la Resolución 3754 de 2008; a su turno, la Resolución 4377 de 2010, introdujo modificaciones a la Resolución 3099 de 2008, y su artículo 2º adicionó el artículo 9º con el literal f) aquí demandado. De este modo, la norma que establece los requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro, quedó con el siguiente contenido:

“Artículo 9. Requisitos generales para la presentación de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato “Formulario Radicación de Solicitudes de Recobros” y su anexo “Relación de Solicitudes de Recobro” que se adoptan a través de la presente resolución.

Siempre que se mantengan actualizados o vigentes de acuerdo con los términos que a continuación se señalan, no requerirán acompañar a cada solicitud, los siguientes documentos:

a) Certificado de existencia y representación legal de la administradora de planes de beneficios, con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días. Este documento deberá remitirse al Ministerio de la Protección Social o a la entidad que se defina para tal efecto cada seis (6) meses o cada vez que se modifique la representación legal;

b) Poder debidamente otorgado si actúa por intermedio de apoderado. Este poder deberá actualizarse cada vez que se modifique con ocasión de la renuncia o sustitución;

c) Lista de precios vigente de medicamentos, insumos y/o dispositivos del Plan Obligatorio de Salud, POS, de los proveedores de la entidad. Este documento deberá actualizarse cada vez que se presente alguna novedad, evento en el cual, deberán ser remitidos dentro de los quince (15) días siguientes a la ocurrencia de la misma;

d) Certificación de los integrantes del Comité Técnico-Científico registrado ante la Superintendencia Nacional de Salud. Esta certificación deberá actualizarse cada vez que se modifique uno o varios de los integrantes del Comité, previo registro ante la Superintendencia Nacional de Salud;

e) *El Plan General de cuotas moderadoras y copagos aplicables a sus afiliados, el cual deberá actualizarse dentro de los quince (15) días siguientes a su fijación o modificación anual.*

f) *Literal adicionado por la Resolución 4377 de 2010, artículo 2º. La certificación de cumplimiento del reporte trimestral al Sistema de Información de Precios de Medicamentos, Sismed, de los precios de compra medicamentos, expedida por el Sismed en la que se indique que el archivo fue procesado exitosamente.* (Subrayado fuera de texto).

Nótese que el texto de la norma exige que la EPS recobrante mantenga vigente y/o actualizada la información que, de acuerdo con la Circular 04 de 2006, debe remitir al SISMED, como uno de los requisitos de la respectiva cuenta a recobrar.

Ahora, el artículo 7 de la Resolución 4377 de 2010, por su parte, adicionó el numeral (I) del artículo 16 de la Resolución 3099, referente a las causales de devolución de las solicitudes de recobro, habiendo adicionado como causal para el efecto, el literal “d) *cuando la entidad recobrante no acredite el cumplimiento del último reporte al sismed*”. (Subrayado fuera de texto).

Estas adiciones a la Resolución 3099 de 2008, demandadas en nulidad, en modo alguno implican que la EPS recobrante pierda el derecho al respectivo recobro, pues lo que indica el artículo 16 de la Resolución 3099

de 2008, es que las solicitudes que hubieren sido devueltas por cualquiera de las causales allí señaladas, puede ser presentada nuevamente bajo las instrucciones que al efecto preveía la norma así⁴:

“Artículo 16. Causales de devolución de las solicitudes de recobro.

(...)

Quando se presente una o varias de las causales previstas en el presente artículo, se devolverá la totalidad de la documentación y se informará al representante legal o al apoderado de la entidad reclamante, por una (1) sola vez, el código de la causal y/o causales y las inconsistencias que deben subsanarse.

Quando se devuelva la solicitud de recobro, deberá presentarse dentro de los dos (2) meses siguientes una nueva solicitud con la totalidad de los documentos objeto del recobro.

La nueva solicitud, para efectos de lo previsto en el artículo 13 del Decreto ley 1281 de 2002, se entenderá presentada oportunamente, siempre y cuando su radicación se efectúe dentro del plazo señalado en el inciso anterior”. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es claro que, por un lado, la acreditación del reporte al SISMED cuestionada por la actora, no comporta un requisito inadmisibles frente al propósito de controlar los precios de los medicamentos

⁴ Versión vigente con anterioridad a la derogatoria surtida por la Resolución 458 de 2013.

constitutivos de los recobros, dado que es esa precisamente una de las funciones de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y del Ministerio de la Protección Social; y, por el otro, el incumplimiento del mencionado requisito no se erige en una causal para que el respectivo pago no proceda, pues el mismo se habrá de efectuar en tanto la EPS recobrante corrija o complete la respectiva información, cuando quiera que la misma no sea allegada en la solicitud inicial.

De este modo, es de recalcar que dicho requisito en nada vulnera el derecho que les asiste a las EPS al pago del correspondiente recobro, pues el Ministerio de la Protección Social tan sólo impuso una exigencia formal más que razonable para efectos de su desembolso, que no comporta el relevo por parte del FOSYGA de su función de responder por dichos pagos, ni tampoco el que aquellas deban asumir con sus propios recursos o con los del POS, los costos de los mencionados servicios, según sugiere la actora.

Ahora, la Sala no desconoce el que el Ministerio de la Protección Social se vea compelido a racionalizar el desmedido esquema de recobros de los servicios no POS, que venía afectando gravemente los recursos del

sistema de salud⁵, y de ahí que bajo tal perspectiva la medida sea de recibo, más aún cuando se ha verificado que la misma no entraña vulneración alguna a la legalidad.

Sobre la procedencia y funcionalidad del informe de precios en comento, conviene prohiar lo señalado por la Sala en la Sentencia de 15 de mayo de 2014, expediente No. 2010-00228-00, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala, en el que la misma actora que promueve la presente acción, demandó el inciso tercero del artículo 13 de la Resolución No. 548 del 12 de febrero de 2010⁶, proferida por el Ministerio de la Protección Social:

“Como se observa los medicamentos que se recobran al FOSYGA deben ser reportados a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos para que ésta provea la información necesaria para la regulación del mercado, disminuyendo asimetrías de información existentes en el sector, a través de la disposición y uso de información uniforme, integrada y de calidad. Es claro que la información que decanta la Comisión es producto de la que es remitida a su vez por todos los agentes que intervienen en las operaciones mercantiles que tienen que

⁵ Al respecto se cita el Decreto 4474 de 2010, “por el cual se adoptan medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga”.

⁶ Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- y se dictan otras disposiciones aplicables durante el período de transición de que trata el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010.

ver con medicamentos, pues se encuentran obligados a enviar esa información tanto los laboratorios farmacéuticos, importadores, mayoristas, cajas de compensación familiar como incluso las EPS, IPS, ESE, de modo que los datos que se encuentran registrados son producto de la información que éstas mismas EPS envían a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos. Así, cuando el Ministerio publica en su página web el listado de precios de medicamentos lo hace precisamente con base en los datos que provee ésta Comisión, de modo que se garantice que el pago por los medicamentos que son recobrados por las EPS al FOSYGA se haga en función de los resultados que arroje el mercado mismo. Visto el anterior procedimiento es claro para la Sala que el presunto desequilibrio en el que se hace incurrir a las EPS es inexistente, pues gastos como los de traslado de medicamentos o insumos la prestación de un tratamiento a zonas alejadas ya se encuentran contenidas en la información que es remitida por las propias EPS y demás a la mencionada Comisión”.

Así las cosas, es claro que la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la norma acusada, por lo que la Sala denegará las pretensiones de la demanda, según se expondrá en la parte resolutive de esta Providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO. DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. TIÉNESE al ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo como coadyuvante de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ
Presidente**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**GUILLERMO VARGAS AYALA
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA

