

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acción popular. Alcance / ACCION POPULAR - Principio de congruencia. Alcance / ACCION POPULAR - Desistimiento / JUEZ POPULAR - Facultades

El principio de congruencia de la sentencia, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, debe existir coherencia entre la petición formulada por el actor y la decisión adoptada por el juez, tiene un alcance menos restringido en relación con la Acción Popular, entre otras cosas, porque en tanto acción de naturaleza constitucional, desborda el límite del interés particular, para perseguir la protección integral de un derecho de rango superior y de interés general para la colectividad. Una vez se presenta la acción popular, se enerva cualquier interés particular que pudiera tener el actor en favor del colectivo, al punto que una vez aceptada la demanda no puede ser desistida por el demandante. En el mismo sentido, el juez popular adquiere la facultad de fallar a partir de los hechos planteados en la demanda, pero conforme a lo probado dentro del proceso, sin que su decisión final se limite a la apreciación particular que el actor popular vierte en sus pretensiones, justamente para garantizar la protección del derecho. Concluye la Sala que el defecto en las posibilidades de controversia y prueba de los nuevos hechos, se convierte en una trasgresión al derecho de defensa y una violación al principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual será revocada la sentencia del a quo en relación con los recursos de que trata el numeral 2, literal c) del citado artículo 221.

ACCION POPULAR - Juez. Facultades / JUEZ POPULAR - Fallo extra y ultra petita / FALLO EXTRA PETITA - Juez popular / FALLO ULTRA PETITA - Juez popular

Así, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, abre la posibilidad al juez constitucional, de ampliar o superar la causa petendi, mediante fallos extra y ultra petita, siempre que, con ello se garantice la protección real del derecho vulnerado. Como se nota, el juez popular está revestido de amplias facultades, para definir la protección del derecho, prevenir la amenaza o vulneración y, procurar la restauración del daño en caso de que éste se produzca, tal como lo ha advertido esta Sala en diferentes pronunciamientos. Lo anterior, sin exceder las fronteras mismas surgidas de los hechos de la demanda, en tanto es a partir del debate de éstos que se garantiza el derecho de contradicción y el derecho de defensa. Esto quiere decir que, si bien el juez constitucional puede apartarse en cierto modo del petitum no está autorizado para salirse del radio de acción definido por los hechos y pruebas que soportan sus pretensiones. Nota de Relatoría: Ver Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 10 de abril de 2003 y de 03 de marzo de 2005

ACCION POPULAR - Legitimación por pasiva / CONPES - Falta de legitimación por pasiva / CONPES - Concepto / FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA - Conpes

El artículo 14 de la Ley 472 de 1998 establece que la acción popular se dirige contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión amenace, viole o haya violado el derecho o interés colectivo. En relación con la situación acusada, la acción popular debe dirigirse contra aquellas autoridades públicas, que tengan la capacidad jurídica para producir efectos, por acción u

omisión, de acuerdo con su competencia, supuestos que claramente no se advierten en relación con el CONPES. En efecto, el CONPES es un organismo colegiado de carácter supraministerial, sin personería jurídica, que actúa como órgano asesor en materia económica y social, de conformidad con la Ley 19 de 1958. En consecuencia, sus actuaciones no tienen efecto vinculante, al carecer de toda capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones. En ese orden, no podría la jurisdicción atribuir responsabilidades que no están definidas por una cláusula de competencia en los términos del artículo 209 constitucional. Tampoco las pretensiones del actor podrían hacerse exigibles a todos los miembros del CONPES, ya que la atribución legal respecto del Sistema de Seguridad Social en Salud, radica en cabeza del Ministerio de la Protección Social y la facultad presupuestal en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y demás normas concordantes, respectivamente. Por lo anterior, ni el señor Presidente de la República, ni los miembros del CONPES, a excepción del Departamento Nacional de Planeación en razón de sus competencias, serán tenidos como parte de la presente acción, por falta de legitimación por pasiva. No obstante, serán notificados del presente proveído por tener interés actual frente a su resultado. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-455 del 13 de octubre de 1993, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Generalidades / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Modalidades de acceder al sistema / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen contributivo / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Régimen subsidiado / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Vinculados. Transitorios

En los términos del artículo 48 constitucional, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien tendrá la función, según el artículo 49 constitucional, de organizar, dirigir y reglamentar dicha prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. En cumplimiento de este imperativo, la Ley 100 de 1993, implementó el Sistema de Seguridad Social en Salud, dirigido a garantizar el acceso a la salud de toda la población del país, en sus diferentes niveles y, estableció en su artículo 157, las modalidades en que los participantes del Sistema acceden al servicio de salud: Unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y, otros, en forma temporal, como vinculados. Los afiliados, se integran al Sistema a través del: i. Régimen Contributivo, previo pago de la cotización reglamentaria por personas laboralmente activas, pensionados o jubilados con capacidad de pago; ii. Régimen Subsidiado: Mediante un subsidio que se financia con recursos de la Nación, de solidaridad e ingresos propios de los entes territoriales, dirigido a personas sin capacidad de pago, para cubrir el monto total o parcial de la cotización. De otro lado, están las personas participantes en calidad de vinculadas al sistema: "son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado". Nota de Relatoría: Ver Sentencia C -130 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentarúa, de la Corte Constitucional

REGIMEN SUBSIDIADO - Financiación / FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - Subcuentas / FOSYGA - Generalidades

El régimen subsidiado, se financia, entre otras fuentes, con los subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA-, constituido como una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica, administrada mediante encargo fiduciario, según los criterios de utilización y distribución de recursos, que para el efecto establece el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en adelante, CNSSS. Por su parte, el artículo 219 de la Ley 100, estableció que el Fondo se estructuraría mediante subcuentas independientes, así: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción y Salud; y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

FOSYGA - Subcuenta de solidaridad / FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - Subcuenta de solidaridad / SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD DEL FOSYGA - Cofinanciación de entes territoriales / SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD DEL FOSYGA - Fuentes de financiación

Para efectos del caso concreto, la Sala se concentrará en el funcionamiento y operatividad de la subcuenta de solidaridad del régimen subsidiado en salud, que de conformidad con el artículo 221 de la Ley 100 de 1993, está dirigida a cofinanciar con los entes territoriales, los subsidios a los usuarios afiliados. Finalmente, se debe precisar que la subcuenta de solidaridad, se nutre entre otras, de las siguientes fuentes: (artículos 222 de la Ley 100 de 1993 y 22 del Decreto 1283 de 1996). "a) Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo (artículo 222), (...)' b) El monto que las cajas de compensación familiar, de conformidad con el artículo 217 de la Ley 100, destine a los subsidios de salud; c) Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma: 1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a) y b). 2. A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a) del presente artículo; d) Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD - Sistema de seguridad social en salud / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Principio de universalidad / AMPLIACION DE COBERTURA EN SALUD - Excedentes financieros de la Subcuenta de solidaridad del FOSYGA / SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD DEL FOSYGA - Ampliación de cobertura

El Gobierno Nacional se encuentra en ostensible situación de incumplimiento frente a la obligación contenida en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en tanto la cobertura universal del servicio de salud se debió alcanzar en el año 2000. De acuerdo con el artículo 50 de la Ley 715 de 2001, los excedentes financieros, no aplicados a la continuidad del sistema, DEBEN ser invertidos en ampliación de cobertura. Para el efecto, y en concordancia con el Decreto 050 del mismo año, es fundamental contar con estudios financieros y/o técnicos que permitan establecer qué montos de los recursos del FOSYGA se aplican a la sostenibilidad del Sistema y qué montos se dirigen a la ampliación de cobertura, pues, de lo contrario se haría nugatoria la obligación legal de aumentar el número de afiliados al sistema, so

pretexto de favorecer la continuidad. No obstante, de la información anterior se evidencia que se registraron excedentes financieros acumulados en cada período, que no fueron objeto de ejecución para efectos de ampliación de cobertura, en evidente inaplicación del artículo 50 de la Ley 715 de 2001. Resulta claro que, en efecto, existía la obligación legal de invertir los excedentes financieros en ampliación de cobertura, en los términos del artículo 50 de la Ley 715 de 2001, y que este deber fue incumplido por el Ministerio de la Protección Social.

SEGURIDAD SOCIAL - Recursos. Naturaleza jurídica / RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Destinación específica / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Recursos de la seguridad social / PRINCIPIO DE COHERENCIA MACROECONOMICA - Concepto / PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD - Sistema de seguridad social / RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Recursos parafiscales / RECURSOS PARAFISCALES - Concepto / PRESUPUESTO NACIONAL - Registro de recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA

El artículo 48 constitucional, por mandato expreso, establece que los recursos de seguridad social, tienen una destinación específica, es decir, que éstos no pueden dedicarse a fines diferentes a los propósitos establecidos por el sistema de seguridad social, al consagrar que: “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”. Es así como, en desarrollo del principio de solidaridad, los recursos del sistema de seguridad social en salud tienen procedencia mixta: Por un lado, de origen público derivado del presupuesto nacional a través del Sistema General de Participaciones y del esfuerzo fiscal de las entidades territoriales, caso en el cual su aplicación se efectúa de manera inmediata y directa al Sistema y, por el otro, de origen privado, pero de interés público, derivado de las contribuciones de los afiliados. Al respecto, la norma constitucional no señaló la naturaleza jurídica de estos últimos, cuya definición se hace necesaria para el caso concreto, en tanto el más recurrente fundamento de defensa de las partes demandadas, consiste en sostener que los recursos excedentes de la subcuenta de solidaridad no fueron apropiados, entre otras razones, para dar aplicación al principio de coherencia macroeconómica, según el cual, en épocas de déficit fiscal, las autoridades deben aplazar la incorporación en el presupuesto, de gastos creados por la ley, aún existiendo recursos disponibles, obviamente, sin que afecte el principio de progresividad en el acceso a los servicios básicos. Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha manifestado, precisamente, con carácter de cosa juzgada constitucional, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son parafiscales, esto es gravámenes, establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado sector y se utilizan en su beneficio. Bajo estos supuestos, los recursos de solidaridad que percibe el Sistema de Seguridad Social en Salud, no entran a formar parte del presupuesto nacional, sino que, por su afectación, pertenecen al Sistema: Los de origen público porque ya han sido apropiados para el efecto y son de aplicación inmediata y los de origen privado por su carácter parafiscal. Desde ese punto de vista, los recursos parafiscales no se encuentran afectados directamente por los principios de universalidad presupuestal, ni coherencia macroeconómica, como lo afirman los demandados y, mucho menos, con el principio de unidad de caja. Hasta aquí queda fuera de toda duda, que los recursos de solidaridad procedentes de las contribuciones a la seguridad social son parafiscales y, como tales, no son materia de apropiación presupuestal, sin perjuicio del registro que de ellos deba hacerse en

el presupuesto nacional. Nota de Relatoría: Ver Sentencias C-577 de 1997; C-821 de 2001; C-1040 de 2003, C-824 de 2004, de la Corte Constitucional

EXCEPCION DE ILEGALIDAD - Literal b del artículo 5 del Decreto Reglamentario 050 de 2003 / PRESUPUESTO NACIONAL - Subcuenta de solidaridad del FOSYGA. Excepción de ilegalidad / SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD DEL FOSYGA - Apropiación en el presupuesto nacional. Excepción de ilegalidad

La Sala inaplicará por vicios de ilegalidad, el literal b del artículo 5º del Decreto Reglamentario 050 de 2003, por el cual se impone al Ministerio de la Protección Social la obligación de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aprobación de cupo de la subcuenta de solidaridad en el presupuesto nacional, en consideración a que, como ya se explicó: i. Su contenido contraría el postulado contenido en el artículo 48 Superior, según el cual, los recursos del Sistema de Seguridad Social son de destinación específica, de manera que al sujetar su ejecución a la ley de apropiaciones, se restringe su aplicación y se afectan los principios de eficiencia de los recursos, progresividad y universalidad del Sistema. ii. Es contrario al artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que en ninguno de sus apartes ordena apropiar en el Presupuesto General de la Nación los recursos del FOSYGA, ya que en tanto parafiscales, sólo deben incluirse en el presupuesto para efectos de su estimación, de manera que, su administración y ejecución, debe realizarse de acuerdo con sus normas de creación. Así, en los términos de la Ley 100 de 1993, tales atribuciones se radican en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. iii. La orden para apropiar recursos debe ser objeto de una Ley Orgánica en virtud de la reserva contenida en los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, según los cuales, sólo a través de leyes orgánicas se regulará lo correspondiente a la programación, preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, de manera que, ni un decreto reglamentario, ni una ley ordinaria pueden tener ingerencia en asuntos de carácter presupuestal.

FOSYGA - Administración de recursos / FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - Administración de recursos / CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Manejo del portafolio del FOSYGA / PRINCIPIO DE EFICIENCIA - Sistema de seguridad social en salud

El artículo 218 de la Ley 100 de 1993, establece que los recursos del FOSYGA serán administrados mediante encargo fiduciario, según los criterios de utilización y distribución de recursos, que para el efecto establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. De allí que la facultad del CNSSS, en calidad de consejo administrador, es la de fijar pautas en el manejo del portafolio, que se concreta en la propuesta operativa que forma parte integral del contrato suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y quien haga las veces de administrador fiduciario. Estos criterios operativos del portafolio, deben propender no solamente por custodiar y ejecutar debidamente los recursos, sino también por evitar la pérdida de su poder adquisitivo, hasta tanto los mismos, según su realización, deban ser invertidos en la continuidad de las afiliaciones y/o en la ampliación de cobertura. En ese orden, si la inversión del portafolio corresponde a las condiciones establecidas en la propuesta

operativa en cuanto a límites de inversión y plazos de realización, no se encuentra, en principio, objeción en cuanto hace a la administración de los recursos, ello por cuanto se daría aplicación al Principio de Eficiencia, previsto en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, que tiene por objeto la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Generalidades / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Requisitos para protección del derecho colectivo

El concepto de Moralidad Administrativa, en tanto principio constitucional predicable de la función administrativa y, derecho colectivo, ha alcanzado un amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva. De lo anterior se colige, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, requiere para su protección que: 1. La Acción u omisión corresponda al ejercicio de la función pública. 2. Que la acción u omisión necesariamente haya lesionado el principio de legalidad. 3. Que se desvíe el cumplimiento de la función en perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. Que aún sin existir beneficio en favor del servidor público o de un tercero, la desviación del interés general sea de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo. Nota de Relatoría: Ver Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007, M.P. Enrique Gil Botero; expediente AP 03113, actor Nidia Patricia Narváz Gómez.; Exp-AP-720 de 2005; Exp AP-166 de 2001; Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007, M.P. Enrique Gil Botero.

ACCION POPULAR - Fosyga. Ampliación de cobertura en salud. Subcuenta de solidaridad / SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Principios. Eficiencia, Universalidad, Solidaridad e Integralidad / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Vulneración

La omisión frente al deber legal contemplado en el artículo 50 de la ley 715 de 2001, de invertir los excedentes de la subcuenta de solidaridad en ampliación de cobertura, lesiona sin lugar a dudas, además del artículo 209 Superior, los artículos 365 y 366 constitucionales, según los cuales, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar la atención preferente a las necesidades básicas insatisfechas de salud a todos los habitantes del territorio nacional. Dicha conducta atenta, además, contra los principios de Eficiencia, Universalidad, Solidaridad e Integralidad, que rigen el servicio público esencial de seguridad social en Colombia, definidos así por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993. La conducta del Gobierno Nacional restringe, sin causa justificada, los beneficios a que da derecho la seguridad social a la población afiliada, excluyendo a un porcentaje representativo de la población colombiana, de donde cabe afirmar que, en efecto, los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad se han mantenido invertidos de manera indefinida en el portafolio de inversión, apartándose de la finalidad específica adjudicada por el artículo 48 constitucional, beneficiando indirectamente el gasto público diferente a salud y el sistema financiero, según se encuentren invertidos en títulos de deuda pública o en certificados de depósito a término. En este plano, la moralidad administrativa nada tiene que ver con el

concepto de desviación de poder, pero si con el despliegue de una conducta capaz de producir impactos negativos en la colectividad y trasgredir principios frente a los cuales el Estado Social de Derecho asume un deber de conducta especialmente riguroso en punto a garantizar los derechos fundamentales bajo su tutela y satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de la población. En el presente caso la omisión que se endilga al Gobierno Nacional reporta una grave incidencia en la dinámica del Sistema de Seguridad Social en Salud, en perjuicio de las personas todavía vinculadas al sistema, que no han logrado alcanzar el estatus de afiliados, a que tiene derecho. La Universalidad como postulado del derecho a la seguridad social en salud, en cuanto garantía colectiva, se retarda cuando el Ejecutivo aplaza la destinación de recursos atados por virtud del artículo 48 constitucional, mediante la adopción de trámites que obstaculizan el gasto social, existiendo suficiencia de recursos, aspecto que vulnera además el principio de Eficacia que orienta el Sistema de Seguridad Social.

ACCESO AL SERVICIO PUBLICO DE SALUD - Derecho prestacional / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Principio de progresividad. Principio de universalidad

De otro lado, encuentra la Sala vulnerado también el derecho colectivo de acceso al servicio público de la salud, pues, si bien este es un derecho prestacional, que no es de aplicación inmediata, también lo es que, ese derecho abstracto, se concreta con reglas y procedimientos prácticos que lo tornen efectivo dentro de un límite racional de tiempo. En ese sentido, la Ley 100 de 1993, fijó el límite a la progresividad en cuanto al acceso al servicio de salud, estableciendo el año 2000 como plazo para alcanzar la universalidad, meta incumplida por la sumatoria de varios factores, entre los que se encuentra la inejecución de recursos por ausencia de planeación y organización en su ejecución. La seguridad social en salud, en tanto sistema, requiere del funcionamiento de los procedimientos instaurados que, en el caso concreto, se revela en la obligación legal de contar con claros criterios de gasto con cargo a cada una de las fuentes que integran el FOSYGA, y especialmente, la de solidaridad y redistribución del ingreso. Cuando una de las piezas del sistema no funciona adecuadamente, ésta se convierte en un componente que suma en detrimento de la garantía de acceso a la salud, en este caso en perjuicio de miles de colombianos que todavía ingresan al sistema en calidad de vinculados y no de afiliados como lo establece la Ley. Es evidente la violación de procedimientos aún con anterioridad a la expedición de la ley 715 de 2001. La inadecuada planeación financiera en cuanto al gasto de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, constituye un eslabón que en lugar de asegurar la progresividad, contribuye a ampliar la brecha entre lo ordenado por la ley y la realidad actual. Nota de Relatoría: Ver sentencia SU-111 de 1997, de la Corte Constitucional

ACCION POPULAR - Incentivo / INCENTIVO ECONOMICO - Finalidad / INCENTIVO ECONOMICO - Derecho. Mandato legal / INCENTIVO ECONOMICO - Monto. Discrecionalidad del juez

Según lo ha manifestado la Sección Tercera del Consejo de Estado las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento y lo que debe motivar a los ciudadanos a

interponerlas es la solidaridad, lo cual no se opone a que la ley haya establecido una compensación a la carga adicional que asumen las personas que ejercitan una acción en beneficio de la comunidad y no en el mero interés individual. Tal beneficio económico, fue concebido como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración. El derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, surge del mandato legal; aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional. Por tal razón, la Sala ha reconsiderado la cuantía que puede reconocer como incentivo, a pesar de las imprecisiones y fallas probatorias en que incurrió el actor popular. Nota de Relatoría: Ver: sentencia AP-125 de 27 de enero de 2005; Expediente AP-1755, consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP)

Actor: LUIS FANOR MARTINEZ PEÑARANDA

Demandando: NACION-MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL; FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA -FOSYGA-; CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD; NACION- MINISTERIO DE HACIENDA; NACION - SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD; CONSORCIO FISCALUD

Referencia: ACCION POPULAR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante, como por algunos de los demandados contra la sentencia del 18 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de acción popular dirigida a proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna, así:

“ [...] **SEGUNDO.-** En consecuencia, las partes accionadas y citadas al proceso, a través de sus representantes legales, dentro del término de un (1) año contado a partir de la fecha en que quede en firme este proveído, deberá adoptar las medidas administrativas ya enunciadas, no sólo para apropiar y destinar en forma definitiva las partidas presupuestales correspondientes al sistema subsidiado de salud, sino además para obtener la ampliación de la cobertura de dicho régimen, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2º literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, junto con las demás normas y razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO.- Recóncese a la parte accionante, señor LUIS FANOR MARTINEZ PEÑARANDA, un incentivo único equivalente a la suma de treinta salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, el cual será cancelado en porcentaje del cincuenta por ciento (50%) por el Gobierno Nacional (...)’ (...) y el otro cincuenta por ciento (50%) por los restantes miembros permanentes del CONPES, conforme a los argumentos y dentro del término expuesto en la parte motiva de éste proveído.

CUARTO.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto. [...]”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

El 8 de julio de 2003, el señor Luis Fanor Martínez Peñaranda, obrando en nombre propio, instauró acción popular, contra la Nación - Ministerio de Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga - Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; Ministerio de Hacienda; Superintendencia Nacional de Salud y, Consorcio Fisalud, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y el Acceso a los Servicios Públicos y a su prestación eficiente y oportuna, previstos en la Ley 472 de 1998.

1.1 Hechos.-

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

Los artículos 211 y siguientes de la Ley 100 de 1993 regulan el régimen subsidiado de salud, que tiene por objeto financiar la atención de personas pobres y vulnerables que no cuentan con capacidad de pago. Para su funcionamiento, la citada ley, crea el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA -, sin personería jurídica, adscrito al Ministerio de la Protección Social, el cual se estructura a partir de cuatro (4) subcuentas independientes, dirigidas a cofinanciar, en salud, a los entes territoriales. Una de esas Subcuentas, es la de Solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud.

Los recursos del FOSYGA son administrados mediante encargo fiduciario y corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, determinar, entre otros, los criterios de utilización y distribución de los recursos, en su calidad de Consejo Administrador. Hasta diciembre del año 2005, el consorcio **FISALUD**, integrado por: Fiducolombia S.A., Fiduciaria La Previsora S.A., y Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducafé S.A., mediante contrato No. 255 de 2000, administró los dineros del citado fondo.

De acuerdo con información reportada por el Ministerio de la Protección Social, para el año 2003 en el que se instauró la acción popular -, la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA, presentaba un saldo de **NOVECIENTOS TREINTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE** (\$930.000'000.000.00).

Afirma el actor popular que estos recursos parafiscales de destinación específica, originados en el punto de solidaridad del régimen contributivo, no han sido aplicados en la ampliación de cobertura del régimen subsidiado de salud. Lo anterior, por cuanto han permanecido invertidos, de manera indefinida, en CDT's y títulos de deuda pública - TES y TDA -, en orden a solventar el déficit fiscal de la Nación y beneficiar al sector financiero. A esta situación ha contribuido el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al no presupuestar tales montos, con el fin de invertirlos en la forma indicada por el legislador.

En consecuencia, la inejecución de tales recursos, según el actor popular, afecta cerca de veinte millones (20.000.000) de colombianos pobres y vulnerables, con lo que se evidencia el quebrantamiento a los derechos colectivos de la moralidad administrativa, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones de cobertura y, al derecho de acceso a la infraestructura de servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna.

1.2 Pretensiones.-

Con fundamento en lo expuesto, el actor popular solicitó acceder a las siguientes pretensiones:

- Ordenar a las entidades demandadas, según su competencia, establecer la cobertura que puede obtenerse, de conformidad con la cuantía de los recursos que actualmente tiene la subcuenta de solidaridad del FOSYGA.
- Trasladar la totalidad de los recursos de la citada subcuenta a los entes territoriales del país, con el fin de ampliar la cobertura del régimen subsidiado.
- Ordenar que hacia el futuro, los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, sean efectivamente presupuestados y ejecutados.
- Adicionalmente, solicitó reconocer el incentivo del 15% del valor destinado a ampliar la cobertura del régimen subsidiado.

2. La actuación procesal en Primera Instancia.-

2.1 Aceptación de la demanda.-

Se ADMITIÓ la demanda presentada por el señor Luis Fanor Martínez, mediante providencia de 23 de octubre de 2003, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado una vez surtido el recurso de apelación, con ocasión del rechazo de la demanda en primera instancia. (fl 53 del cuaderno principal)

Mediante la citada providencia, se dispuso informar a los miembros de la comunidad, la existencia de la acción popular de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998. Trámite cumplido por el actor popular, según publicación efectuada en el diario El Tiempo, el día 19 de abril de 2004 (fl. 818 del cuaderno 2).

2.2 Contestación de la demanda.-

Efectuadas las respectivas notificaciones, las entidades demandadas, presentaron en tiempo la contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones planteadas, así: Ministerio de la Protección Social, mediante escrito radicado el día 19 de enero de 2004 (fls 147 a 217 del cuaderno No.1). Ministerio de Hacienda y Crédito Público por escrito radicado el día 19 de enero de 2004 (fls 72 a 91 del cuaderno No. 1); Consorcio Fisalud, escrito radicado el día 19 de enero de 2004 (fls 94 a 100 del cuaderno No.1); Superintendencia Nacional de Salud, mediante escrito radicado el día 19 de enero de 2004 (fl 231 a 241 del cuaderno No.1).

La defensa de las entidades demandadas para justificar la inaplicación de recursos se concreta, básicamente, en los siguientes puntos:

2.2.1 La obligación de asegurar, con cargo a los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, la sostenibilidad de las afiliaciones existentes.

El derecho a la salud impone la continuidad en su prestación, en desarrollo del principio de eficiencia, característico del servicio público y de la seguridad social.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta claro que quien presta o realiza un servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer, no sólo la eficiencia de aquel sino su continuidad¹. Acogiendo tales principios se han expedido normas como la Ley 715 de 2001 y el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio de las cuales se define la forma y operación del Régimen Subsidiado en Salud, consignando como criterio previo para ampliar la cobertura, el de garantizar la continuidad en la afiliación de la población pobre que se encuentre afiliada al Sistema.

En el entendido de que los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA son complementarios a los destinados por la Nación y por los distritos y municipios para la financiación del régimen subsidiado, se valida una política de gradualidad, ahorro ante el riesgo y seguridad. Gradualidad con el fin de identificar diariamente los potenciales beneficiarios del sistema; ahorro ante el riesgo con el fin de mantener la base de recursos que garantice la continuidad de los afiliados y seguridad entendida como el manejo de un portafolio que garantice disponibilidad de recursos y rentabilidad que permita mantener su poder adquisitivo.

2.2.2 Los límites presupuestales impiden apropiar la totalidad de los recursos de salud, por falta de espacio presupuestal y como garantía del principio de coherencia macroeconómica.

Señalan los demandados que los recursos de la subcuenta de solidaridad deben, por disposición del artículo 123 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, ser incorporados al presupuesto General de la Nación.

En tal orden, la Constitución deja en manos del Gobierno Nacional la decisión de incluir las partidas de gastos necesarias en cada vigencia fiscal, pero enmarcada en lo señalado por el Plan de Desarrollo. Para efectos de planear el gasto se debe tener en cuenta el artículo 47 del Estatuto Orgánico de Presupuesto que a la letra, dice:

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-562 de 1999.

“Corresponde al Gobierno preparar anualmente el Proyecto de Presupuesto General de la Nación con base en los anteproyectos que le presenten los órganos que conforman este presupuesto. El Gobierno tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se deban incluir en el presupuesto”.

Entre esos principios, se encuentra el de coherencia macroeconómica, en virtud del cual, el presupuesto en su integridad debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República. La estabilidad macroeconómica requiere que se defina un monto total de presupuesto por año, dados unos ingresos con los que cuenta y unas metas fiscales posibles. Dentro de ese presupuesto, se distribuyen los espacios presupuestales o posibilidades de gasto que se necesiten para los diferentes sectores, donde es determinante el Plan Nacional de Desarrollo, el cual establece las prioridades del gasto. En la medida en que todos los ingresos suman, si se presupuestara la totalidad de recursos de la subcuenta de solidaridad, se restaría espacio fiscal a otros gastos de igual importancia.

2.2.3 El cumplimiento de las metas previstas por el Gobierno Nacional en el Plan Nacional de Desarrollo en materia de ampliación de cobertura.

Señalan los demandados que de conformidad con los artículos 2,150, 209, 334, 339, 341, 346, 352, 365 y 366 de la Constitución Política, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Para ello, la Ley señala una serie de herramientas como son el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones, a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional.

Para el período 2002 - 2006, el Congreso de la República aprobó el respectivo Plan de Desarrollo mediante la Ley 812 de 2003, en el que se definió la meta de ampliación de cobertura para el régimen subsidiado. Esta meta se fijó en el orden de 5.000.000 de nuevos afiliados al régimen subsidiado, de la cual hasta el año

2004, se había logrado la afiliación efectiva de 4.809.115 colombianos pobres y vulnerables que corresponde al 96% de la meta propuesta. Al finalizar el año 2005 se esperaba contar con 7.209.185 afiliados, con lo cual se demuestra como se supera la meta del cuatrienio en 2.209.185 afiliados. Lo anterior, permite afirmar sin lugar a dudas, que el Gobierno Nacional ha efectuado acciones tendientes a garantizar el acceso al servicio público de salud en cumplimiento de sus mandatos constitucionales.

2.3 Audiencia de pacto de cumplimiento.-

Conforme a lo ordenado por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, en auto del 26 de enero de 2004, se citó a las partes a la audiencia especial de pacto de cumplimiento, que se realizó el día 19 de febrero del mismo año. La audiencia se declaró fallida, en razón a la ausencia de algunas de las partes y a la falta de ánimo de las otras de llegar a pacto. (folios 336 a 395, cuaderno 1).

2.4 Pruebas.-

Por auto de 27 de febrero de 2004, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, decretó las pruebas solicitadas, las cuales fueron aportadas dentro de la oportunidad legal. (fl 436 a 438 del cuaderno principal)

2.5 Alegatos de conclusión.-

Practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (folio 831 de cuaderno 2). Tanto el demandante como las partes demandadas y el Ministerio Público presentaron en tiempo sus respectivos alegatos, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación. (fls 834, 844,862, 894, 927, 975 del cuaderno 2 y 1374 a 1428, 1431 a 1435 del cuaderno 2).

Por su parte, el Ministerio Público, antes del vencimiento del término para alegar, solicitó integrar el litis consorcio necesario, vinculando, al Señor Presidente de la República, al Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y demás miembros permanentes del CONPES. El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 27 de julio de 2004, ordenó su vinculación al proceso y les corrió traslado para contestar la demanda. Dentro del plazo establecido, los litisconsortes, presentaron los escritos correspondientes. (folios 980 a 1634 del cuaderno 2).

2.6 Sentencia de primera instancia.-

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, aceptó parcialmente las pretensiones de la demanda, según sentencia de 18 de marzo de 2005. Luego de hacer un análisis de la normatividad aplicable al caso concreto y, del material probatorio aportado, el *a quo* llegó a las siguientes conclusiones:

“[...]Examinadas aisladamente las conductas del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS, al abstenerse de ampliar la cobertura del régimen subsidiado por no contar con los recursos suficientes para darle sostenibilidad al sistema y al invertir los dineros de la subcuenta de solidaridad en títulos valores, ellas no constituyen violación del ordenamiento jurídico. (...)’ ‘(...) No obstante lo anterior, miradas estas conductas de manera conjunta con la renuencia del Gobierno Nacional a incluir las apropiaciones para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, establecidas en el artículo 221 de la Ley 100 de 1993, indirectamente impide que los recursos de la subcuenta sean mayores para contar con un respaldo financiero suficiente que permita ampliar la cobertura del régimen subsidiado de salud, se advierte una tremenda inequidad y una violación grave y sistemática de los principios y obligaciones del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política, con grave perjuicio para la población pobre del país. (...)’

‘(...) accederá la Sala parcialmente a las pretensiones planteadas ya que no obra prueba fehaciente o concreta en el expediente, que le demuestre a la Sala que el GOBIERNO ‘(...) ha efectuado las acciones necesarias para dar cumplimiento a los requerimientos legales previstos en la Ley Anual de Presupuesto, ordenándose incluir en los proyectos de presupuesto para los años 2006 y siguientes , las partidas establecidas en el numeral 2º , literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, con destino a la subcuenta de solidaridad FOSYGA, con lo que se evidencia quebrantamiento al derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, ya que por falta de disponibilidad presupuestal se ha obstaculizado la ampliación de la cobertura del régimen subsidiado de salud hacia los colombianos menos favorecidos. (...)’

‘(...) en lo que hace relación con la pretensión de traslado de la totalidad de los recursos de la subcuenta de solidaridad a los entes territoriales del país , se considera que, por lo ya expuesto deberá ser despachadas (sic) desfavorablemente(...)’ ‘(...) se hace necesario que se apropien los recursos necesarios para cumplir con tal objeto, y que dentro de los planes presupuestales sean asignadas las partidas correspondientes a cada ente territorial, según sus necesidades, de conformidad con lo expuesto en los artículos 356 y 357 de la Constitución, en la Ley 715 de 2001 y en la ley 812 de 2003.”

3. Recurso de apelación.-

El demandante, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de demandados y las siguientes entidades vinculadas al proceso: Presidencia de la República - Consejería para la equidad de la Mujer -; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Departamento Nacional de Planeación; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de la República; Ministerio de Cultura; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Ministerio de Ambiente,

Vivienda y Desarrollo Territorial y la Federación Nacional de Cafeteros, como integrantes del CONPES, interpusieron recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia de 18 de marzo de 2005, el cual fue concedido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el día 15 de abril de 2005. (folio 1721 de cuaderno 4).

Vencido el término de tres (3) días, otorgado mediante auto de 24 de mayo de 2005, para sustentar los recursos de apelación, estos se admiten mediante auto de 16 de junio de 2005, con excepción de los interpuestos por el Ministerio de Cultura, de Agricultura y Desarrollo Rural y, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (fl 1729 y 1837 de cuaderno No.4) . En cumplimiento del artículo 37 de la Ley 472 de 1998 y, en concordancia con el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, numeral 3, se ordena incorporar las pruebas allegadas por el Departamento Nacional de Planeación y practicar las solicitadas por el Ministerio de la Protección Social en sus escritos de sustentación del recurso, en tanto versan sobre hechos ocurridos con posterioridad a las oportunidades para allegar y solicitar pruebas en primera instancia, para lo cual se establece un plazo de diez (10) días.

4. Trámite en segunda instancia

Por auto de 21 de abril de 2006, se corrió traslado a las partes hasta el día 7 de junio del mismo año, para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto. El demandante, el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Federación Nacional de Cafeteros, el Departamento Nacional de Planeación y el Banco de la República, intervinieron oportunamente, reiterando los argumentos expuestos a lo largo de la primera instancia y la sustentación al recurso de apelación, respectivamente. [folios 1881 y s.s. del cuaderno No.4)

En la sustentación del recurso y sus alegatos, las partes coinciden en argumentar la posible violación al debido proceso, originada en la incongruencia de la sentencia frente a lo solicitado por el actor popular y a la imposibilidad de controvertir estos nuevos hechos a que hace referencia el Tribunal en su

providencia; todo ello por cuanto la demanda apuntaba a la destinación de los recursos de que trata el literal a) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, mientras que, la sentencia se falló en relación con las transferencias de los recursos del Sistema General de Participaciones de que trata el literal c), numeral 2º del mismo artículo.

De otro lado, tanto la Presidencia de la República como los miembros del CONPES insisten en la excepción de falta de legitimación por pasiva, en tanto carecen de personería jurídica para actuar.

4.1 Pruebas en segunda instancia-

Previo a resolver el recurso de apelación y, con fundamento en el artículo 169 del C.C.A, el despacho ordenó mediante auto de 28 de septiembre de 2006, el recaudo de información adicional, que reflejara el comportamiento histórico de los recursos que forman parte de la subcuenta de solidaridad del Fosyga, acompañados de las valoraciones o estudios que permitieran establecer qué porcentaje o cuantía de los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga podrían destinarse al propósito establecido en el inciso primero del artículo 221 de la ley 100 de 1993, sin afectar la continuidad del sistema. (fls 1963 a 2007 del cuaderno principal).

Las partes aportaron la información requerida, con excepción de las valoraciones y estudios solicitados, según se informa mediante autos de 22 de noviembre de 2006 y 30 de enero de 2007, respectivamente. Por lo anterior, el despacho mediante auto de tres (3) de marzo de 2007, ordenó diligencia de inspección judicial realizada el día 27 de marzo del mismo año (Fls 2187 y siguientes).

En ella, fueron revisadas y analizados los siguientes documentos:

- Oficio del Ministerio de la Protección Social No. 50188 de fecha 30 de marzo de 2004, aclarado mediante oficio 52194 de 01 de abril de 2004, por el cual se acredita: 1. El monto de los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA, población en número de afiliados, de acuerdo con contratación iniciada a 1º de abril de 2003. 2. El valor a 2004 de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada UPC-S y el número de población que eventualmente puede ampararse con los recursos del FOSYGA. 3. Los valores de las ampliaciones de cobertura del régimen subsidiado de 1996 a 2004 y valor de los recursos excedentes de la liquidación de los contratos de administración de recursos del régimen subsidiado de vigencias anteriores al 2004 y sus rendimientos financieros. (FI 470 del cuaderno principal y 576 y ss del cuaderno No.2).
- Comunicación de FISALUD, número 91159 de 26 de marzo de 2004. (fl 478 principal y 519 y s.s. del cuaderno 2)
- Oficio Superintendencia Nacional de Salud por el cual certifica las evaluaciones de auditoria que ha realizado sobre la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, cuáles son los montos que hoy reporta dicha subcuenta, cuál ha sido su destinación durante los últimos tres meses (por parte de FISALUD), cuál la composición del portafolio de inversiones, cuáles los rendimientos y sus aplicaciones. (flio 471,474 y 480 del cuaderno principal)
- Oficios de 30 Secretarías Departamentales de Salud y del Distrito de Bogotá, mediante los que se certifica cobertura en el régimen subsidiado en salud en la contratación de 1º de abril de 2003, población aproximada desprotegida, origen de los recursos para la ampliación de cobertura en el año 2003 y si actualmente están involucrados recursos de la subcuenta de solidaridad FOSYGA. (fl 459 a 821 del cuaderno No.2)
- Copia Auténtica del contrato de encargo fiduciario celebrado entre el Ministerio de Salud - FOSYGA y el Consorcio FISALUD No. 000255 de 2000. (fl 518 y ss del cuaderno 2)

- Oficio de la Dirección Nacional de Planeación No.94 de 26 de marzo, por el cual se remite información estadística sobre población pobre y en miseria y cobertura en Salud al 2003. (fl 504 del cuaderno 2)
- Oficio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, radicado el día 12 de abril de 2004, en el que informa el destino que se le ha dado a los recursos provenientes de la colocación TES en los años 2002 y 2003. (fl 620 y ss cuaderno 2)
- Oficio 1215 de 2 de abril de 2004, del Ministerio de la Protección Social - Dirección General de Financiamiento, por la cual se remiten los estudios que han servido de soporte a las decisiones de Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, específicamente las proyecciones que se realizaron para dar sostenibilidad a la cobertura de salud en el régimen subsidiado. (fl 775 del cuaderno 2)
- Oficio de 25 de marzo de 2004, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual se informa la razón por la cuál no se han asignado los recursos ordenados por el Artículo 221 de la Ley 100 de 1993, para cofinanciar la ampliación de la cobertura en salud. (fl 793 del cuaderno 2)

II. Consideraciones.-

1. Competencia.-

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y varios de los demandados, contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en los términos del artículo 16 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 1º del Acuerdo número 55 del 5 de agosto de 2003.

2. Aspectos previos.-

Previo al análisis del fondo del asunto, la Sala se pronunciara respecto de las consideraciones adicionales presentadas como argumentos de la apelación por los demandados:

2.1. Incongruencia del Fallo de Primera Instancia.-

El principio de congruencia de la sentencia, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, debe existir coherencia entre la petición formulada por el actor y la decisión adoptada por el juez, tiene un alcance menos restringido en relación con la Acción Popular, entre otras cosas, porque en tanto acción de naturaleza constitucional, desborda el límite del interés particular, para perseguir la protección integral de un derecho de rango superior y de interés general para la colectividad.

Una vez se presenta la acción popular, se enerva cualquier interés particular que pudiera tener el actor en favor del colectivo, al punto que una vez aceptada la demanda no puede ser desistida por el demandante. En el mismo sentido, el juez popular adquiere la facultad de fallar a partir de los hechos planteados en la demanda, pero conforme a lo probado dentro del proceso, sin que su decisión final se limite a la apreciación particular que el actor popular vierte en sus pretensiones, justamente para garantizar la protección del derecho.

Así, el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, abre la posibilidad al juez constitucional, de ampliar o superar la *causa petendi*, mediante fallos extra y ultra petita, siempre que, con ello se garantice la protección real del derecho vulnerado:

“ARTÍCULO 34. SENTENCIA. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. **La Sentencia que acoja las pretensiones de la demanda de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés**

colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. *La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.*

La condena al pago de los perjuicios se hará 'in genere' y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C. P. C.; en tanto se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional a favor del actor.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo". (resaltado y subrayado fuera de texto)

Como se nota, el juez popular está revestido de amplias facultades, para **definir** la protección del derecho, **prevenir** la amenaza o vulneración y, **procurar** la restauración del daño en caso de que éste se produzca, tal como lo ha advertido esta Sala en diferentes pronunciamientos.² Lo anterior, sin exceder las fronteras mismas surgidas de los hechos de la demanda, en tanto es a partir del debate de éstos que se garantiza el derecho de contradicción y el derecho de defensa. Esto quiere decir que, si bien el juez constitucional puede apartarse en cierto modo del

² Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 10 de abril de 2003 y de 03 de marzo de 2005.

petitum no está autorizado para salirse del radio de acción definido por los hechos y pruebas que soportan sus pretensiones.

El *sub lite* se estructura a partir de la falta de ampliación de cobertura en el régimen subsidiado, debido a la inaplicación de los recursos correspondientes al punto de cotización del régimen contributivo de que trata el literal a) del artículo 221 de la Ley 100 de 1992 y el fallo del Tribunal se concretó en el incumplimiento, por parte del Gobierno Nacional, de las transferencias de los recursos del Sistema General de Participaciones en los porcentajes de que trata el numeral 2, literal c) del citado artículo 221, acogiendo en su totalidad el concepto emitido por el Ministerio Público, el cual además, parte de una errónea interpretación de la norma citada.

En el presente caso, el extemporáneo planteamiento del Ministerio Público durante el término para presentar alegatos de conclusión, impidió su debate procesal, desbordando el objeto de la acción popular planteada por el actor y debatida por los demandados, pues si bien en el fallo de primera instancia, se desestimaron los cargos expuestos por el actor popular frente a los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, se adoptó como fundamento sustantivo de éste, los nuevos hechos propuestos por la Procuraduría, en detrimento evidente del derecho de defensa.

En el caso particular, la falta de congruencia es de tal magnitud, que el mismo actor popular reclama:

“ f. Que con la decisión cuestionada, como se vera más adelante, se hizo un giro imprevisto al planteado por el suscrito actor, al pretender en forma distinta al de la presente acción, CONFUNDIR los términos de las pretensiones que fueron detalladas una a una, para concentrarse en la política macroeconómica del Estado, y referirse, no a los recursos a que se dirige la demanda, sino a aquéllos que son de carácter presupuestal, los que tradicionalmente han sido conocidos como “paripassu” distintos sin duda en la fuente de los mismos[...]

Concluye la Sala que el defecto en las posibilidades de controversia y prueba de los nuevos hechos, se convierte en una trasgresión al derecho de defensa y una violación al principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual será revocada la sentencia del *a quo* en relación con los recursos de que trata el numeral 2, literal c) del citado artículo 221.

Conviene, anotar que este punto relativo a los recursos del *paripassu* (recursos del Sistema General de Participaciones aportados para el sector salud por el Gobierno Nacional), fueron materia de la sentencia C-040 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño, en la cual se dejan claros los deberes del Gobierno Nacional respecto de la obligación de cofinanciar el régimen subsidiado, así como los parámetros, no regresivos, en que debe efectuarlo.

2.2. Falta de legitimación por pasiva.-

En relación con la vinculación ordenada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca al señor Presidente de la República y a todos los miembros del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, se presentó de manera unánime la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Al respecto, la Sala estima fundado el reclamo común, en atención a las siguientes consideraciones:

El artículo 14 de la Ley 472 de 1998 establece que la acción popular se dirige contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión amenace, viole o haya violado el derecho o interés colectivo. En relación con la situación acusada, la acción popular debe dirigirse contra aquellas autoridades públicas, que tengan la capacidad jurídica para producir efectos, por acción u omisión, de acuerdo con su competencia, supuestos que claramente no se advierten en relación con el CONPES.

En efecto, el CONPES es un organismo colegiado de carácter supraministerial, sin personería jurídica, que actúa como órgano asesor en materia económica y social, de conformidad con la Ley 19 de 1958. En consecuencia, sus actuaciones no tienen efecto vinculante, al carecer de toda capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones.

La Corte Constitucional ha reconocido que el CONPES es un organismo asesor del Gobierno, pero no es el Gobierno, tal como consta en sentencia C-455 del 13 de octubre de 1993, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. En ese orden, no podría la jurisdicción atribuir responsabilidades que no están definidas por una cláusula de competencia en los términos del artículo 209 constitucional. Tampoco las pretensiones del actor podrían hacerse exigibles a todos los miembros del CONPES, ya que la atribución legal respecto del Sistema de Seguridad Social en Salud, radica en cabeza del Ministerio de la Protección Social y la facultad presupuestal en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y demás normas concordantes, respectivamente.

Finalmente, la vinculación de los integrantes del CONPES, obedece a la solicitud efectuada por el Ministerio Público al Tribunal, a propósito de las transferencias de recursos del Sistema General de Participaciones al régimen subsidiado, cuya viabilidad se desestima en acápite anterior, de manera que, por defecto pierde toda legitimidad la integración del eventual litis consorcio necesario.

Por lo anterior, ni el señor Presidente de la República, ni los miembros del CONPES, a excepción del Departamento Nacional de Planeación en razón de sus competencias, serán tenidos como parte de la presente acción, por falta de legitimación por pasiva. No obstante, serán notificados del presente proveído por tener interés actual frente a su resultado.

3. Caso Concreto.-

3.1. Problema Jurídico.-

Corresponde a la Sala establecer si se vulnera la moralidad administrativa y/o el acceso al servicio público de salud, en cuanto que los recursos de que trata el literal a) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, no han sido aplicados en la ampliación de cobertura en salud de los entes territoriales, por encontrarse invertidos, de manera indefinida, entre otros, en títulos de deuda pública y CDT's, modificado su destinación específica en favor de terceros.

3.2.- Análisis.-

Para resolver estos interrogantes se efectuarán algunas consideraciones acerca de: **i.** El Régimen Subsidiado dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud; **ii.** Requisitos para invertir recursos de la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA, en ampliación de cobertura. **iii.-** La naturaleza jurídica de los recursos que financian la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA y su implicación presupuestal. **iv.** Portafolio de Inversión de los recursos que integran la subcuenta de solidaridad del FOSYGA. **v.** Análisis respecto de la vulneración de la Moralidad Administrativa y del Acceso al Servicio Público de Salud.

3.2.1. El Régimen Subsidiado en el Sistema de Seguridad Social en Salud.-

En los términos del artículo 48 constitucional, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien tendrá la función, según el artículo 49 constitucional, de organizar, dirigir y reglamentar dicha prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad .

En cumplimiento de este imperativo, la Ley 100 de 1993, implementó el Sistema de Seguridad Social en Salud, dirigido a garantizar el acceso a la salud de toda la población del país, en sus diferentes niveles y, estableció en su artículo 157, las modalidades en que los participantes del Sistema acceden al servicio de salud:

Unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y, otros, en forma temporal, como vinculados.

Los afiliados, se integran al Sistema a través del: i. **Régimen Contributivo**, previo pago de la cotización reglamentaria por personas laboralmente activas, pensionados o jubilados con capacidad de pago; ii. **Régimen Subsidiado**: Mediante un subsidio que se financia con recursos de la Nación, de solidaridad e ingresos propios de los entes territoriales, dirigido a personas sin capacidad de pago, para cubrir el monto total o parcial de la cotización.

De otro lado, están las personas participantes en calidad de vinculadas³ al sistema: *“son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”*⁴

El citado artículo 157 estableció una clara orientación⁵ tendiente a ampliar la cobertura del régimen contributivo y subsidiado; al respecto, dispuso: **“A partir del año 2.000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional**

³ Sentencia C -130 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. *“Esta clase de participantes al Sistema de Seguridad Social en Salud son transitorios, pero, no por ello constituyen un tercer régimen, como claramente se desprende del artículo 157 de la ley 100 de 1993 que se refiere ya no a los regímenes de Seguridad Social en Salud, sino a los “sujetos protegidos” denominándolos “participantes en el Sistema de Seguridad Social en Salud”, para señalar que, a partir de la vigencia de la citada ley, todo colombiano participará del servicio público esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal manera, que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. Esto es, que accederán a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados o deban afiliarse a alguno de los dos (2) regímenes establecidos”*

⁴ Ley 100 de 1993. Artículo 157.

⁵ Sentencia C- 130 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería. *“La Sala Plena se permite llamar la atención del Gobierno en el sentido de indicar que no obstante, como se indicó anteriormente el grupo de participantes vinculados está llamado a desaparecer, por cuanto para el año 2000 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar ya formando parte de alguno de los dos (2) regímenes y para esta época ya no debían existir vinculados al sistema, se observa que aún existe este grupo de personas cuando de hecho ha debido cumplirse la preceptiva legal desde hace dos (2) años, sin que hasta la fecha se haya dado estricto cumplimiento.”*

reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162". (subrayado fuera de texto)

El régimen subsidiado, se financia, entre otras fuentes, con los subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA-, constituido como una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, sin personería jurídica, administrada mediante encargo fiduciario, **según los criterios de utilización y distribución de recursos, que para el efecto establece el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud**, en adelante, CNSSS.

Por su parte, el artículo 219 de la Ley 100, estableció que el Fondo se estructuraría mediante subcuentas independientes, así:

- a) De compensación interna del régimen contributivo;
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;**
- c) De promoción y Salud; y
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

Para efectos del caso concreto, la Sala se concentrará en el funcionamiento y operatividad de **la subcuenta de solidaridad del régimen subsidiado en salud**, que de conformidad con el artículo 221 de la Ley 100 de 1993, **está dirigida a cofinanciar con los entes territoriales**, los subsidios a los usuarios afiliados.

Finalmente, se debe precisar que la subcuenta de solidaridad, se nutre entre otras, de las siguientes fuentes: (artículos 222 de la Ley 100 de 1993 y 22 del Decreto 1283 de 1996)

- “ [...] a) **Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo** (artículo 222), (...)’
- b) El monto que las cajas de compensación familiar, de conformidad con el artículo 217 de la Ley 100, destine a los subsidios de salud;
- c) Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma:**

1. En los años 1994,1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a) y b).
 - 2. A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a) del presente artículo;**
- d) Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos; [...]" (resaltado fuera de texto)

Es precisamente respecto de la aplicación de los recursos previstos en el literal a) de la norma transcrita, que funda su inconformidad el actor popular.

Las personas afiliadas al régimen subsidiado en salud se vinculan a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad. Con cargo a dichos recursos se reconoce a las ARS, por cada uno de sus afiliados, la denominada unidad de pago por capitación subsidiada UPS-S

3.2.2. Requisitos para invertir recursos de la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA, en ampliación de cobertura.

Estima la Sala que es necesario revisar el procedimiento señalado por la ley, para ampliar la cobertura del régimen subsidiado de salud, con fondos de la subcuenta de solidaridad, con el fin de establecer si en el caso concreto, se ha registrado alguna omisión en el trámite, que pueda afectar el núcleo esencial del derecho a la salud de manera colectiva y la aplicación de los principios de eficiencia, universalidad e integralidad previstos en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

Revisadas las normas que regulan la inversión de recursos del FOSYGA, se tiene que, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, se pueden identificar tres (3) momentos en cuanto a las exigencias requeridas para ampliar la cobertura en el régimen subsidiado:

- **Desde la expedición de la ley 100 de 1993, hasta la promulgación de la ley 715 de 2001.**

Durante este período, no se estableció un procedimiento específico para efectos de invertir en la ampliación de cobertura del servicio de salud, a criterio de esta Sala, porque el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, marcó como derrotero, precisamente, alcanzar la universalidad del sistema en el año 2000, a través de un esquema amplio de oferta de subsidios.

Por tal razón, durante los años 1994 a 1996, se registró un significativo esfuerzo fiscal de la Nación, originado en la obligación prevista en el numeral 1º, literal c) del artículo 221 de la Ley 100 de 1993, según el cual, su aporte a la subcuenta de solidaridad hasta el año 1996, no podía ser inferior a los recursos generados con ocasión del punto de cotización de solidaridad del régimen contributivo más el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinaran a los subsidios en salud, de manera que, tal aporte, se fuera reduciendo paulatinamente a partir del año 1997 hasta el año 2000, período en el que teóricamente debía alcanzarse la universalidad en las afiliaciones y la sostenibilidad financiera del Sistema.

A la fecha, resulta evidente que no se alcanzó la meta legalmente establecida por el legislador, según la cual, **todo** colombiano, **debería** estar vinculado al Sistema a través del régimen contributivo o del régimen subsidiado para el año 2000, motivo que lo llevó a replantear el modelo, dando prioridad a la continuidad de los beneficiarios del sistema, antes que a la ampliación de cobertura.

- **Desde la expedición de la Ley 715 de 2001 hasta el Decreto 050 de 2003.-**

A partir de la expedición de la Ley 715 de 2001, se estableció la necesidad de jerarquizar el gasto, dando prelación a la continuidad en la prestación del servicio a los afiliados existentes, bajo la modalidad de “subsidio a la demanda”. Así, el párrafo 2º del artículo 48 de la citada Ley, dispuso que: “ *En ningún caso podrá haber ampliación de cobertura mientras no se garantice la continuidad de los recursos destinados a financiar la población pobre mediante subsidios a la demanda*”.

Es así como el artículo 50 de la Ley 715, estableció una participación del FOSYGA, concurrente y subsidiaria con los entes territoriales, que se estructuró de la siguiente manera:⁶

Para garantizar la continuidad de la población afiliada, los recursos del FOSYGA, se distribuyen a todos los municipios en el monto requerido, una vez descontados, los recursos del Sistema General de Participaciones y los recursos propios de las entidades territoriales, esto es, subsidio a la demanda. Los recursos del FOSYGA que no se requieran para garantizar la continuidad, se deben distribuir entre los entes territoriales para el financiamiento de la ampliación de la cobertura, de acuerdo con los criterios, que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

- **A partir del Decreto 050 de 2003 a la fecha.-**

Si bien continuó en plena vigencia el esquema introducido por la Ley 715 de 2001, con la expedición del Decreto 050 de 2003, se reguló de manera específica el flujo de los recursos del régimen subsidiado, desde el origen de cada una de las fuentes

⁶ Artículo 50 de la Ley 715 Recursos complementarios para el financiamiento de los subsidios a la demanda. Los recursos de cofinanciación de la Nación destinados a la atención en salud de la población pobre mediante subsidios a la demanda, deberán distribuirse entre los entes territoriales de acuerdo a las necesidades de cofinanciación de la afiliación alcanzada en la vigencia anterior, una vez descontados los recursos del Sistema General de Participaciones en salud y los recursos propios destinados a financiar la continuidad de la cobertura. El monto excedente deberá distribuirse para el financiamiento de la ampliación de cobertura entre los entes territoriales, de acuerdo con los criterios que establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Los recursos distribuidos por este concepto de ampliación de cobertura para cada ente territorial, no podrán exceder los montos necesarios para alcanzar la cobertura total de la población por atender en dicho territorio, hasta que el total nacional se haya alcanzado.

Anualmente, la Nación establecerá la meta de ampliación de cobertura Nacional para la vigencia siguiente, la cual deberá reflejarse en la apropiación de recursos presentada en el proyecto de Ley de Presupuesto."

que lo financian, hasta su pago y aplicación. En ese orden, la programación y distribución de los recursos de la subcuenta de solidaridad, se debe efectuar, de acuerdo con el procedimiento previsto en el literal b) del artículo 5 del citado Decreto, de la siguiente manera:

El Ministerio de la Protección Social, debe presentar al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la solicitud de cupo de aprobación de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, de acuerdo con las necesidades de recursos para garantizar la continuidad de la afiliación al régimen subsidiado y la meta de ampliación de cobertura para la siguiente vigencia, para lo cual: “ [...] **deberá contar con un estudio de sostenibilidad financiera de mediano plazo**[...]”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público comunica al Ministerio de la Protección Social, el monto apropiado en la ley anual de presupuesto, para la siguiente vigencia fiscal, destinado a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Así, con el monto de recursos apropiados del Sistema General de Participaciones distribuidos por el CONPES, con los recursos disponibles en cada entidad territorial y con el monto apropiado para el régimen subsidiado, el CNSSS, aprueba el presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía y hace la distribución de los recursos de la subcuenta de solidaridad, entre los entes territoriales, conforme a las necesidades de cofinanciación de la afiliación alcanzada en la vigencia en curso y los cupos de ampliación de cobertura, en la cual se da prioridad a las entidades territoriales con mayor rezago.

De lo anterior, la Sala infiere que:

i. El Gobierno Nacional se encuentra en ostensible situación de incumplimiento frente a la obligación contenida en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en tanto la cobertura universal del servicio de salud se debió alcanzar en el año 2000.

ii. De acuerdo con el artículo 50 de la Ley 715 de 2001, los excedentes financieros, no aplicados a la continuidad del sistema, **DEBEN** ser invertidos en ampliación de cobertura. Para el efecto, y en concordancia con el Decreto 050 del mismo año, es fundamental contar con estudios financieros y/o técnicos que permitan establecer qué montos de los recursos del FOSYGA se aplican a la sostenibilidad del Sistema y qué montos se dirigen a la ampliación de cobertura, pues, de lo contrario se haría nugatoria la obligación legal de aumentar el número de afiliados al sistema, so pretexto de favorecer la continuidad.

Es así como de las cifras aportadas por el Ministerio de la Protección Social, mediante oficio radicado el día 20 de noviembre de 2006, que obra a folio 1995 del cuaderno No.4, en concordancia con la información suministrada en primera instancia por el consorcio FISALUD, que obra a folios 320 a 322 del cuaderno No.2, se puede establecer que los ingresos acumulados de la subcuenta de solidaridad, correspondientes a los años 2000 a 2006, de los cuales se discrimina el valor de los ingresos por concepto del punto de cotización, fueron los siguientes: (FI 2003 del cuaderno No.4)

Cuadro No. 1

Concepto Ingresos	Acumulados 2000	Acumulados 2001	Acumulados 2002
Total Subcuenta e Solidaridad	\$ 418.788.817.96	\$ 617.135.798.04	\$803.812.566.677
Punto de Cotización	\$ 386.316.526.32	\$ 500.676.227.28	\$515.947.018.604

Concepto Ingreso	Acumulado 2003	Acumulado 2004	Acumulados 2005	Apropiado 2006
Total Subcuenta e Solidaridad	\$1.134.801.268.60	\$1.356.888.275.38	\$1,527,420,717,99	\$1,678.655.256.72
Punto de Cotización	\$590.453.211.885	\$618.149.506.544	\$768.645.461.568	\$829,388,000,000

Cotización				
-------------------	--	--	--	--

De esta manera se acredita la existencia de los recursos a que hace mención el actor popular, sin embargo, al revisar el comportamiento total de ingresos de la subcuenta de solidaridad, frente a las apropiaciones efectuadas y su ejecución para cada año, según datos aportados por el Ministerio de Protección Social, se tiene: (fls1977, 2003 y 2004 del cuaderno No. 4)

Cuadro No.2

Sub - cuenta De Solidaridad	2000	2001	2002
Total Ingresos	\$522.101.428.294,0	\$737.890.636.093.8	\$757.677.527.722,3
Total Apropiación Presupuestal	\$ 502.182.426.000,0	\$680.752.114.000.0	\$585.000.000.000,00
Total comprometid	\$302.399,524,228,0	\$649.162.965.758,0	\$575.690.722.203,00
Total Ejecutado		\$508.365.631.559,8	\$539.072.694.773.3

Concepto	2003	2004	2005	2006
Total Ingresos	\$980.810.864.998,9	\$1.091.952.931.877,9	\$1,276,992.493.316, 80	\$1,584.799.99
Total Apropiación Presupuestal	\$715,314,546,000,0	\$905,714,590,427.00	\$1.057,530,390,000,0	\$1,584,799,99
Total comprometid	\$709.287.784657	\$886.914.446.784	\$1.041.502.281.480	1.054.362.455
Total				Ejecución del 5

Ejecutado	\$558.723.665.062,2	\$724.552.498.855,63	\$953.940.841.616.24	Sep de 2006
------------------	---------------------	----------------------	----------------------	-------------

De acuerdo con la información reportada, se concluye que se efectuaron ejecuciones que oscilaron entre el 60.22% y 98.48% del total de recursos apropiados con cargo a la subcuenta de solidaridad, de manera que no es cierta la afirmación del demandante, según la cual, la **“totalidad”** de los recursos de la Subcuenta de Solidaridad han permanecido de manera indefinida en inversiones en TES y CDT'S, pues necesariamente para atender las ejecuciones se han venido realizando los diferentes activos del portafolio de inversión.

No obstante, de la información anterior se evidencia que se registraron excedentes financieros acumulados en cada período, que no fueron objeto de ejecución para efectos de ampliación de cobertura, en evidente inaplicación del artículo 50 de la Ley 715 de 2001.

Este aspecto se corrobora, a través de la desagregación de los conceptos de gasto de la subcuenta de solidaridad, en la que claramente no se incluye partida para ampliación de cobertura con cargo a estos recursos.(fl 2004 del cuaderno No. 4). Igualmente se confirma, a partir de la información recaudada mediante diligencia de inspección judicial en segunda instancia - cuaderno 2 de los anexos-, la existencia de excedentes sin ejecutar, para los cuales expresamente el Ministerio de la Protección Social, manifestó la urgencia de establecer una política de gasto, así:

- 31 de diciembre de 2002 se tenía por concepto de excedentes la suma de \$767.090 millones. (oficio 000064 de 25 de junio de 2003 del Ministerio de Protección Social)
- A 31 de diciembre de 2003, se tenía por concepto de excedentes la suma de \$982.779 millones (Oficio 0339 de junio 15 de 2004 del Ministerio de la Protección Social)

- A 31 de diciembre de 2005, se tenía por concepto de excedentes la suma de \$1.352.864.445.014 (Oficio 2339 de junio 22 de 2006 del Ministerio de la Protección Social)

La inexistencia de gasto para ampliación de cobertura se acredita también, para el año 2003, a partir de la información certificada por cada uno de los departamentos del país. Cuadro No. 3.(Fls 489 a 821 del cuaderno 2).

Resulta claro que, en efecto, existía la obligación legal de invertir los excedentes financieros en ampliación de cobertura, en los términos del artículo 50 de la Ley 715 de 2001, y que este deber fue incumplido por el Ministerio de la Protección Social.

Al respecto, se debe destacar que también resulta probado cómo estos excedentes no se encontraban comprometidos en la continuidad de las afiliaciones, pues de acuerdo con las proyecciones del FOSYGA, recaudadas con ocasión de la inspección judicial realizada el día 27 de marzo de 2007, se pudo establecer la suficiencia de los recursos de la Subcuenta de Solidaridad para atender los gastos del año 2000 en adelante (anexo 1 al Acta de Inspección Judicial de 27 de marzo de 2007), sin necesidad de comprometer los excedentes , ni los rendimientos financieros.

Para los años 2000, 2001 y 2002, se allegaron en la citada diligencia los Acuerdos 164, 190 y 230, en los que se realizaron provisiones para la continuidad de las afiliaciones con cargo a la subcuenta de solidaridad, con registro de 0 para efectos de ampliación de cobertura (folio 30 del cuaderno 1 correspondiente a la diligencia de inspección de fecha 27 de marzo de 2007) , sin afectar excedentes, registrando modestos avances en ampliación de afiliaciones al régimen subsidiado. Así por ejemplo, los valores de ampliación de cobertura del régimen subsidiado entre los años 2000 a 2003, registraron un escaso incremento, así: (fl 576 del cuaderno No2)

Año	Afiliados contratados	% de variación	Variación

2000	9.510.566	2%	184.734
2001	11.069.182	16%	1.558.616
2002	11.444.003	3%	374.821
2003	11.867.947	4%	423.944

3.2.3. Naturaleza Jurídica de los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del FOSYGA y su implicación presupuestal.

El artículo 48 constitucional, por mandato expreso, establece que los recursos de seguridad social, **tienen una destinación específica**, es decir, que éstos no pueden dedicarse a fines diferentes a los propósitos establecidos por el sistema de seguridad social, al consagrar que: *“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”*.

Es así como, en desarrollo del principio de solidaridad, los recursos del sistema de seguridad social en salud tienen procedencia mixta: Por un lado, de origen público derivado del presupuesto nacional a través del Sistema General de Participaciones y del esfuerzo fiscal de las entidades territoriales, caso en el cual su aplicación se efectúa de manera inmediata y directa al Sistema y, por el otro, de origen privado, pero de interés público, derivado de las contribuciones de los afiliados.

Al respecto, la norma constitucional no señaló la naturaleza jurídica de estos últimos, cuya definición se hace necesaria para el caso concreto, en tanto el más recurrente fundamento de defensa de las partes demandadas, consiste en sostener que los recursos excedentes de la subcuenta de solidaridad no fueron apropiados, entre otras razones, para dar aplicación al principio de coherencia macroeconómica, según el cual, en épocas de déficit fiscal, las autoridades deben aplazar la incorporación en el presupuesto, de gastos creados por la ley, aún existiendo recursos disponibles, obviamente, sin que afecte el principio de progresividad en el acceso a los servicios básicos. Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a folio 1818, sostiene:

“ [...] La estabilidad macroeconómica a que nos hemos referido, requiere que se defina un presupuesto por año, dados unos ingresos con los que se cuenta (...) todo lo cual define las metas fiscales posibles. Dentro de ese presupuesto posible se distribuyen los espacios presupuestales o posibilidades de gasto, que se necesita en los distintos sectores. En este punto es determinante el ya mencionado Plan de Desarrollo, el cual fija las prioridades de gasto (...) Para dar un ejemplo, si se incluyen todos los recursos disponibles para salud, que si cuenta con la fuente de recursos, se utilizaría del espacio fiscal total más del 30% del gasto del presupuesto de inversión de cada año y por ejemplo la educación, carreteras, servicios públicos, que no cuentan con fuentes de recursos especiales, no podrían ser incorporados al presupuesto por que (sic) el espacio fiscal estaría utilizado por los recursos de salud”

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha manifestado, precisamente, con carácter de cosa juzgada constitucional, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, son parafiscales, esto es gravámenes, establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado sector y se utilizan en su beneficio. El efecto de cosa juzgada resulta implícito al concepto de parafiscalidad, en la medida que guarda unidad de sentido con el dispositivo de innumerables sentencias de constitucionalidad: Sentencias C-577 de 1997; C-821 de 2001; C-1040 de 2003, C-824 de 2004, de forma que, no podrían estos fallos relativos al manejo de recursos de la seguridad social, tener sentido sino a partir del carácter parafiscal que se les otorga. Así, en tanto parafiscales, su afectación está dirigida a un propósito específico como característica fundamental.⁷

Sobre este carácter parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, ha manifestado la Corte que:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se solucionan con

⁷ C-040 de 1993 M.P. Ciro Angarita.

los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización, no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de Seguridad Social en Salud. (...)

'(...)Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el presupuesto nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos y privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas.(...)⁸ (resaltado y subrayado fuera de texto)

Bajo estos supuestos, los recursos de solidaridad que percibe el Sistema de Seguridad Social en Salud, **no entran a formar parte del presupuesto nacional**, sino que, por su afectación, pertenecen al Sistema: Los de origen público porque ya han sido apropiados para el efecto y son de aplicación inmediata y los de origen privado por su carácter parafiscal. Desde ese punto de vista, los recursos parafiscales no se encuentran afectados directamente por los principios de universalidad presupuestal, ni coherencia macroeconómica, como lo afirman los demandados y, mucho menos, con el principio de unidad de caja.

⁸ Ver sentencias: C-577 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-480 de 1997, C-821 de 2001 y C-1040 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas.

Lo anterior, no es óbice para que la Ley anual de presupuesto, **de cuenta de éstos**, sin que ello signifique apropiación de los recursos por el acto presupuestario, más aun tratándose de los recursos del punto de cotización, que constituyen la fuente principal de la subcuenta de solidaridad, de origen privado, pero de interés público.

Para corroborar lo afirmado, basta con atenerse al tenor literal del artículo 29 de del Estatuto Orgánico de Presupuesto, según el cual:

“Art. 29.- Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la Ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. **El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la Ley que los crea** y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación **se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado** de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración. (Ley 179 de 1994 Art. 12, Ley 225 de 1995 Art. 2). (subrayado fuera de texto)

Hasta aquí queda fuera de toda duda, que los recursos de solidaridad procedentes de las contribuciones a la seguridad social son parafiscales y, como tales, no son materia de apropiación presupuestal, sin perjuicio del registro que de ellos deba hacerse en el presupuesto nacional.

De otra parte, también resulta inexacta la afirmación efectuada de manera recurrente por el Ministerio de Hacienda, según la cual, en los términos del artículo 123 del Estatuto Orgánico de Presupuesto: “[...] *los demás recursos del Fosyga,*

vale decir, los recursos de las Subcuentas de Solidaridad y de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, sean incorporados al Presupuesto Nacional para efectos de su ejecución. [...]” (subrayado fuera de texto) (fl del cuaderno No. 4), veamos por qué:

“Art. 123.- Los recursos que se producen a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía en desarrollo del mecanismo de compensación y promoción de que trata el artículo 220 de la Ley 100 de 1993, no se constituirán en sujeto de obligación de incluirse en el Presupuesto General de la Nación.”

La exclusión a que hace referencia el artículo 123 debe entenderse en concordancia con el ya citado artículo 29, es decir, las subcuentas de promoción y compensación, en tanto recursos parafiscales, se excluyen de **la obligación de estimarse en el presupuesto**, como excepción al artículo 29, en atención a la dificultad y complejidad que ofrece su contabilización.

Así mismo, resulta imperativo concluir que el artículo 123, no tiene el alcance conferido a partir de la errónea interpretación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues contrario a lo afirmado, NO establece NINGUNA obligación de apropiar los recursos de la Subcuenta de Solidaridad, ni de ninguna otra cuenta del FOSYGA. Al respecto, conviene anotar, que la interpretación del Estatuto Orgánico de Presupuesto es restrictiva y, que al Gobierno Nacional sólo le está autorizado aquello que se encuentre expresamente permitido por la Ley, de manera que nada tiene que ver la obligación de estimar el monto de los recursos del FOSYGA en el presupuesto, con la obligación de programar, apropiar y, mucho menos, ejecutar esos recursos de carácter parafiscal.

Por lo anterior, resulta inadmisibile que con fundamento en la argumentación presentada por los demandados, tan sólo se apropie un porcentaje de los recursos de solidaridad y, se inaplique el resto dejando de lado su específica destinación. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en relación con las entidades que administran recursos parafiscales :

“[...] no existe ninguna razón para que el Ejecutivo establezca específicamente cuáles partidas deben ser reducidas o aplazadas, ni que consagre trámites particulares que puedan afectar la autonomía administrativa de tales entidades. Esta decisión debe entonces ser tomada por las respectivas entidades autónomas, conforme a la valoración que hagan de sus propias prioridades. Admitir que el Gobierno pueda reducir o aplazar partidas específicas de las otras ramas del poder y de los otros órganos autónomos del Estado, o pueda tener injerencia en la administración de sus recursos, implica entonces un sacrificio innecesario y desproporcionado de la autonomía de esas entidades, en nombre de la búsqueda de la estabilidad macroeconómica y de la sanidad de las finanzas públicas, por lo cual esa interpretación es inadmisibile. [...]” (subrayado fuera de texto) Corte Constitucional. Sentencia C-192 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

“ [...] Es decir, la Corte ha preservado la autonomía de las entidades que administran recursos parafiscales, en cuyas determinaciones presupuestales no puede tener injerencia el Gobierno Nacional, y ha puesto de presente que los recursos por ellas manejados no hacen parte del presupuesto general.”

Lo cual, visto en relación con la norma demandada, hace ver su palmaria inconstitucionalidad, en cuanto, contrariando la Ley Orgánica de Presupuesto y los principios superiores expuestos, y por la vía de la ley anual, pretende otorgar influencia al Ejecutivo Nacional en el manejo de los recursos parafiscales y forzar la reducción o aplazamiento de apropiaciones presupuestales y los ajustes de los presupuestos, como si dependieran del Presupuesto Nacional, sin reconocer la autonomía de la que deben gozar las juntas o consejos directivos correspondientes.[...]”

Ahora bien, en cuanto a la afirmación del Ministerio de Hacienda, según la cual, los recursos del FOSYGA no responden a la clasificación de contribuciones parafiscales sino a la categoría prevista en el artículo 30 del Estatuto Orgánico de

Presupuesto, esto es, **fondos especiales**: “[...]que no son ingresos corrientes, recursos de capital ni se enmarcan dentro de la definición de contribuciones parafiscales”,⁹ definidos como los ingresos destinados a la prestación de un servicio público específico o los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador, es pertinente aclarar que esta Sala no puede desatender el carácter parafiscal que la jurisprudencia ha dado a los recursos de la seguridad social, en cuanto - como se expuso en apartes precedentes -, el punto ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional.

No obstante, si se aceptara esta clasificación, como en efecto lo ha hecho una importante corriente doctrinaria, no por ello pierden su carácter constitucional de rentas de destinación específica, en los términos del artículo 48 Superior, de allí que su tratamiento presupuestal, no difiere del otorgado a las rentas parafiscales, pues ante la ausencia de reglamentación, es necesario aplicar por analogía, las mismas reglas presupuestales previstas para los parafiscales, en atención a que comparten el mismo supuesto de hecho: Destinación específica y obligación de estimarse dentro del presupuesto, sin que se registre exigencia alguna de apropiación presupuestal.

El mismo artículo 1º de la Ley 225 de 1995, compilado en el artículo 11 del Decreto 111 de 1996, señala: "*El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional [..]*".

Por su parte, los fondos especiales, también constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja, pues de acuerdo con los artículos 11, 34 y 75 del Decreto 111 de 1996, las contribuciones parafiscales, los fondos especiales y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional no están

⁹ Gaceta del Congreso No. 242 de 1995, pág. 8

comprendidos dentro del principio de unidad de caja, definido de la siguiente manera en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996:

"Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación".

Entonces, si los fondos especiales constituyen una excepción al principio de unidad de caja, su determinación, recaudo y aplicación, se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador, siendo aplicable, por interpretación analógica, todo el análisis efectuado en relación con los recursos parafiscales.

En conclusión, no existe argumento válido para mantener recursos del FOSYGA sin ejecutar, so pretexto de las limitaciones presupuestales que impone el principio de coherencia macroeconómica, en tanto éstos no están sujetos a apropiación sino a estimación presupuestal, de donde corresponde al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, establecer los criterios de utilización y distribución de los recursos, según prescribe el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, todo lo anterior en total armonía con el artículo 367 constitucional.

Por las anteriores razones, la Sala desestima este argumento de defensa pues tal criterio afecta el núcleo esencial del derecho colectivo de acceso al servicio público de salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna, al retardar sin causa justificada, la materialización de los principios de solidaridad, progresividad y universalidad.

En consecuencia, se ordenará al Gobierno Nacional abstenerse de incluir en el presupuesto nacional, con fines de apropiación, los recursos del FOSYGA, especialmente los que integran la subcuenta de solidaridad originados en las contribuciones de los afiliados al Sistema y aportes de las cajas de compensación familiar, los cuales deben ser presupuestados y ejecutados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, sin más restricciones que las

establecidas en la Ley 100 de 1993 y en concordancia con lo previsto en el artículo 9º de la ley 1122 de 2007, según la cual, debe presupuestarse la totalidad de los recursos de dicha subcuenta.

Así, con fundamento en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, según la cual:

“Artículo 12.- Las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable.”¹⁰

la Sala inaplicará por vicios de ilegalidad, el literal b del artículo 5º del Decreto Reglamentario 050 de 2003, por el cual se impone al Ministerio de la Protección Social la obligación de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aprobación de cupo de la subcuenta de solidaridad en el presupuesto nacional, en consideración a que, como ya se explicó: **i.** Su contenido contraría el postulado contenido en el artículo 48 Superior, según el cual, los recursos del Sistema de Seguridad Social son de destinación específica, de manera que al sujetar su ejecución a la ley de apropiaciones, se restringe su aplicación y se afectan los principios de eficiencia de los recursos, progresividad y universalidad del Sistema. **ii.** Es contrario al artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que en ninguno de sus apartes ordena apropiar en el Presupuesto General de la Nación los recursos del FOSYGA, ya que en tanto parafiscales, sólo deben incluirse en el presupuesto para efectos de su estimación, de manera que, su administración y ejecución, debe realizarse de acuerdo con sus normas de creación. Así, en los términos de la Ley 100 de 1993, tales atribuciones se radican en cabeza del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. **iii.** La orden para apropiar recursos debe ser objeto de una Ley Orgánica en virtud de la reserva contenida en los artículos 151 y 352 de la Constitución Política, según los cuales, sólo a través de leyes orgánicas se regulará lo correspondiente a la programación, preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones de la

¹⁰ Mediante Sentencia C-37 de 2000 se declararon **INEXEQUIBLES** las expresiones "expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria" y "ni a la doctrina legal más probable", contenidas en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887

Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, de manera que, ni un decreto reglamentario, ni una ley ordinaria pueden tener ingerencia en asuntos de carácter presupuestal.

Como se ha advertido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los jueces, en sus providencias están sometidos al imperio de la Ley, de forma que la actividad sentenciadora de los jueces se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores. Al respecto, resulta válido recordar el contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 2000 :

“[...] Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta. (...)’
(...)La llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud (...) a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio.”

Adicionalmente, la Corte Constitucional al estudiar el alcance de leyes orgánicas ha desarrollado una jurisprudencia consolidada que consiste, básicamente, en señalar que si una norma desconoce los procedimientos y principios de una ley orgánica, tal desconocimiento puede acarrear su inconstitucionalidad e incluso su inaplicación por vicios de legalidad. Algunas de las sentencias que pueden citarse contienen los siguientes criterios:

“(...) a) En la sentencia C-337 de 1993, la Corte estudió el concepto de ley orgánica. Señaló que si bien no es exactamente una norma constitucional, sí es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes, cuando se

refieren al mismo contenido material. En lo pertinente, señaló esta sentencia:

"Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. '(...) La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151)." Sentencia C-337 de 1993, M.P., doctor Vladimiro Naranjo Mesa. (Subrayada fuera de texto)

La consecuencia del rango especial de esta clase de leyes, se refleja en que pueden condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de sus procedimientos y principios. Al respecto, señaló la sentencia C-446 de 1996 de la Corte Constitucional:

"El criterio adoptado por la Corporación permite concluir que la ley orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de éstas, debido al rango cuasi constitucional al que sus disposiciones han sido elevadas por voluntad expresa del Constituyente.

"La Constitución de 1991 fue más allá de la utilización tradicional de que la ley orgánica de presupuesto era objeto, ya que como se ha indicado en reiterados pronunciamientos¹, el artículo 352 Superior la ha convertido en instrumento matriz del sistema presupuestal colombiano al disponer que se someterán a ella todos los presupuestos: el Nacional, los de las entidades territoriales y los que elaboran los entes descentralizados de cualquier nivel. La ley orgánica regula entonces las diferentes fases del proceso presupuestal (programación, aprobación, modificación y ejecución) y constituye un elemento que organiza e integra el sistema legal que depende de ella."

3.2.4.- Legalidad del portafolio de inversión.-

El artículo 218 de la Ley 100 de 1993, establece que los recursos del FOSYGA serán administrados mediante encargo fiduciario, según los criterios de utilización y distribución de recursos, que para el efecto establezca el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

De allí que la facultad del CNSSS, en calidad de consejo administrador, es la de fijar pautas en el manejo del portafolio, que se concreta en la propuesta operativa que forma parte integral del contrato suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y quien haga las veces de administrador fiduciario.

Estos criterios operativos del portafolio, deben propender no solamente por custodiar y ejecutar debidamente los recursos, sino también por evitar la pérdida de su poder adquisitivo, hasta tanto los mismos, según su realización, deban ser invertidos en la continuidad de las afiliaciones y/o en la ampliación de cobertura.

En ese orden, si la inversión del portafolio corresponde a las condiciones establecidas en la propuesta operativa en cuanto a límites de inversión y plazos de realización, no se encuentra, en principio, objeción en cuanto hace a la administración de los recursos, ello por cuanto se daría aplicación al Principio de Eficiencia, previsto en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, que tiene por objeto la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles, para

que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

La inversión de recursos del portafolio de inversiones del FOSYGA en TES, tal como lo indica el Ministerio de Hacienda, constituye simplemente un mecanismo financiero transitorio para garantizar que los recursos no se mantengan ociosos, de manera que la opción de inversión en TES, constituye por excelencia una inversión que ofrece seguridad, rentabilidad y fácil realización. El manejo transitorio que se efectúa sobre los recursos, en manera alguna desconoce la finalidad a la cual se encuentran afectos por disposición legal, lo cual es una clara expresión de elemental deber de diligencia que debe garantizar el ejercicio de actuaciones públicas en su conjunto.

Para los anteriores efectos, es ilustrativo traer a colación el contenido de la sentencia C-663 de 1998 de la Corte Constitucional, en la cual en relación con los recursos de la seguridad social, señaló que la realización de inversiones transitorias no desvirtúa su finalidad y por el contrario coadyuva al mantenimiento de su poder adquisitivo, mientras no son ejecutados en las finalidades a las cuales se encuentran afectos por el ordenamiento normativo.

Al generarse réditos con la inversión temporal, el monto de ésta aumenta y puede beneficiar una cobertura mayor, de donde la gestión de administración financiera no tiene por finalidad la adquisición de un título u otro sino la optimización de los resultados económicos del portafolio. Por lo anterior, resulta desacertado afirmar que existe un beneficio ilegal o inmoral a favor de terceros en detrimento de la finalidad original, aspecto que no se demuestra desde el punto de vista normativo, ni probatorio.

Ahora bien, otra cosa es la permanencia indefinida de tales recursos en el portafolio de inversión, sin que medie una razón que así lo justifique, en detrimento del principio de Universalidad, según el cual, se debe asegurar la protección en salud a todas las personas.

En el caso concreto, no puede afirmarse que ha existido una inversión indefinida **de la totalidad** de los recursos que integran la subcuenta de solidaridad, pues como se acreditó han sido apropiados y ejecutados en porcentajes que oscilan entre el 60% y el 95 %, de manera que la inejecución de recursos, de acuerdo con el material probatorio, sólo es predicable respecto de los excedentes financieros correspondientes a los años 2000 a 2005, para lo cual no encontró la Sala fundamento válido de justificación, en contravención a la Ley 715 de 2001 e incluso al artículo 48 constitucional.

No obstante, se prueba que no existió detrimento patrimonial, ni favorecimiento indebido a terceros, en tanto las inversiones del portafolio arrojaron los rendimientos esperados para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los recursos, con períodos de vencimiento inferiores a 180 días, tal como se acredita por el Consorcio FISALUD, mediante comunicación 91159 de 26 de marzo de 2004, en la que se informa el monto promedio mensual de los ingresos de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía, para los años 2003 y 2004, composición de las inversiones desagregado por emisor, composición de los plazos y valor de los rendimientos por inversiones a precio de mercado con corte a diciembre de 2003 (fl 518 del cuaderno 2) y como se acredita para otros períodos a folio 2005 del cuaderno No.1.

Rendimientos Financieros.-

2000	2001	2002	2003
\$49.397.007.101	\$63.997.840.000	\$78.206.979.841	\$94.638.624.257

2004	2005	2006
\$123.062.933.729	\$113.380.685.044	\$74.488.852.239

Lo anterior, sin perjuicio de que, de manera indirecta y transitoria, se beneficie el gasto público a través de los títulos de deuda pública, pues es precisamente esa su finalidad, dentro de los parámetros y restricciones legales.

3.2.5. Moralidad Administrativa y Acceso al Servicio Público de Salud.-

El concepto de Moralidad Administrativa, en tanto principio constitucional predicable de la función administrativa y, derecho colectivo, ha alcanzado un amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva. Tales criterios se condensan en recientes pronunciamientos efectuados por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en los que se ha manifestado: .¹¹

“(…) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto *sine qua non*, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.

De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos, ya mencionados por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2005¹²

¹¹ Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Enrique Gil Botero.

¹²Sección Tercera, expediente AP 03113, actor Nidia Patricia Narváez Gómez.

‘... según Von Wright, los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos **deontológico** son los de mandato, prohibición, permisión o del derecho a algo. Común a estos conceptos es que... pueden ser referidos a un concepto deóntico fundamental, al concepto de mandato o de deber ser. En cambio, los conceptos **axiológicos** están caracterizados por el hecho de que su concepto fundamental no es el de mandato o debe ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con los cuales algo puede ser calificado de bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho. Por último, ejemplos de conceptos **antropológicos** son los de voluntad, interés, necesidad, decisión y acción.

Estos tres grupos de conceptos delimitan el campo en el cual han tenido lugar y siguen teniendo lugar las polémicas básicas, tanto en la filosofía práctica como en la jurisprudencia. Aquí cabe mencionar tan sólo las controversias acerca del carácter deontológico o teleológico de la ética que, en buena parte, es una polémica sobre el primado del concepto de deber ser o del concepto de lo bueno, o el desarrollo desde la jurisprudencia de los conceptos, a través de la de los intereses, hasta la jurisprudencia de los valores, que puede ser presentado como una secuencia del primado de conceptos deontológico, antropológicos y axiológicos.

Si se parte de la tripartición aquí esbozada, es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico...¹³.

Es innegable que la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo y para efectos de las acciones populares, en su concepción y tratamiento, goza del concepto deontológico porque se apareja con el principio de legalidad en cuanto al ejercicio de la función administrativa, al mandato, a la prohibición o a la permisión para el agente del Estado, conforme al bloque de legalidad y de constitucionalidad que lo circunda y se complementa en forma concurrente con el concepto antropológico porque debe ir paralelo al favorecimiento (voluntad) de intereses particulares o no pero alejados de los principios que

¹³ALEXY ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1977. Págs. 139 a 141.

gobiernan la función administrativa y que en últimas la desdibujan y en cambio se aleja del concepto axiológico en cuanto a la conducta subjetiva del funcionario o juicio de conciencia sobre la actuación de éste.... (Resalto y subrayado fuera de texto)

En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

(...)No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinara si la afectación a los mismos vulnera este derecho(...)'.

'(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber¹⁴

¹⁴ Para Von Ihering el concepto de deber se sustenta en la relación de las personas con los fines de la sociedad: "En el deber está la determinación o destino para algo fuera de él, señala por sobre sí el resultado que debe lograrse por su cumplimiento. No hay ningún deber por el deber mismo. Si por el cumplimiento del deber no se alcanzase nada en el mundo, sería absurdo prescribirlo; la justificación práctica del concepto del deber desde el punto de vista de la ética sólo puede ser hallada en lo bueno que debe transmitir. Al individuo se le puede gritar con Kant: cumple el deber por el deber mismo, es decir todo otro motivo que el de cumplir con el deber debe ser extraño, simplemente debe guiarte el sentimiento del deber. Pero el punto de vista de la ley de la costumbre,

en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general. (...)"

De lo anterior se colige, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, requiere para su protección que: 1. La Acción u omisión corresponda al ejercicio de la función pública.¹⁵ 2. Que la acción u omisión necesariamente haya lesionado el principio de legalidad.¹⁶ 3. Que se desvíe el cumplimiento de la función en perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. Que aún sin existir beneficio en favor del servidor público o de un tercero, la desviación del interés general sea de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo¹⁷.

En el caso particular, aunque se revelan serias imprecisiones del actor popular en relación con los hechos que originan sus peticiones, lo cierto es que, del material probatorio se infiere la inejecución de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad, para los años 2000 a 2006, en perjuicio de la población pobre y vulnerable que en la actualidad se encuentra vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, sin poder acceder al régimen subsidiado en calidad de afiliado.

Si bien no puede atribuirse la responsabilidad por el exiguo crecimiento en cobertura del régimen subsidiado, de manera exclusiva, a la inejecución de excedentes financieros acumulados de la subcuenta de solidaridad, sí debe tenerse como elemento perturbador con incidencia directa y relevante en el adecuado funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, en tanto medidas regresivas de inversión en salud, retardan el cumplimiento de las metas dirigidas a la Universalización del Sistema y alteran los principios de Eficiencia, Solidaridad y Progresividad.

en tanto que prescribe el fin, es otro que el del sujeto en tanto que lo cumple, la ley de la costumbre prescribe el deber sólo a causa del resultado práctico que piensa lograr de ese modo, desde su punto de vista el concepto de deber es un concepto de fin" Pág. 508.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.

¹⁷ Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Enrique Gil Botero.

La omisión frente al deber legal contemplado en el artículo 50 de la ley 715 de 2001, de invertir los excedentes de la subcuenta de solidaridad en ampliación de cobertura, lesiona sin lugar a dudas, además del artículo 209 Superior, los artículos 365 y 366 constitucionales, según los cuales, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar la atención preferente a las necesidades básicas insatisfechas de salud a todos los habitantes del territorio nacional.

Dicha conducta atenta, además, contra los principios de Eficiencia, Universalidad, Solidaridad e Integralidad, que rigen el servicio público esencial de seguridad social en Colombia, definidos así por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993:

“(…) a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en contingencias amparadas por esta ley;(…)”

La conducta del Gobierno Nacional restringe, sin causa justificada, los beneficios a que da derecho la seguridad social a la población afiliada, excluyendo a un porcentaje representativo de la población colombiana, de donde cabe afirmar que, en efecto, los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad se han mantenido invertidos de manera indefinida en el portafolio de inversión, apartándose de la finalidad específica adjudicada por el artículo 48 constitucional, beneficiando indirectamente el gasto público diferente a salud y el sistema

financiero, según se encuentren invertidos en títulos de deuda pública o en certificados de depósito a término.

En este plano, la moralidad administrativa nada tiene que ver con el concepto de desviación de poder, pero sí con el despliegue de una conducta capaz de producir impactos negativos en la colectividad y trasgredir principios frente a los cuales el Estado Social de Derecho asume un deber de conducta especialmente riguroso en punto a garantizar los derechos fundamentales bajo su tutela y satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de la población.

En el presente caso la omisión que se endilga al Gobierno Nacional reporta una grave incidencia en la dinámica del Sistema de Seguridad Social en Salud, en perjuicio de las personas todavía vinculadas al sistema, que no han logrado alcanzar el estatus de afiliados, a que tiene derecho. La Universalidad como postulado del derecho a la seguridad social en salud, en cuanto garantía colectiva, se retarda cuando el Ejecutivo aplaza la destinación de recursos atados por virtud del artículo 48 constitucional, mediante la adopción de trámites que obstaculizan el gasto social, existiendo suficiencia de recursos, aspecto que vulnera además el principio de Eficacia que orienta el Sistema de Seguridad Social.

El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación citada para alcanzar la Universalidad, impone la adopción de correctivos inmediatos, entre los cuales, aquéllos dirigidos a ordenar que se liberen los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, de las limitaciones presupuestales que de manera injustificada viene imponiendo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en punto a evitar retardos en el gasto público en salud que con urgencia reclama la población menos favorecida.

De otro lado, encuentra la Sala vulnerado también el derecho colectivo de acceso al servicio público de la salud, pues, si bien este es un derecho prestacional, que no es de aplicación inmediata, también lo es que, ese derecho abstracto, se concreta con reglas y procedimientos prácticos que lo tornen efectivo dentro de un límite

racional de tiempo. Al respecto, ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia SU-111 de 1997:

“los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la Ley.”

“ Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado Social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que los derechos constitucionales sean eficientes en gran medida”
[...]

En ese sentido, la Ley 100 de 1993, fijó el límite a la progresividad en cuanto al acceso al servicio de salud, estableciendo el año 2000 como plazo para alcanzar la universalidad, meta incumplida por la sumatoria de varios factores, entre los que se encuentra la inejecución de recursos por ausencia de planeación y organización en su ejecución.

La seguridad social en salud, en tanto sistema, requiere del funcionamiento de los procedimientos instaurados que, en el caso concreto, se revela en la obligación legal de contar con claros criterios de gasto con cargo a cada una de las fuentes que integran el FOSYGA, y especialmente, la de solidaridad y redistribución del ingreso.

Cuando una de las piezas del sistema no funciona adecuadamente, ésta se convierte en un componente que suma en detrimento de la garantía de acceso a la

salud, en este caso en perjuicio de miles de colombianos que todavía ingresan al sistema en calidad de vinculados y no de afiliados como lo establece la Ley. Es evidente la violación de procedimientos aún con anterioridad a la expedición de la ley 715 de 2001.

La inadecuada planeación financiera en cuanto al gasto de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, constituye un eslabón que en lugar de asegurar la progresividad, contribuye a ampliar la brecha entre lo ordenado por la ley y la realidad actual.

Teniendo en cuenta que el Ministerio de la Protección Social manifiesta la intención del Gobierno Nacional de obtener la universalidad en cobertura entre el año 2007 y 2010, integrando la totalidad de recursos del punto de cotización y excedentes financieros acumulados de la subcuenta de solidaridad, pretensión vertebral de esta acción popular, en los siguientes términos: (Oficio 7714 de noviembre 30 de 2006 a fl 1998 del cuaderno No. 4),

“ [...] Hasta la vigencia 2010 se proyecta los gastos del régimen subsidiado incluyendo todas las fuentes de financiación. Los excedentes financieros acumulados se invertirán en las vigencias 2007 - 2010, en la financiación de la sostenibilidad del régimen subsidiado de salud en el marco de la Universalización de la Afiliación, meta propuesta por el actual Gobierno. Igualmente este escenario, incluye los ingresos del FOSYGA como son: Punto de Cotización, Aportes del Presupuesto General de la Nación, Rendimientos Financieros del Portafolio y recursos de las Cajas de Compensación Familiar.

En el marco de dicha universalización, la meta del Gobierno es alcanzar el 100% de la población clasificada en los niveles 1y 2 del SISBEN con subsidios plenos y el 100% clasificada en el nivel 3 con subsidios parciales. Alcanzada esta meta se buscará la ampliación

de los respectivos planes de subsidios para cumplir el cometido previsto en la Ley en cuanto a la igualación de estos con el régimen contributivo.

Para las siguientes vigencias y con el fin de responder concretamente al interrogante planteado por esa Corporación, sobre qué porcentaje o cuantía de los recursos que actualmente se integran en la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, podrían destinarse al propósito establecido en el inciso primero del artículo 221 de la ley 100 de 1993, sin que afecte la sostenibilidad del sistema, se informa que se tiene previsto la destinación de la totalidad de los recursos del FOSYGA que se recauden en cada vigencia a la cofinanciación del régimen subsidiado de salud y que adicionalmente se tiene prevista la destinación de la totalidad de excedentes financieros acumulados en vigencias anteriores en las cuantías planteadas en el anexo No. 4, con el fin de garantizar la continuidad de la totalidad de las afiliaciones logradas.

Proyección Población Afiliada 2007 - 2010

	2007	2008	2009	2010
Población objetivo total (sisben 1y 2) más indígenas.	27.643.656	27.920.93	28.199.94	28.481.87
Población Objetivo	4.909.955	4.959.055	5.008.646	5.058.732

o Total (Sisben 3)				
Cobertura Pob. SISBEN 1 y 2 con Subsidios Plenos	81%	88%	94%	100%
Cobertura Pob. SISBEN 1 y 2 con Subsidios Plenos	73%	82%	91%	100%

Igualmente se tiene prevista la destinación de recursos adicionales de la cotización que incrementarían los recaudos de la subcuenta de solidaridad, aspecto que en este momento se encuentra contemplado en la reforma a la Ley 100 de 1993, que se discute en este momento en el Congreso de la República. [...]"

Lo anterior permite concluir que, más que a cuestiones de carácter técnico, la ampliación de cobertura obedece a la decisión política del Gobierno Nacional, de forma que, en efecto no existen restricciones ni de continuidad del sistema , ni de

orden presupuestal que impidan acelerar las metas dirigidas a la universalidad del servicio.

Estas proyecciones, de lejos, exceden las pretensiones perseguidas por el actor popular, pero no pueden ser tenidas como hecho superado por esta Sala hasta tanto sean reflejadas en el Plan Nacional de Desarrollo y efectivamente ejecutadas por el Gobierno Nacional.

En consideración a lo expuesto la Sala estima prioritario ordenar, sin más dilaciones, la ejecución de la totalidad de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA en ampliación de cobertura, dentro del término de un (1) año contado a partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia. Para el efecto, se deberá definir mediante Acuerdo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los criterios que orientaran dicho gasto y el cronograma de ejecución del mismo, todo ello, sin perjuicio de la meta proyectada por el Gobierno Nacional dirigida a alcanzar una cobertura en salud del 100% de la población para el presente cuatrenio, aspecto que también será materia de seguimiento por virtud del presente fallo.

3.2.6. Del Incentivo.-

Según lo ha manifestado la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁸ las acciones populares no tienen por objeto la obtención de beneficios pecuniarios, sino la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su resquebrajamiento y lo que debe motivar a los ciudadanos a interponerlas es la solidaridad, lo cual no se opone a que la ley haya establecido una compensación a la carga adicional que asumen las personas que ejercitan una acción en beneficio de la comunidad y no en el mero interés individual.

¹⁸ Expediente: AP-125, Sentencia de 27 de enero de 2005. Exp. AP-1755, consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

Tal beneficio económico, fue concebido como una compensación por la labor altruista del actor, así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración. El derecho al incentivo no surge por voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, surge del mandato legal; **aunque su cuantía sí la establece éste de manera discrecional.** Por tal razón, la Sala ha reconsiderado la cuantía que puede reconocer como incentivo, a pesar de las imprecisiones y fallas probatorias en que incurrió el actor popular.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Administrando Justicia en nombre de la Ley

FALLA

PRIMERO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva en relación con el Presidente de la República y los miembros permanentes del CONPES, a excepción del Departamento Nacional de Planeación que se tiene como litis consorte necesario.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de 18 marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar acceder a la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y acceso al servicio público de salud, ordenando para el efecto lo siguiente:

- Inaplicar el artículo 5º. Literal c del Decreto Reglamentario 050 de 2003.
- En consecuencia, declarar que los recursos de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, en tanto parafiscales, no se encuentran sujetos a apropiación presupuestal en los términos del artículo 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, razón por la cual, no deben incorporarse al presupuesto para efectos de su ejecución. Los criterios para su presupuestación y gasto corresponden de manera exclusiva al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en conformidad con los artículos 172 numeral 12 y 218 de la Ley 100 de 1993.
- Ordenar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y al Ministerio de la Protección Social, ejecutar dentro del término improrrogable de un (1)

año contado a partir de la ejecutoria de este fallo, la totalidad de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA y sus respectivos rendimientos en ampliación de cobertura de los entes territoriales. Para el efecto, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con la colaboración de la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación y quien ejerza como administrador fiduciario del FOSYGA, deberá establecer los criterios de aplicación de estos recursos y el cronograma para su ejecución. Tales criterios deberán ser acogidos mediante Acuerdo del CNSSS y entregados al Comité de Verificación y Seguimiento, en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

- Integrar un Comité de Verificación y Seguimiento en el que participe la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, con el fin de verificar la expedición del Acuerdo por el cual se establezcan las condiciones de ejecución de los excedentes financieros de la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, su efectiva ejecución mediante informes bimensuales, así como el cumplimiento de las metas de universalidad planteadas en las proyecciones establecidas en el Oficio de fecha 30 de noviembre de 2006 y en el Plan Nacional de Desarrollo.

TERCERO.- OTORGAR al accionante, señor LUIS FANOR MARTINEZ PEÑARANDA, un incentivo equivalente a la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo previsto con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, el cual será cancelado en porcentajes iguales por el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia Nacional de Salud.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO

Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA