

ACCION DE CUMPLIMIENTO CONTRA MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y EL CONSORCIO FIDUFOSYGA - Rechazo por existencia de otro instrumento de defensa judicial y no acreditarse perjuicio irremediable / ACCION DE CUMPLIMIENTO - Carácter residual y excepcional

De acuerdo con lo anterior, si bien se manifestó en el escrito de impugnación, de que las órdenes de embargo y la renuencia a aplicar la normativa que rige la materia, están llevando a SOLSALUD EPS S.A., al borde de un perjuicio irremediable porque como consecuencia de estos han disminuido los recursos y los servicios, observa la Sala, que no se encuentra demostrado en el expediente, ni se puede deducir de los hechos de la demanda que el incumplimiento de las normas cuya inobservancia se reclama produce o llegará producir un perjuicio grave e inminente para la entidad demandante, máxime porque lo narrado por la EPS accionante carece de la urgencia e inminencia dispuesta en la norma, ya que el instrumento procesal prescrito para desembargar dineros inembargables, opera en términos realmente cortos, lo cual basta para poder conjurar la situación que según SOLSALUD EPS S.A., está padeciendo. En conclusión, la presente acción es improcedente, porque, existe otro medio de defensa judicial para solicitar la no aplicación de las medidas de embargo sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo es, la solicitud de desembargo, además no existe perjuicio irremediable a la EPS demandante. En ese sentido, se confirma el fallo impugnado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 87 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente (E): SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00562-01(ACU)

Actor: SOLSALUD E.P.S. S.A.

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL Y OTRO

La Sala decide la impugnación interpuesta por el demandante contra la sentencia de 31 de agosto de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander rechazó por improcedente la acción de cumplimiento impetrada por el señor apoderado de SOLSALUD E.P.S S.A., contra la Nación - Ministerio de la Protección Social y el Consorcio FIDUFOSYGA.

ANTECEDENTES

1.- La demanda

Con la misma se pide:

“PRIMERO: Se ordene al **MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL - CONSORCIO FIDUFOSYGA**, que en un término perentorio de 10 días hábiles contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo, darle cumplimiento al Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, el Decreto 111 de 1996 (Art.19), Artículo 275. Parágrafo 2 de la Ley 1450 de 2011, el Art. 356 de la Constitución Política, Artículo 8 del Decreto 050 de 2003, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitución (sic) en sentencia SU-480-97, en lo relativo a no APLICAR EMBARGOS, sobre **RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES, SECTOR SALUD.**, que deben ser girados por concepto de de (sic) **PROCESO DE COMPENSACION Y DEVOLUCIONES POR SALDO NOS** (sic) **COMPENSADOS, TRANSFERENCIAS DE RECURSOS DE COFINANCIACION DEL REGIMEN SUBSIDIADO, Y RECURSOS CORRESPONDIENTES AL PAGO DE RECOBROS DE MEDICAMENTOS NO POS Y FALLOS DE TUTELA**, dentro del régimen de excepción, a cuentas maestras a nombre de SOLSALUD EPS S.A., deduciéndose que son **INEMBARGABLES**. Así, estos deban ser transferidos (sic) **SOLSALUD E.P.S.**” (fl. 25-26).

Manifestó en la demanda que SOLSALUD E.P.S., es una entidad promotora de salud, la cual en virtud de su objeto social, ha suscrito contratos con la Nación, a través del Ministerio de la Protección Social, y diferentes entes territoriales, para la prestación del servicio del régimen contributivo y subsidiado en salud.

Indicó que los recursos del Sistema General de Participaciones, Sector Salud, son girados por mandato constitucional y legal a las E.P.S., por el Ministerio de Protección Social - Consorcio FIDUFOSYGA.

Afirmó que el Consorcio FIDUFOSYGA aplicó embargos sobre recursos del Sistema General de Participaciones, Sector Salud, que deben ser girados por concepto del proceso de compensación y devoluciones por saldos no compensados, transferencias de recursos de cofinanciación del régimen

subsidiado, recursos correspondientes al pago de recobro de medicamentos no POS y fallos de tutela.

Adujo que el consorcio FIDUFOSYGA notificó a la entidad que tiene bloqueada la realización de giros del proceso de compensación y devoluciones por la existencia de medidas de embargo proferidas por diferentes juzgados, los cuales aseguró retienen los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, desconociendo la normativa que rige la materia sobre inembargabilidad de los recursos, situación que ha llevado a la entidad demandante a sufrir un perjuicio irremediable, por tratarse de dineros provenientes de transferencias y recursos del presupuesto de la Nación.

Señaló que SOLSALUD E.P.S., mediante derechos de petición ha solicitado al Consorcio FIDUFOSYGA, la inaplicación de embargos sobre las subcuentas del régimen subsidiado y contributivo.

Comentó que como el Consorcio FIDUFOSYGA continuó aplicando embargos sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social, SOLSALUD E.P.S. S.A., interpuso acción de tutela en su contra el día 28 de abril de 2011, la cual correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga.

Hizo referencia al Oficio No. 198377 de 8 de julio de 2011, del Ministerio de la Protección Social, en el cual se dijo que “...*los recursos que financian la salud, son inembargables y de destinación específica*” (fl. 18), y al Artículo 275 Parágrafo 2º de la Ley 1450 de 2011, que dispone “*Los recursos que la Nación y las Entidades Territoriales destinan para financiar el régimen subsidiado en salud, son inembargables...*” (fl.19).

Aseguró que FIDUFOSYGA olvidó lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1450 de 2011, y Decretos 050 de 2003 y 975 de 2011, al argumentar que los recursos son embargables, toda vez, que al momento de ser girados pasan a ser recursos propios de la E.P.S.

Sostuvo que FIDUFOSYGA olvidó lo siguiente:

- Que “...**Los dineros embargados son recursos públicos captados por las EPS por delegación del Fosyga, con ocasión a la prestación eficiente de los servicios en salud y a las EPS (sic) el Fosyga les reconoce un valor**”

constante por afiliado en unidad de pago por Capitalización (UPC) de conformidad con la Ley 100 de 1993” (Negrillas y subrayado del texto original) (fl. 19).

- Que “...los funcionarios se abstendrán de decretar y aplicar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto en mención, so pena de mala conducta...” (fl. 20).
- Que “...de conformidad con lo instituido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 111 de 1996, y el parágrafo 2 de la Ley 1450 de 2011, se establece los bienes que integran el patrimonio de **SOLSALUD E.P.S.**, donde se infieren varias fuentes y, en el caso sub judice, los recursos objeto de las medidas cautelares, se predica su inembargabilidad. En razón, a que **NO** son recursos propios de la EPS, o del porcentaje establecido como administración, sino del **SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, REGIMEN SUBSIDIADO y parafiscales, del REGIMEN CONTRIBUTIVO. Por lo tanto, se demuestra que no son RECURSOS PROPIOS DE SOLSALUD EPS S.A., sino al contrario, son recursos públicos, que todos estamos en el deber de proteger**”. (Negrillas del texto original) (fl. 20).

Argumentó que pese a las advertencias de los juzgados de que sólo pueden embargarse dineros que no correspondan a los recursos provenientes del “*Sistema General de Seguridad Social en Salud- Régimen Subsidiado o Contributivo, del Sistema General de Participaciones, o se trate de recursos que tengan el carácter de parafiscal de acuerdo a lo establecido por la Constitucional (sic) en Sentencia SU-480 de 1997*” (fl. 20), el Consorcio FIDUFOSYGA aplicó los embargos vulnerando la normativa que rige la materia.

Reiteró que los dineros afectados, son recursos públicos, por ser bienes destinados a la prestación del servicio público de salud y por ser recursos que provienen del Sistema de Seguridad Social.

Finalmente, puso de presente los siguientes documentos, los cuales hacen referencia a la inembargabilidad de recursos del Sistema de Seguridad Social en los siguientes términos:

- Directiva No. 22 de abril de 2011, de la Procuraduría General de la Nación:

“Previene a los jueces de la República, y otros funcionarios públicos, para que acaten los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, que regulan el tema de **inembargabilidad de los recursos provenientes del SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL...**” (Negrillas del texto original) (fl. 21).

- Concepto No. 2.2011-019414 de 4 de abril de 2011, de la Superintendencia Nacional de Salud:

“...teniendo en cuenta que los recursos de las cotizaciones al pasar por diferentes instancias (afiliado-EPS-Fosyga-EPS) no pierden su destinación específica y parafiscalidad, no se deben embargar los recursos que en virtud del proceso de compensación se giran a las EPS en su lugar el embargo de los recursos propios de la EPS.” (Negrillas y subrayado del texto original) (fl. 22).

- Concepto No. 2-2010-126688 de 30 de diciembre de 2010, de la Superintendencia Nacional de Salud:

“...en tanto los recursos del Sistema General de Participaciones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud girados al ente territorial no haya agotado su destinación específica, lo cual no es otra cosa que la prestación del servicio de salud, los mismos no pueden ser objeto de medida cautelar alguna...” (Subrayado del texto original) (Fl. 22).

- Medida cautelar de embargo, proceso ejecutivo singular, radicado No. 2010-0547-00, del Juzgado Cuarto Civil Municipal:

“...en aras de un sentido de justicia y equidad, principios orientadores del sistema jurídico colombiano, de los parámetros constitucionales, no se habrá de continuar con la orden de embargo de los que tengan que ver con dineros provenientes del presupuesto general de la Nación, son inembargables según la Ley 179 de 1994, decreto (sic) 11 de 1996, artículo 8 del Decreto 050 de 2003” (Subrayado del texto original) (fl. 23).

- Oficio No. 799 de 2011, del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga, y auto de 30 de marzo de 2011, del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga, radicado No. 2011-00096-00, proceso ejecutivo singular:

“...SON EMBARGABLES LOS DINEROS, salvo que estén **“DESTINADOS AL MANEJO DE LOS RECURSOS PROVENIENTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - REGIMEN (sic) CONTRIBUTIVO O SUBSIDIADO Y DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES O SE TRATE DE RECURSOS QUE TENGAN EL CARACTER DE PARAFISCAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO POR LA CORTE CONSTITUCION (sic) EN SENTENCIA SU-480/97”** (Negritas y mayúsculas del texto original) (fl. 23).

- Oficio de 13 de julio de 2011, Distrito de Bogotá:

“...queda claro (sic) la improcedencia por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud - Secretaria (sic) Distrital de Salud, para efectuar la retención de dineros embargados y adicionalmente, en razón a que los recursos del Régimen Subsidiado son transferidos por la Nación a las diferentes entidades territoriales con el fin de garantizar, la prestación de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado vigente a los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, que libremente haya seleccionado a la EPS-S” (fl. 24).

2.- Trámite de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto proferido el 2 de agosto de 2011 (fl. 166), admitió la demanda y ordenó notificar al representante legal del Ministerio de la Protección Social - Consorcio FIDUFOSYGA.

Realizadas las respectivas notificaciones, las entidades accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

2.1.- Consorcio FIDUFOSYGA.

A través de apoderado y con escrito enviado vía fax el 8 de agosto de 2011 (fl.171-185), solicitó "...denegar las pretensiones de la demanda en relación con el *CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005*, puesto que el administrador fiduciario del *FOSYGA* no adeuda suma alguna a la *EPS SOLSALUD*, ni ha incumplido norma alguna" (fl. 184).

Analizó primero las normas y conceptos relacionados con el tema de la fiducia; posteriormente, propuso las siguientes excepciones:

- **Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad:**

Teniendo en cuenta que *SOLSALUD EPS S.A.*, presentó derecho de petición el día 25 de julio de 2011 y que se interpuso demanda el día 2 de agosto del año en curso, no se agotó el requisito de procedibilidad, es decir, no se constituyó la renuencia porque no se cumplió el término de 10 días establecido en la Ley 393 de 1997.

- **Inexistencia de cargos concretos en contra del Ministerio de la Protección Social y del Consorcio FIDUFOSYGA 2005:**

En los hechos de la demanda no existen cargos concretos contra las entidades demandadas, ya que *SOLSALUD EPS*, atribuye el presunto incumplimiento frente a la inembargabilidad de los recursos a diferentes entidades bancarias.

- **Improcedibilidad de la Acción de Cumplimiento:**

Conforme al artículo 9º de la Ley 393 de 1997, no procede la acción incoada cuando exista otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento de la norma y cuando el cumplimiento de estas implica gastos.

- **Inexistencia del demandado:**

Con fundamento en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el consorcio para efectos impositivos y por disposición legal, no constituye una persona jurídica sujeta a derechos.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio FIDUFOSYGA 2005.**

Indicó “...que en el encargo fiduciario estatal, al faltarle a la entidad fiduciaria la titularidad de los bienes, no existe fundamento alguno para considerarlo legitimado en la causa para actuar por los recursos, así las cosas, el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 solo (sic) está para obrar como intermediario material (no jurídico) en el cumplimiento de las instrucciones dadas por el constituyente, quien es quien jurídicamente dispone. Por contraste, es fácil advertir que en el encargo fiduciario estatal, al faltarle a la entidad fiduciaria la titularidad de los bienes, no existe fundamento alguno, para considerarlo legitimado en la causa para actuar procesalmente por los recursos del FOSYGA” (Subrayado del texto original) (fl. 184).

2.2.- Ministerio de la Protección Social.

Mediante apoderada, con escrito de 11 de agosto de 2011, solicitó “...no acceder a las pretensiones de la demanda...” (fl. 251).

Analizó, primero, las generalidades de la acción de cumplimiento y las competencias del Ministerio de la Protección Social; luego, revisó el Estatuto Orgánico del Presupuesto y la Ley 715 de 2001, y precisó que el “...principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición en un Estado Social de Derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana” (fl. 243).

Así mismo, examinó la sentencia de la Corte Constitucional C-566 de 2003, y concluyó que “...si la medida cautelar de embargo sobre los recursos del Sistema General de Participaciones asignados a salud provienen de créditos por conceptos distintos a los cubiertos con esas participaciones, no será procedente efectuar un embargo a los recursos en comento”. (fl.244).

En ese orden de cosas, con relación a la viabilidad del embargo que se encuentra a favor de terceros, como es el caso de la ARS y EPS analizó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 82, 182, 187, 211 y 214 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU-480 de 1997 de la Corte Constitucional, y conceptuó “...que no

pueden ser embargados los recursos destinados para el Aseguramiento de la Población del Régimen Subsidiado..” (fl. 246).

En cuanto a la población pobre y vulnerable en servicios no cubiertos por subsidios a la demanda, hizo referencia a las siguientes normas: artículos 156, 157, 174, 176 de la Ley 100 de 1993; artículos 43, 44, 45 y 49 de la Ley 715 de 2001; artículo 18 del Decreto 2357 de 1995; artículos 28, 31, 32, 33 y 61 del Decreto 806 de 1998; artículo 4º del Acuerdo 72 CNSSS; artículo 43, 44, 45 y 49 de la Ley 715 de 2001; Circular 52 de 2002 del Ministerio de Salud, Resolución 968 de 2002 del Ministerio de Salud y el Acuerdo 229 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y, señaló que no es al Ministerio de la Protección Social a quien le corresponde legalmente el cumplimiento de las obligaciones que demanda el actor, por cuanto esta entidad no ha tomado ninguna medida de carácter cautelar que permita inferir que haya omitido la aplicación de las disposiciones anteriormente mencionadas.

Finalmente, presentó las siguientes excepciones:

- **De la falta de agotamiento de la renuencia:**

Analizó en que consiste la renuencia y manifestó que no obra en el expediente prueba documental que acredite la renuencia por parte del Ministerio de la Protección Social.

- **Improcedencia de la acción:**

La acción de cumplimiento, carece de fundamento *“...toda vez que no es al Ministerio de la Protección Social a quien se le conmina a dar estricto cumplimiento sobre la normatividad (sic) de inembargabilidad de los recursos destinados a la salud, como es el caso de los dispuesto en el artículo 684 del C.P.C., el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, y el artículo 275, parágrafo 2º de la Ley 1450 de 2011”.* (fl. 248).

- **Indebida integración de la litis:**

Conforme a los hechos de la demanda, corresponde al Consorcio FIDUFOSYGA concurrir al proceso, a fin de que exprese las razones de su defensa, en los

términos del contrato de encargo fiduciario y de conformidad con las obligaciones contractuales.

3.- La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 30 de agosto de 2011, rechazó por improcedente la acción de cumplimiento instaurada por SOLSALUD EPS S.A., contra el Ministerio de la Protección Social - Consorcio FIDUFOSYGA.

Analizó, primero, la legislación y la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación al principio de la inembargabilidad de los bienes; posteriormente, argumentó que la acción de cumplimiento es improcedente porque conforme al artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la EPS actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para proteger los recursos destinados al Sistema General de Seguridad Social.

4.- La impugnación

SOLASLUD EPS S.A., a través de apoderado, presentó escrito de impugnación el día 11 de septiembre de 2011(fl.268-288), contra la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

Manifestó que la sentencia de primera instancia es contraria a la Constitución Política, toda vez que el a-quo no valoró las diferentes normas de derecho constitucional y en especial lo relacionado con la acción de cumplimiento y la inembargabilidad de los recursos del Sistema de Seguridad Social de Salud, Régimen Subsidiado y Contributivo.

Indicó que SOLSALUD EPS S.A., solicitó el levantamiento de los diferentes embargos, pero la demora de 6 a 12 meses en decidir por parte de los jueces de conocimiento está causando un perjuicio irremediable.

Reiteró los argumentos de la demanda inicial y, relacionó las actuaciones que ha ejercido ante las diferentes entidades públicas y financieras, a través de las cuales solicitó que se abstengan de aplicar las medidas de embargo y secuestro de bienes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

Esta Sección es competente para conocer de esta apelación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A. (Mod. Dto. 597/88 Art. 2 y Ley 446/98 Art. 37), en el artículo 57 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, que adicionó el numeral 14 al artículo 132 del C.C.A., y en el Acuerdo 015 del 22 de febrero de 2011, de la Sala Plena del Consejo de Estado, quien asignó a esta Sección el conocimiento de la segunda instancia en este tipo de acciones, cuando se dirijan contra organismos y entidades del orden nacional.

2.- Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, es hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, de exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a tal autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos, a fin de hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico existente.

En desarrollo de ese mandato constitucional, la Ley 393 de 1997 establece como requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere, los siguientes:

- a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º).
- b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

- c) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber antes de instaurar la demanda, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).
- d) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en un acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace improcedente la acción, así como también conduce a ese estado el pretender el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración o la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela (Art. 9º).

3.- Los normas cuyo cumplimiento se exige

Con la demanda se solicita el cumplimiento de las siguientes normas:

a. Constitución Política.

“ARTICULO 356. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 2001. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre”

b.- Código de Procedimiento Civil.

“**ARTICULO 684. BIENES INEMBARGABLES.** Artículo modificado por el artículo 1, numeral 342 del Decreto 2282 de 1989. Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:

1. Los de uso público.
2. Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio lo presten los particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

3. Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios.
4. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales.

5. Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas.

La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.

6. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

7. Los uniformes y equipos de los militares.

8. Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos.

9. Los bienes destinados al culto religioso.

10. Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien.

11. Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior.

12. Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez.

13. Los objetos que posean fiduciariamente.

14. Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación”.

c.- Ley 1450 de 2011. *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.*

ARTICULO 275. DEUDAS POR CONCEPTO DEL REGIMEN SUBSIDIADO.

(...)

PARAGRAFO 2o. Los recursos que la Nación y las Entidades Territoriales destinen para financiar el régimen subsidiado en salud, son inembargables. En consecuencia de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado “EPS-s” con cargo a dichos recursos cancelarán en forma prioritaria los valores adeudados por la prestación del servicio a las IPS Públicas y Privadas. Los cobros que realicen las IPS a las EPS-s requerirán estar soportadas en títulos valores o documentos asimilables, de acuerdo con las normas especiales que reglamenten la prestación del servicio en salud.

d.- Decreto 111 de 1996 *“Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”.*

Artículo 19. Inembargabilidad. Reglamentado por el Decreto Nacional 1101 de 2007. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so

pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6º, 55, inc. 3º).

e.- Decreto 050 de 2003 *“Por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.*

“ARTICULO 8o. INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO. Los recursos de que trata el presente decreto no podrán ser objeto de pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera, ni de embargo”.

4.- El caso concreto

Si bien SOLSALUD, mediante apoderado, impetró acción de cumplimiento contra el Ministerio de la Protección Social - Consorcio FIDUFOSYGA, para que se de cumplimiento a los artículos 684 del Código de Procedimiento Civil, 19 del Decreto 111 de 1996, 275, parágrafo 2º de la Ley 1475 de 2011, 356 de la Constitución Política y 8º del Decreto 050 de 2003, la Sala observa que la misma no debe prosperar por las siguientes razones:

Para comenzar, analiza la Sala si se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, es decir, si se ha constituido renuencia conforme al artículo 8º de la Ley 393 del 29 de julio 1997, que establece:

“ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se

podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”.

En ese sentido, revisadas las pruebas de la demanda, se encontró que con relación al Ministerio de la Protección Social y el Consorcio FIDUFOSYGA se constituyó la renuencia mediante derechos de petición de 16 de mayo (fl.54-69) y 22 de julio (fl.70-85) de 2011, respectivamente, a través de los cuales solicitó a dichas entidades abstenerse de aplicar la medida cautelar de embargo conforme a lo dispuesto en los artículos 684 del C.P.C., 275, parágrafo 2 de la Ley 1450 de 2011, 19 del Decreto 111 de 1996 y 356 de la C.P.

Por lo tanto, con fundamento en lo anterior la Sala considera que el actor sí agotó el requisito de procedibilidad de esta acción, es decir, que se constituyó la renuencia.

Ahora bien, con relación a la improcedencia de la acción de cumplimiento, es importante tener presente el contenido del artículo 9º de la anteriormente mencionada Ley 393 del 29 de julio de 1997 *“Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”* que dispone:

“ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARAGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”.

Así las cosas, con fundamento en la mencionada norma, la Sala observa que en el presente caso el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para solicitar la no aplicación de las medidas de embargo sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, como es la solicitud de desembargo, conforme a lo establecido en el artículo 513 del C.P.C., el cual dispone:

**Artículo 513.- Modificado. Decreto 2289 de 1989, art. 1 mod. 272.
Embargo y Secuestro previos.**

(...)

Las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables.

Si llegaren a resultar embargados bienes de esta índole, [basta certificación del Director General de Presupuesto o su delegado para acreditar el mencionado carácter de los bienes y] se efectuará desembargo de los mismos, [a más tardar el día siguiente de haber sido presentada la juez dicha certificación. Contra la providencia que disponga el desembargo no procede recurso alguno]¹.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el ministerio y el consorcio demandados no tienen competencia para atender la solicitud del demandante de inaplicar las medidas de embargo; lo anterior, porque las mismas han actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por los diferentes juzgados que conocen de los procesos ejecutivos contra SOLSALUD EPS S.A.

En otro orden de cosas, es necesario resaltar que esta Corporación, con relación a la procedencia de la acción de cumplimiento frente a un perjuicio irremediable ha dicho:

“No obstante, la Ley 393 de 1997 reguló requisitos de procedibilidad y de improcedencia de esta acción constitucional. Así, el artículo 9º,

¹ Los apartes entre corchetes fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-103 de 10 de marzo de 1994.

segundo inciso, de esa normativa señaló que no procederá “cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del acto administrativo², salvo, que de no proceder, el juez, se siga un perjuicio irremediable para el accionante”. En otras palabras, para lograr el efectivo cumplimiento de actos administrativos esta acción constitucional, al igual que la acción de tutela, es residual porque solamente procede cuando el demandante no cuenta con otros mecanismos procesales para ello, salvo que se demuestre la situación excepcional y urgente de encontrarse frente a un perjuicio grave e inminente que autorice la intervención del juez constitucional”³.

De acuerdo con lo anterior, si bien se manifestó en el escrito de impugnación (fl.275), de que las órdenes de embargo y la renuencia a aplicar la normativa que rige la materia, están llevando a SOLSALUD EPS S.A., al borde de un perjuicio irremediable porque como consecuencia de estos han disminuido los recursos y los servicios, observa la Sala, que no se encuentra demostrado en el expediente, ni se puede deducir de los hechos de la demanda que el incumplimiento de las normas cuya inobservancia se reclama produce o llegará producir un perjuicio grave e inminente para la entidad demandante, máxime porque lo narrado por la EPS accionante carece de la urgencia e inminencia dispuesta en la norma, ya que el instrumento procesal prescrito para desembargar dineros inembargables, opera en términos realmente cortos, lo cual basta para poder conjurar la situación que según SOLSALUD EPS S.A., está padeciendo.

5.- Conclusión

En conclusión, la presente acción es improcedente, porque, existe otro medio de defensa judicial para solicitar la no aplicación de las medidas de embargo sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo es, la solicitud de desembargo, además no existe perjuicio irremediable a la EPS demandante. En ese sentido, se confirma el fallo impugnado.

² Inicialmente ese artículo también se refería al efectivo cumplimiento de una norma. Sin embargo la expresión norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1998.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 30 de octubre de 2003, Radicado: 25000-23-27-000-2003-1533-01 (ACU), Actor: Constanza Quiroga Franco, Demandado: Escuela de Comunicaciones del Ejército Nacional, M.P. Darío Quiñones Pinilla.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2011, por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro de la Acción de Cumplimiento promovida por SOLSALUD EPS S.A., contra Ministerio de la Protección Social - Consorcio FIDUFOSYGA.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, envíese al tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA ALBERTO YEPES BARREIRO