

ACCION POPULAR – Reiteración jurisprudencial sobre requisitos de procedencia / ACCION POPULAR – Naturaleza preventiva no reparadora

aunque este mecanismo constitucional de defensa judicial, busque la protección de los derechos e intereses colectivos, ello no significa que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para tal propósito el sistema jurídico tiene previsto otro tipo de acciones, como son las acciones de grupo o de clase, contempladas en el artículo 88 superior, desarrolladas en el mismo texto de la Ley 472 de 1998 y la acción de reparación directa del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de los hechos aquí analizados . Bajo este orden de ideas, tanto la jurisprudencia como la doctrina, sostienen que la naturaleza de las acciones populares es esencialmente preventiva.

DERECHOS COLECTIVOS – Concepto / DERECHO COLECTIVO - No lo es porque exista pluralidad de sujetos reclamantes.

Las personas afectadas por los hechos narrados en la demanda constituyen un grupo determinado, que hacen que las prerrogativas que tienen al pago de sus mesadas pensionales en calidad de ex funcionarios del ISS y que alcanzaron tal derecho antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentren radicados en cabeza de cada uno, por ser derechos de naturaleza subjetiva, incluso pudiendo apropiarse de los beneficios que resulten de la controversia de manera aislada y de las cuales no puede predicar su titularidad la comunidad en general e igualmente exigibles por otras vías de protección jurisdiccional. En suma, no existe fundamento alguno para proteger los derechos que pretende el actor y en tal sentido debe revocarse integralmente la sentencia de primera instancia, ya que los mismos son derechos particulares comunes a un grupo de personas y no derechos colectivos. Por lo tanto, teniendo claro que no se pretende la protección de derecho colectivo alguno la acción instaurada por el actor deviene en improcedente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-92370-01 (AP)

Actor: OSCAR HERNANDO LELION CRUZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y OTROS

Referencia: ACCION POPULAR -APELACION DE SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, por medio de la cual hizo las siguientes declaraciones:

“PRIMERO.- Declárense no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Protéjense los derechos de los consumidores y usuarios, invocados por el actor popular. En consecuencia se ordena al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, adelante los trámites administrativos necesarios para cubrir el monto que adeuda al ISS por concepto del pasivo pensional a que se refiere la Ley 758 de 2002.

Lo anterior deberá cumplirse en el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO.- Se insta al Instituto del Seguro Social, para que en el evento de que no haya designado quien lo represente en la Comisión Técnica Tripartita, proceda de inmediato a hacerlo, a efectos de dar cumplimiento a los restantes compromisos del Acuerdo Tripartita.

CUARTO.- Ordenase que el Ministerio Público, en coordinación con la Personería Distrital, asuman la tarea de verificación del cumplimiento de esta sentencia, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de la misma.

QUINTO.- Fijase el incentivo económico a favor de la parte demandante en un monto equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales, a costa del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

SEXTO.- Adviértase a las partes que la presente providencia tiene efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 472 de 1998.

SEPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Remítase copia de la presente providencia al Señor DEFENSOR DEL PUEBLO para los fines pertinentes señalados en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

NOVENO.- Ordenase la publicación de la parte resolutive de la presente providencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa de la parte demandante, conforme a lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

DECIMO.- Archívese el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia y verificado el cumplimiento de la misma por el Comité de Verificación”.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

El ciudadano OSCAR HERNANDO LELION CRUZ en representación de la “ASOCIACIÓN DE USUARIOS KENNEDY ISS”, constituida mediante acta convenio suscrita con el Seguro Social el 4 de abril de 1997 y con personería jurídica otorgada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá a través de la Resolución No. 000991 de noviembre 10 de 2000 de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1757 de agosto 3 de 1994, presentó, el 2 de octubre de 2002, acción popular contra el MINISTERIO DE HACIENDA DE CRÉDITO PÚBLICO y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

1.1.- Las pretensiones.

El actor formuló las siguientes:

“La presente acción popular busca que el Gobierno Nacional realice el pago de la deuda que le compete por concepto del negocio de salud y que comprende principalmente el pago de jubilaciones a cargo del ISS por su condición de patrono de aquellas personas cuyos derechos se adquirieron y se reconocieron antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, aspecto que mediante la Ley 758 del 25 de julio de 2002, se materializó, tal deuda corresponde a \$2.514.659 millones hasta el año 2001 faltando lo correspondiente al 2002.

Si bien es cierto que los estimativos de la deuda abarcan otros rubros, solo se involucra aquella que compete directamente al negocio de salud y que además está amparada por la ley citada.

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al Honorable Magistrado disponer y ordenar a las partes accionadas lo

siguiente:

1.- Ordenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se genere en forma inmediata el reconocimiento y monto de la deuda del Gobierno Nacional para con el negocio de salud del Seguro Social conforme lo establece la Ley 758 del 25 de julio de 2002 (pensiones de exfuncionarios).

2.- Conforme al reconocimiento del monto de la deuda, se establezca la forma y fechas de amortización de dicha deuda, así como la obligación de que los dineros adeudados no pierdan su poder adquisitivo.

3.- Una vez definido el monto, la forma de pago, fechas, etc, el Seguro Social debe realizar los ajustes pertinentes en sus Estados Financieros a fin de mostrar la situación real de la institución.

4.- Anualmente el Gobierno Nacional debe certificar la cantidad girada por concepto de deuda, así como la inclusión dentro del presupuesto de la nación del siguiente año de los compromisos que correspondan para ese año.

5.- Establecer a la Presidencia del Seguro Social la obligación de que los dineros que ingresen deben ser destinados para atender casos de salud antiguos y así mismo ampliar los presupuestos para la prestación de los servicios de salud, dando prioridad a la adquisición de medicamentos. Se recomienda que tales inversiones sean manejadas en forma independiente del presupuesto que anualmente se asigna al Seguro Social a fin de poder verificar la destinación de los recursos.

6.- Ordenar al Gobierno Nacional conformar una comisión permanente con su respectiva asignación salarial, integrada por el Gobierno Nacional y Asociaciones, a fin de verificar el adecuado uso y destinación de los dineros que ingresen, los gastos que origine tal comisión, serán asumidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

1.2.- Los hechos y los derechos colectivos invocados como afectados:

Como fundamento de las pretensiones el actor planteó, en síntesis, que mediante el Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, se constituyó el ISS como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con lo cual se generó para el Gobierno Nacional la responsabilidad de asumir la carga pensional que hasta ese momento no existía, pese a lo cual “ *nunca fue asumida*” y, “*por el contrario el Seguro Social continuó con el pago de tal obligación produciéndose un notable menoscabo del*

presupuesto del negocio de salud”, con lo cual –afirma el actor- se contravino “lo normado en la Ley 100 de 1993, que en su artículo 9 dispone: no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

Resaltó que tal omisión ha contado con el beneplácito del Gobierno Nacional, tanto así que *“en octubre de 2001 se suscribió Acuerdo Integral entre el Gobierno, el Seguro Social y SINTRASEGURIDAD SOCIAL”* donde el Estado se comprometió a *“garantizar el flujo necesario para la financiación del pago de las jubilaciones a cargo del ISS por su condición de patrono de aquellas personas cuyos derechos se adquirieron y se reconocieron antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y procederá a disponer lo necesario para que a partir de la misma fecha y en forma permanente se realicen los pagos de estas mesadas pensionales”.*

A juicio del demandante, además del anterior compromiso, el Gobierno Nacional, se obligó a lo siguiente:

“2.- Deberá identificar, definir y determinar, si hay lugar a ello, al reconocimiento de las deudas de la Nación con el ISS, por concepto de salud, riesgos profesionales y en pensiones, entre otros aspectos, los relativos a aportes en pensiones, cuotas-partes, manejo de reservas, mesada adicional, acciones BCH y bonos pensionales tipo B.

3.- Firmado el acuerdo sobre la modificación de la Convención Colectiva de Trabajo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asegurará recursos frescos con destino al ISS en cuantía de UN BILLÓN DE PESOS. En el proyecto de adición presupuestal para el año 2001, que se tramite en el Congreso de la República, se incorporará la suma de \$500.000 millones de pesos, cuyo giro al ISS se realizará durante el año 2001 para cancelar en su orden las siguientes obligaciones:

i.- Pago de la nómina del Instituto y de los jubilados del ISS patrono por el tiempo que resta del año 2001.

ii.- Fortalecimiento de la red interna.

iii.- Cancelación de obligaciones laborales directas o conciliadas por un monto de 10.000 millones de pesos.

iv.- Obligaciones a cargo del Instituto por concepto de bienes y

servicios en salud. El valor restante, es decir la suma de 500.000 millones de pesos se girará durante el segundo semestre del año 2002”.

Manifestó que el Gobierno Nacional, sancionó la Ley 758 de 2002 donde la Nación, se obligó a contribuir *“en la financiación del pasivo pensional del ISS”* estableciendo que la fecha de corte para determinarla es *“el 23 de diciembre de 1993, desde cuando rige la Ley 100 de seguridad social”* y que el monto *“estará definido por el valor a cargo del ISS por concepto de pensiones legalmente reconocidas en su condición de empleador”.*

Aseveró que, pese a la existencia de los “compromisos” fijados por la citada Ley, *“hoy el negocio de salud del Seguro Social sigue asumiendo dentro del presupuesto de salud la carga pensional que le corresponde al Estado, produciendo un inmenso menoscabo a los servicios de salud, comprometiéndose en alto grado la salud e incluso la vida de los afiliados a la Institución, así como la continuidad del negocio de salud del Seguro Social”,* y agregó que en dicha situación también le asiste responsabilidad a las directivas del Seguro Social al no haber realizado *“con la debida diligencia las acciones tendientes a garantizar el flujo de recursos que permitan la prestación de servicios en las adecuadas condiciones”.* A efecto de soportar sus afirmaciones citó apartes de la sentencia T-006/00 dictada por la Corte Constitucional.

Informó que la Asociación que representa, obtuvo copia del oficio UPA-411 [no especificó la fecha] mediante el cual el Seguro Social *“remitió estudio DEUDAS A FAVOR DEL ISS DESDE EL AÑO DE 1967 HASTA EL AÑO 2001”,* el cual arrojó los siguientes resultados:

“a.- Atención de pacientes de alto costo: la cifra indexada y actualizada asciende a algo más de \$ 657.327 millones.

b.- Deuda retrospectiva por concepto de pensiones de jubilación del negocio de salud: la cifra actualizada entre 1993 y 2001 equivale a \$2.514.659 millones”.

Por ello –a su juicio- al Gobierno Nacional, le correspondería asumir una cifra cercana a los \$3.171.986 millones, tanto que *“en ratificación de lo citado la Asociación recibió de la Presidencia del ISS el oficio P-ISS001145 del 8 de agosto en donde se cita que la deuda por salud es de \$3.2 billones”* y la ejecución en el presupuesto de dicha deuda implica que *“de año en año el rubro pensiones*

exfuncionarios (sic) presenta un incremento considerable a la vez que los gastos de funcionamiento decrecen”, y que “tal comportamiento genera la situación deficitaria que hoy se vive en los servicios de salud...”.

Agregó que de nada sirve el reconocimiento legal de ciertos compromisos con el Seguro Social, cuando el Gobierno Nacional no genera los correctivos pertinentes al no incluir los recursos adeudados en el Presupuesto Nacional y *“solo se conoce que el Gobierno Nacional realizó un aporte de \$500.000 millones, pero gran parte de dicha suma se destinó para el pago de la nómina del Instituto y de los jubilados del ISS patrono por el tiempo que resta del año 2001, es decir que en principio, se aportó para una obligación que le corresponde al Gobierno Nacional, cual es el pago de los jubilados, por ello no es comprensible que se esté hablando de que no existen recursos para el pago de salarios y jubilados a partir de octubre de 2002”,* como lo ha sostenido públicamente el Presidente del Seguro Social.

Resaltó que, así las cosas, *“es imprescindible que se establezca de forma inmediata un acuerdo de pago que permita el ingreso de recursos frescos que permitan al Seguro Social cumplir con sus obligaciones para con los usuarios y a la vez garantizar la subsistencia del negocio de salud, tal acuerdo de pago debe contemplar fechas precisas de pago, así como, la debida inclusión en el presupuesto de la nación de las partidas correspondientes y por tal motivo se interpone la presente acción popular”.*

Adujo que el proceder del Gobierno Nacional *“falta a todo principio moral, pues se está poniendo en serio riesgo la salud y vida de los usuarios del Seguro Social que requieren servicios y a los cuales no pueden acceder debido a que [no] se está asignado recursos necesarios para la debida y oportuna atención a fin de cumplir con obligaciones del Gobierno Nacional, además tal proceder ha producido un notable detrimento patrimonial del Seguro Social”,* toda vez que –reiteró– el hecho de asumir las pensiones de los jubilados *“tiene a la institución ad portas de una nueva crisis, ya se ha anunciado que no existen recursos para pago de nómina, así como de otros compromisos”.*

Tras indicar que el Gobierno Nacional está incumpliendo los compromisos 1 y 3 del Acuerdo, *“el primero en su totalidad y el segundo en lo referente al aporte de 500.000 millones de pesos que se deben girar durante el segundo semestre del año 2002”,* y relacionar los derechos que invoca en procura de protección

(concretamente los contenidos en los artículos 2, 48, 49, 78, 87, 88, 90 y 91 de la Constitución Política, así como los establecidos en los literales b), e), g), j) y n) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998), solicitó se tomaran medidas provisionales, del siguiente tenor:

“1.- Solicitar a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y Hacienda y Crédito Público, así como al Presidente del Seguro Social abstenerse de realizar pronunciamientos acerca de la crisis en el negocio de salud del Seguro Social, hasta tanto no se defina en forma exacta las deudas del Gobierno Nacional para con el Seguro Social, así como la forma en que será amortizada tal deuda. Tal solicitud obedece a que no es razonable se genere una mala imagen contra la Institución, cuando ella obedece precisamente al incumplimiento del Gobierno Nacional de sus deberes, las afirmaciones de dicha instancias siembran desasosiego y general el que muchos usuarios se retiren previendo incumplimientos de parte de la institución.

2.- Ordenar al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que cumpla con el compromiso No. 3 del Acuerdo suscrito en lo referente al aporte de \$500.000 millones de pesos que se debía girar durante el segundo semestre del año 2002, tal solicitud obedece a que es necesario eliminar el riesgo que existe ante el agotamiento del presupuesto del negocio de salud y que ya el Presidente del Seguro Social comunicó informando que no existen recursos a partir de octubre. Se presume que el agotamiento de los recursos presupuestales del negocio de salud obedece a que el Gobierno Nacional no cumplió con el compromiso No. 1 y por ello se debió destinar recursos de salud para asumir lo que le corresponde al Gobierno y que no ha cumplido”.

2.- El trámite de primera instancia

Mediante auto del 8 de octubre de 2002,¹ fue inadmitida la demanda y se concedió al demandante tres días para su corrección a afecto que acreditara la calidad de representante legal de la “Asociación de Usuarios Kennedy ISS”, requerimiento que fue debidamente atendido por el solicitante², cumplido lo cual, con auto del 24 del mismo mes y año³, se admitió y, previa negativa de las medidas cautelares solicitadas, se ordenó la notificación a las autoridades accionadas, al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo, así como también la información de su admisión a la comunidad a través de un medio masivo de comunicación, trámite que se acreditó por el demandante haber

¹ Folio 44 c.1.

² Folio 46 c.1.

³ Folio 50 c.1.

efectuado⁴.

2.1.- En cumplimiento de las anteriores determinaciones concurrió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al proceso⁵, oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones incoadas por el actor, para ello ofreció los siguientes argumentos:

Luego de identificar los hechos alegados por el actor como soporte de sus pretensiones, manifestó que para ser procedente una discusión sobre ellas, bajo el mecanismo judicial de la acción popular, era necesario demostrar: (i).- Que las obligaciones han sido totalmente determinadas de manera previa; que ellas son líquidas, claras y exigibles y su existencia puede probarse con documentos fehacientes; (ii).- Que el incumplimiento del deudor (la Nación) infringe o amenaza derechos colectivos; (iii).- Que la acción popular es un medio idóneo para reclamar el pago de estas obligaciones.

Continuó con el análisis de cada uno de los hechos invocados por el actor y afirmó que si bien es cierto el ISS se reestructuró mediante el Decreto 2148 de 1992 como una EICE, carece de fundamento jurídico *“la suposición de que el cambio de naturaleza significa la asunción de pasivos por el Gobierno Nacional”*, pues dicha postura no encuentra respaldo en el citado marco normativo, ni en las disposiciones que rigen a los establecimientos públicos, razón por la cual *“debía el ISS-Patrón continuar atendiendo el pago cumplido de sus obligaciones para con sus servidores, tal y como sucedió con las demás entidades públicas de salud, como es el caso de Cajanal, Caprecom, Capresab, etc”*.

Agregó que las disposiciones que regulan a los Establecimientos Públicos han precisado, desde siempre, *“que estos son entidades con personería jurídica y autonomía administrativa, financiera y presupuestal, lo cual implica su capacidad para asumir derechos y obligaciones y para atender las prestaciones que se deriven de sus relaciones de índole laboral”* y, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, no puede interpretarse dicha disposición en el sentido de restringir a las instituciones de seguridad social *“el atender sus propios gastos de funcionamiento con cargos a los resultados recaudados. Así por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 100 no prohíbe que con cargo a los recursos de la entidad se paguen gastos administrativos, de hecho para la administración de*

⁴ Folio 62 c.1.

⁵ Cfr. folios 68 a 91 c.1.

pensiones se permite de manera explícita que un porcentaje de la cotización se destine a cubrir los gastos de administración de la entidades”.

Puntualizó que *“la situación de los pasivos laborales del ISS es el resultado de su propia gestión administrativa; los sobre costos que debe asumir la institución son el resultado de su historia de negociación colectiva, no de la dirección o gestión que de ellos haya realizado el Gobierno Nacional”* y que, además, debía tenerse en cuenta que el Consejo Directivo no participaba de tales negociaciones colectivas, como lo establece el artículo 5º del Decreto 2148 de 1992, por lo que mal podía afirmar la parte demandante que la actitud de la cartera accionada sea de *“doble moral”*, pues se frente a una situación de carácter técnico acaecida por las múltiples circunstancias en la administración del ISS y no se puede responsabilizar al Gobierno de una situación ajena a sus competencias.

Expuso que el Gobierno Nacional ha realizado esfuerzos tendientes a tratar la crisis financiera del ISS, tanto así que el Ministerio, *“en el ámbito del Consejo Directivo del ISS...ha salvado voto frente a la aprobación del presupuesto del ISS cuando considera que no está balanceado”* y, en cuanto hace relación a la suscripción del Acuerdo Integral, manifestó que lo sostenido por el proponente *“es parcialmente cierto, pero al mismo tiempo contradictorio”*, por cuanto *“se menciona por un lado la aquiescencia del Gobierno en la crisis del ISS y al mismo tiempo, se destacan los compromisos alcanzados en el Acuerdo Tripartito”*, razonar que no ofrece coherencia de cara a las censuras planteadas.

Resaltó que el actor popular citaba de manera parcial el punto 1 del Acuerdo, pues no hacía referencia a *“algunas de las condiciones o instrumentos previos a la asunción del pasivo contenidas en el Acuerdo”* pues, en dicho texto, se fijan ciertas pautas de donde se deriva que *“la asunción de las obligaciones pensionales del ISS-Patrono anteriores a 1993 por parte del Gobierno Nacional estaba condicionada a un estudio sobre la viabilidad jurídica, el cual concluyó con una consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, contestada el 31 de mayo de 2002”*, en la esa Sala expuso que:

“Al Fondo Nacional de Pensiones Públicas del Nivel Nacional no le corresponde asumir el pago de las pensiones causadas por los exservidores del ISS antes del 23 de diciembre de 1993. Para que el Fondo mencionado pueda asumir el reconocimiento y pago de las obligaciones pensionales causadas con anterioridad al 23 de diciembre

de 1993 a cargo del Instituto de Seguros Sociales en su condición de empleador, se requiere de la expedición de una Ley que así lo disponga, con la consiguiente apropiación en el presupuesto nacional de las partidas que fueren necesarias para cubrir tal pasivo, caso en el cual el Fondo actuaría sólo como pagador de las respectivas pensiones.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está facultado para efectuar traslados presupuestales para que el Instituto de Seguros Sociales continúe asumiendo tal pasivo. Para que este mecanismo pueda adoptarse, se requiere de la expedición de una ley que así lo disponga”.

Atendiendo las citadas recomendaciones, se expidió la Ley 758 de 2002, la cual permite al Gobierno contribuir a la financiación del pasivo pensional del ISS y, además, advirtió que *“los compromisos del Gobierno para con el ISS establecidos en los puntos 1 y 3 del Acuerdo estaban condicionados al cumplimiento de unas actividades previas por parte del Instituto”*, pues –a la fecha de la respuesta- no existe un cálculo actuarial aprobado, toda vez que el ISS no ha cumplido lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 758 en cita donde se responsabiliza a entregar la información requerida para su validación.

Continuó explicando el Ministerio de Hacienda que, en cuanto hace relación al giro de los \$ 500.000 millones adicionales, su *“[...] desembolso requiere de la aprobación por parte del Congreso de la República de la Ley de Adición Presupuestal, la cual ya fue presentada por parte del Gobierno Nacional”* y que, además, el plazo para el cumplimiento de la obligación fijada en el Acuerdo Tripartito vencía el 31 de diciembre de 2002, razón por la cual –adujo-, al momento de la referida respuesta contaba con tiempo para adelantar las gestiones administrativas de rigor.

De cara a este punto concluyó:

“Actualmente el ISS no se encuentra en posibilidad de cumplir con la primera condición de la cláusula segunda del Convenio, tal como puede verse en el cuadro anexo que compara la proyección presupuestal proyectada de ingresos para 2002, con base en la ejecución presupuestal a junio, y las metas consignadas en el convenio de desempeño. No solo es menor el nivel de ingresos obtenido en casi todos los casos, sino que algunos de los cobros que debían haberse iniciado como parte de la gestión del ISS, no han sido efectuados o sus niveles de ejecución son apenas una fracción de lo que se pactó en la cláusula quinta del convenio de desempeño. No obstante, como parte

de los compromisos del Gobierno y en la medida en que está pendiente la evaluación del convenio de desempeño para lo cual se han estado estableciendo análisis de algunos indicadores de las metas de ingresos establecidas en el convenio, se está dando trámite actualmente a la solicitud de adición presupuestal por el monto de \$500.000 millones para el posible desembolso del segundo tramo del crédito de la Nación”.

Explicó los alcances de la Ley 758 de 2002 e indicó que a partir de dicha norma, la Nación contribuye al financiamiento parcial de las obligaciones pensiones del ISS-patrón, lo cual se encuentra condicionado a la aprobación del cálculo actuarial, pero el ISS no ha hecho entrega de los soportes necesarios.

Recordó que las actuaciones del ISS han llegado hasta el alcance de sus posibilidades *“puesto que ha solicitado al Gobierno la presentación del proyecto de ley, ha obtenido algunas concesiones de los trabajadores en materia de negociación colectiva, ha solicitado la extensión de créditos con sus proveedores y ha suscrito un convenio de desempeño”*, por lo que no puede pretenderse que una situación estructural y de vieja data se solucione a corto plazo, acudiendo a la presente acción constitucional, ya que dicho problema debe tratarse adoptando una serie de políticas públicas a la que concurren todos los órganos del Estado.

En cuanto hace relación a los derechos invocados en amparo, estimó que la demanda no cumplía con los requisitos formales, toda vez que el demandante popular se limitó a enunciarlos, sin aducir ningún cargo específico de violación y agregó que, en cuanto hace referencia a la moralidad administrativa cuya protección reclama, lo alegado parte de dos premisas falsas, pues, *“por una parte, no se puede simplemente presumir que la demora en la entrega de los recursos previstos en el Convenio y en la Ley 758 se deba a la inactividad o negligencia de la Nación,(...) y, por otra, porque “presume el actor como ciertas las estimaciones incluidas en el estudio elaborado por el ISS en cuento a las supuestas deudas de la Nación”.*

Manifestó que la actuación del Estado, no ha estado mediada por la *“mala fe”*, condición que debe demostrarse para calificar una conducta administrativa como lesiva de la moralidad pública.

Adujo que tampoco existía detrimento al patrimonio público, ni lesión al contenido del derecho colectivo a la seguridad y la salubridad públicas, mucho menos

cuando estos conceptos no se encuentran definidos en la ley y, en lo que hace relación al acceso a los servicios públicos “y a que su prestación sea eficiente y oportuna”, refirió que “el Gobierno y las directivas del Instituto vienen realizando ingentes esfuerzos por darle viabilidad a la entidad y asegurar la continuidad del servicio a su cargo”.

Estimó que la presente acción constitucional es improcedente, toda vez que las acciones populares “están dirigidas a proteger los derechos o intereses colectivos contra las acciones y omisiones de las autoridades públicas o los particulares (...) y no pueden enderezarse a obtener, como pretende el accionante, al pago de sumas cuya exigibilidad aún no se ha concretado o cuya existencia no ha sido probada por los medios idóneos”.

Concluyó que existe una indebida identificación de los intereses colectivos vulnerados, por cuanto “ninguno...guarda relación con la discusión que, en su entender, constituye el objeto central del presente proceso, cual es la existencia y exigibilidad de unas obligaciones de pagar sumas de dinero de parte de la Nación”, a lo que ha de agregarse que “las obligaciones asumidas por la Nación en el Convenio y en la Ley 758 no reúnen los requisitos básicos de exigibilidad”, pues adujo:

“En relación con las obligaciones del Convenio (\$500.000 millones adicionales) no se ha vencido el plazo de su exigibilidad, no se ha aprobado por parte del Congreso de la República la ley que autoriza el gasto correspondiente, ni ha cumplido el Instituto con los indicadores de gestión allí establecidos.

En cuanto a las obligaciones financieras asumidas por la Nación en la Ley 758 (apoyo en el pago de pensiones del ISS-Patrono) no se ha cumplido por parte del ISS con la condición de entregar en forma material y completa el cálculo actuarial requerido para proceder a su aprobación y posteriormente al desembolso”.

2.2.- El *a quo*, mediante auto del 18 de noviembre de 2002⁶, convocó a la realización de audiencia especial de pacto de cumplimiento, citación a la cual se excusó el actor popular ⁷ y solicitó su aplazamiento, petición que fue aceptada⁸, fijándose nueva fecha para su desarrollo.

2.2.1.- Antes de su realización, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó

⁶ Folio 97 c.1.

⁷ Folio 103 c.1.

⁸ Folio 106 c.1.

escrito⁹ donde solicitó la terminación del proceso, bajo el argumento que “el día 30 de diciembre de 2002, el ISS presentó la documentación requerida para la aprobación del cálculo actuarial y la realización del desembolso correspondiente al año 2002. Por esta razón el Ministerio de Hacienda efectuó un desembolso por la suma de \$ 77.000 millones, tal como consta en la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Pagaduría del Ministerio de Hacienda y Crédito Público” y, en cuanto al giro de los \$500.000 millones adicionales, tal desembolso fue aprobado mediante Ley 779 de 2002, suma que fue liquidada mediante el Decreto 3100 del mismo año y, “para los efectos del ajuste de los indicadores establecidos en el Convenio de Desempeño, la Nación y el ISS celebraron el otrosí No. 1” donde se estableció “que se hace necesario revisar algunas de las metas previstas en el Convenio con el fin de ajustarlas al comportamiento reciente del mercado laboral colombiano y a las nuevas proyecciones efectuadas a partir de la revisión de la información inicial”.

Resaltó que con fundamento en el otrosí, dicha cartera “realizó el 26 de diciembre de 2002 un desembolso en favor del ISS por la suma de \$499.999.864, 648, el cual corresponde a la segunda porción del crédito de presupuesto establecido en los documentos antes mencionados y en el Acuerdo. La diferencia de \$135.352 frente al compromiso de desembolso de \$500.000 millones, surge de la circunstancia que el pago fue realizado mediante títulos valores de la Dirección del Tesoro Nacional, de los cuales solo existía el monto disponible antes indicado. Este último desembolso consta en la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Pagaduría del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, con fundamento en lo cual concluyó que “la Nación ha cumplido con las obligaciones adquiridas en el Acuerdo Integral celebrado con el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, teniendo en cuenta en todo caso el Convenio de Desempeño celebrado para el efecto y las disposiciones legales vigentes”.

2.2.2.- Por su parte, el demandante¹⁰ allegó escrito con el cual completó la información de la presente acción constitucional y aportó “en documento de Microsoft Word la Ley 758 de 2002 por la cual la Nación contribuye con la financiación parcial de las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, ISS, en su condición de empleador reconocidas a 23 de diciembre de 1993, siendo ello prueba real y plena evidencia del compromiso de la Nación para con el Seguro

⁹ Folio 111 c.1.

¹⁰ Folio 132 c.1.

Social en su negocio de salud”.

Adjuntó, igualmente, información presupuestal del negocio de salud correspondiente a los años 2000, 2001 y 2002, los cuales permiten mostrar *“la alta incidencia del rubro pensiones exfuncionarios dentro del presupuesto de salud tanto nacional como seccional”* y tras presentar unas tablas referidas a dicho tema, puntualizó que esa información *“muestra cómo los recursos de salud año a año se ven reducidos y todo por la falta de cumplimiento de la Nación”* y, al estar bajo la fórmula política de un Estado Social de Derecho, el Gobierno *“no puede desconocer las normas establecidas (Ley 758 de 2002) máxime cuando tal desconocimiento implica dejar de destinar recursos vitales para la vida y la salud de los colombianos afiliados al Seguro Social”*.

Adujo que la moralidad administrativa guía los criterios que deben adoptar todos los funcionarios del Estado por lo que ha de entenderse que *“no es otra cosa que la relación de un acto humano con la regla del buen obrar”*, de donde el incumplimiento de la Ley 758 es contrario al buen obrar, vale decir contrario a la moralidad.

2.3.- El 30 de abril de 2003¹¹, se realizó la audiencia especial de pacto de cumplimiento a la cual asistieron el apoderado judicial de la cartera accionada, el demandante y los representantes de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo, momento procesal en el que la Magistrada Ponente, invitó a las partes a proponer fórmulas de arreglo y éstas expusieron los mismos argumentos sostenidos a lo largo del proceso. Por su parte, la Representante de la Defensoría del Pueblo coadyuvó la petición del accionante y, al no llegar a consenso alguno, se declaró fallida¹².

2.4.- El actor allegó memorial¹³, solicitando la continuación del proceso ante el fracaso de la citada audiencia y agregó que *“si bien es cierto que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizó un desembolso al Seguro Social (compromiso 1) también lo es que, se requiere que los pagos de la obligación contraída mediante la Ley 758, se deben hacer en forma oportuna, pues de lo contrario implicaría que el Seguro Social debe realizar pagos que no le corresponden con los recursos del negocio de salud”*.

¹¹ Folio 138 c.1.

¹² Folio 144 c.1.

¹³ Folio 145 c.1.

Manifestó que se está acumulando lo adeudado por el año 2003 y en consecuencia “se estarían produciendo desajustes en los dineros destinados para servicios de salud y solo se enuncia en la Ley 758 un reembolso para el año 2002, por lo que se presume que los dineros de los siguientes años se deben aportar oportunamente”, siendo necesario solicitar a las entidades accionadas “se proceda a la integración y activación de la Comisión Técnica Tripartida, ello obedeciendo a que el plazo pactado en el Acuerdo Integral no se ha cumplido, dicho plazo era el 30/06/02...”, es por ello que la “Comisión debe con carácter prioritario, identificar, definir y determinar el reconocimiento de las deudas por concepto de salud, negocio que hoy se encuentra ad portas de una seria reestructuración o posible extinción, todo ello debidamente fundamentado en el déficit arrojado por tal negocio, déficit que se presume puede ser fácilmente absorbido por la deuda expresada en el Estatuto aportado como prueba”.

2.5.- El a quo, mediante auto del 22 de mayo de 2003¹⁴, abrió el proceso a pruebas, término dentro del cual compareció el actor¹⁵ y adujo que el Ministerio demandado, no había cumplido con los contenidos fijados por la Ley 758 de 2002, y argumentó que “muy seguramente el compromiso monetario de parte del Ministerio parece ser muy superior a los 77.000 millones que se giraron durante el año 2002”, por lo que –a su juicio- la referida suma aparecía como insuficiente para atender el pasivo pensional.

2.6.- En su intervención el Ministerio accionado¹⁶, informó que “el compromiso del Gobierno Nacional para con el ISS establecido en el punto 1 del Acuerdo Integral celebrado entre el Gobierno, el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL fue concretado a la contribución de la Nación para la financiación del pasivo pensional del ISS, en lo que se refiere al ISS como empleador”, en los términos del artículo 1º de la Ley 758, donde se establecen las condiciones bajo las cuales la Nación contribuye a la financiación del pasivo pensional del ISS.

Recordó que “el compromiso del punto 1 del Acuerdo antes mencionado estaba sujeto al cumplimiento de unas actividades previas por parte del Instituto, de acuerdo al párrafo primero del artículo 1º de la Ley 758 de 2002”, donde el ISS se obligaba a entregar la “información pertinente en forma completa y correcta” y

¹⁴ Folio 149 c.1.

¹⁵ Folio 153 c.1.

¹⁶ Folio 155 c.1.

que “el día 30 de diciembre de 2002, el ISS presentó la documentación requerida para la aprobación del cálculo actuarial y la realización del reembolso correspondiente al año 2002”, lo cual indica que la citada cartera ha cumplido con lo acordado en la medida en que el ISS atendió sus compromisos.

Concluyó que “el texto del Acuerdo Integral no compromete a la Nación a colaborar en la financiación de las pensiones de los exfuncionarios reconocidas en el periodo antes mencionado. De hecho, la misma Ley 758 de 2002 limitó la obligación de la Nación a las pensiones reconocidas hasta diciembre de 1993” y puntualizó que “se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 347 de la Constitución Política, tal se puede ver en el anexo del Diario Oficial No. 45.039 por medio del cual se publicó la Ley 780 de 2002 en la cual se incluye una partida de \$82.000 millones destinada al cumplimiento de la contribución de Nación de que trata la Ley 758 de 2002”.

2.7.- Al ser requerido por el despacho instructor, el Ministerio accionado¹⁷, precisó que, en relación con los pagos de que trata la Ley 758 de 2002, “entre las pruebas adjuntadas en la respuesta al oficio 0749, remitida a su despacho el 20 de junio de 2003, figura la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedida por la Coordinadora del Grupo de Pagaduría del Ministerio, que presenta pagos por valor de \$77 mil millones de pesos en fecha 30 de diciembre del año 2002, lo cual es acorde con el compromiso No. 1 del Acuerdo suscrito en el marco del convenio de desempeño del ISS (folio 159 de su oficio de la referencia). Adicionalmente, es responsabilidad del ISS enviar a este Ministerio la información sobre los pagos efectivamente realizados por concepto de pensiones a que se refiere la Ley 758 de 2002, con el fin de que pueda efectuarse el pago complementario a que haya lugar”.

Agregó que “en cuanto a informar en forma certificada el monto de la deuda para con el Seguro Social que fue incluido en el presupuesto de la Nación para el año 2003, tal como lo dispone el artículo 347 de la Constitución Política, entre las pruebas adjuntas a la respuesta al oficio 0749 de sus despacho, están incluidos los siguientes diarios oficiales anexos:

.- Copia del diario oficial No. 45039 (página primera y páginas 16 a 38) en la cual se publicó la Ley 780 de 2002 “Por la cual se decreta el

¹⁷ Folio 212 c.1.

Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2003). El monto de los recursos incorporados para gastos de funcionamiento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la Ley 780 es de \$3.303.018.005.000 pesos, partida en la cual se incluyen los recursos a los que se refiere la Ley 758 de 2002 (página 32 del respectivo Diario Oficial).

.- Copia del Diario Oficial No. 45.049 (páginas 1 a 25 y página 59 del anexo) en el cual se publicó el Decreto 3200 de 2002 “por el cual de liquida el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 2003, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”. La información de la partida presupuestan correspondiente a las pensiones de los exfuncionarios del ISS de que trata la Ley 758 de 2002 se encuentra en la página 59 adjunta del mismo diario oficial, en la cual se encuentra respaldada y corresponde al folio 194 de los antecedentes remitidos en su oficio de la referencia. El monto de los recursos incorporados para este efecto es el Derecho 3200 de 2002, es de \$82.000.000.000 pesos.

Queremos en todo caso reiterar que de acuerdo con la Ley 758 de 2002, la responsabilidad directa en el pago de las obligaciones pensionales permanece en el ISS, en su condición de empleados, independientemente de la contribución que debe realizar anualmente la Nación para el pago de dicho pasivo. El monto de los recursos necesarios para atender la contribución de la Nación en la financiación del pasivo pensional del ISS-empleador debe establecerse en las respectivas leyes anuales de presupuesto como en efecto se viene realizando”.

2.8.- El ISS, fue requerido para que precisara el monto de la “*deuda de la Nación-Salud actualizado a diciembre de 2002*” y para el efecto remitió copia de los oficios librados para obtener la asignación de las correspondientes partidas presupuestales¹⁸, razón por la cual el despacho de origen dispuso librar oficio al Presidente del ISS “*a fin de que se sirva determinar con exactitud el valor adeudado por la Nación, para el año 2002, para el sector salud. Así mismo, deberá remitir fotocopias auténticas de los Acuerdos 242 de 2002 y 245 de 2003*”¹⁹.

En cumplimiento de la referida determinación, el ISS²⁰ certificó lo siguiente:

“1).- El valor adeudado por la Nación, en el año 2002, para el sector

¹⁸ Cfr. folios 227 a 235 c.1.

¹⁹ Folio 237 c.1.

²⁰ Folio 241 c.1.

salud, es un dato que solo lo podría saber el Ministerio de la Protección Social, ya que nuestra EPS no administra el sector.

2).- Relacionado a su requerimiento con respecto a los Acuerdos 242 y 245 de 2003 que también solicita en su oficio, me permito informarle que en el año 2001 el Consejo Nacional de Seguridad Social expidió el Acuerdo 217 para el restablecimiento del equilibrio financiero debido a concentración de pacientes de alto costo en la EPS del Seguro Social.

Para este fin reconoció, para el primer semestre de 2002, la suma de \$28.113.485.288, mediante el Acuerdo 242 de 2002, posteriormente, el Acuerdo 245 de 2003, establece la política de atención integral de patologías de alto costo derogando el Acuerdo 217 y ordenando:

a).- El reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico del segundo semestre del 2002.

b).- La distribución entre todas las EPS del sistema, de pacientes de VIH-SIDA y con insuficiencia renal crónica, a partir del 1º de julio de 2003.

...

3).- Los Acuerdos 242 de 2002 y 245 de 2005 son normas oficiales que se encuentran en el Diario Oficial No. 45.050 del 31 de diciembre de 2002 y Diario Oficial 41.145 del 1º de abril de 2003...Estos se pueden consultar igualmente en la página web del Ministerio de la Protección Social y la Imprenta nacional. Sin embargo enviamos copia de estos documentos²¹.

2.9.- El a quo, atendiendo el contenido de la anterior respuesta, dispuso librar nuevo oficio a fin que el ISS "se sirva determinar con exactitud el valor adeudado por la Nación, en el año 2002, para con el sector salud, en relación con dicho Instituto²² y, se recibió respuesta²³ donde el Instituto, recordó que ha contestado el requerimiento tanto el 19 de noviembre como el 28 de octubre de 2003, no obstante ello informó:

"2).- Respecto a lo adeudado por la Nación a la EPS del Seguro Social en el año 2002, por desviación del perfil epidemiológico, me permito informarle que en el año 2001 el Consejo de Seguridad Social expidió el Acuerdo 217 para el restablecimiento del equilibrio financiero debido a concentración de pacientes de alto costo en la EPS del Seguro Social.

²¹ Vale anotar que el Acuerdo 242 de 2000, se "aprueba el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal del 2001 de acuerdo con las cifras presentadas en los documentos PROYECTO DE PRESUPUESTO CONSOLIDADO Y RESUMEN EJECUTIVO anexos al presente acuerdo, consolidado por la Vicepresidencia Financiera con base en las cifras presentadas por cada Unidad de Negocios del Instituto" y en el Acuerdo 245 de 2001, se "propone al Gobierno Nacional la incorporación de la Clínica MISAEI PASTRANA BORRERNO en la estructura del Instituto de Seguros Sociales".

²² Folio 249 c.1.

²³ Folio 251 c.1.

Para este fin se reconoció, para el primer semestre de 2002, la suma de \$28.113.485.288 mediante el Acuerdo 242 de 2002. Esta suma la ha venido pagando FISCALUD...quedando a la fecha [3 de diciembre de 2003] una deuda exacta por parte del primer semestre del 2002 de \$387.261.026,58.

2).- Posteriormente el Acuerdo 245 de 2003 establece la política de atención integral de patologías de alto costo derogando el Acuerdo 217 y ordenando:

a).- El reconocimiento de la desviación del perfil epidemiológico del segundo semestre del 2002.

b).- La redistribución, entre todas las EPS del sistema, de pacientes de VIH-SIDA y con insuficiencia renal crónica a partir del 1º de junio de 2003.

3).- El Consejo de Seguridad Social en Salud aprobó el 7 de octubre el pago del segundo semestre del año 2002, sin embargo el Ministerio de la Protección social quien es el que calcula este valor, aún no ha expedido la resolución definitiva para este pago debido a que el Ministerio de Hacienda aún no se ha pronunciado al respecto. LA SUMA EXACTA DE DEUDA POR ESTE SEGUNDO SEMESTRE SOLO SE CONOCERÁ CUANDO LA RESOLUCION SEA EXPEDIDA OFICIALMENTE POR PARTE DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Solo se cuenta con un borrador, de acuerdo aprobado en la sesión 139 del Consejo Nacional de Seguridad Social de octubre 31 de 2003, del cual enviamos copia, en el cual se establece una cifra de \$28.602.179.015 de reconocimiento para la EPS ISS.

4).- Por otra parte, acaba de ser expedida la Resolución 3186 de 2003 que establece el mecanismos de distribución excepcional de pacientes con VIH-SIDA e insuficiencia renal crónica, lo cual alivia el desequilibrio de la desviación del perfil epidemiológico presente en la EPS del Seguro Social.

Anexo fotocopia de la respuesta UPZ-1040 de fecha septiembre 16 de 2003, que envió al dr. WALTER OROZCO SALAZAR –Jefe Unidad de Planeación y Actuaría de la Vicepresidencia de Pensiones que incluye la actualización del documento deuda de la nación a favor del ISS-Salud”.

2.10.- La Magistrada Ponente, de cara al contenido de las anteriores respuestas, dispuso²⁴ librar oficio al Ministerio de la Protección Social “a fin de que se sirva señalar de manera exacta el valor adeudado por la Nación al ISS, en el segundo

²⁴ Folio 293 c.1.

semestre del año 2002, en lo que respecta al sector salud” y, a tal requerimiento, la Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo de la citada cartera²⁵ informó que dio traslado del mismo a la Dirección General de Financiamiento “donde ofrecerán la respuesta a la misma” y que, al no contestarse, se insistió en el cumplimiento en el citado oficio²⁶.

En acatamiento a lo ordenado por el despacho, el Director General de Gestión de la Demanda²⁷, precisó :

“El Acuerdo 252 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se aprueba el proyecto de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos correspondiente al segundo semestre del 2002 según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS y el artículo 9º del Acuerdo 245, determinó reconocer al Seguro Social por concepto de ajuste epidemiológico, veintiocho mil seiscientos dos millones ciento setenta y nueve mil quince pesos m/cte (\$28.602.179.015).

Esta suma ya se comenzó a reconocer al Seguro Social, al descontar desde la compensación inicial del mes de diciembre de 2003 el porcentaje de UPC que cada EPS debe aportar, este procedimiento se realizará mes a mes hasta llegar al tope del valor de los recursos a ser distribuidos por este concepto al Seguro Social”.

Por su parte, el Director General de Financiamiento²⁸, informó:

“De acuerdo con lo establecido en el Acuerdo 242 del CNSSS, por medio del cual se aprobó el porcentaje de UPC objeto de distribución por ajuste epidemiológico y se distribuyen unos recursos según lo dispuesto en el Acuerdo 217 del CNSSS, se definió que los recursos a distribuir para el ISS eran del orden de \$28.113.485.288,00. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del Acuerdo en mención se liquidarán los recursos a partir de UPC recibido en cada periodo de 2003 por concepto de los aportes de las EPS y EOC que se generaran a través de las declaraciones de giro y compensación. Por dicho concepto se recaudaron para distribuir un total de \$29.594.081.048,99 para la vigencia 2003 de los cuales al ISS se giraron \$27.726.224.261,42, sin embargo no fue posible girar la cuantía restante por valor de \$387.261.026,56 en razón a que la fórmula de redistribución aprobada en el Acuerdo 242 del CNSSS, tuvo en cuenta la presentación e procesos de compensación de algunas EPS que se

²⁵ Folio 297 c.1.

²⁶ Folio 301 c.1.

²⁷ Folio 302 c.1.

²⁸ Folio 304 c.1.

encontraban en proceso de liquidación. En consideración a lo anterior el Ministerio de la Protección Social a través de la Dirección de Gestión de la Demanda de Servicios de Salud deberá analizar esta situación y presentar una propuesta viable a consideración del CNSSS. Cabe anotar que a la fecha no existen [7 de marzo de 2004] recursos pendientes para ser girados al ISS en cumplimiento del Acuerdo 024 de la CNSSS.

Con relación al segundo semestre de 2002 y en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo 252 del CNSSS, se definió que los recursos a distribuir para el ISS eran del orden de \$28.602.179.015 de los cuales se han girado a la fecha 45.143.868.328,85 y se espera que al cierre de la vigencia la totalidad de los recursos redistribuidos. En consideración a lo anterior a la fecha no existen recursos pendientes de giro por parte del FOSYGA”.

El anterior informe fue puesto a disposición de la partes²⁹, surtido lo cual los sujetos procesales no realizaron pronunciamiento alguno³⁰ y, en tal virtud, se corrió traslado a los intervinientes en el proceso por el término de cinco (5) días para presentar alegatos de conclusión.

3.- Alegatos de conclusión.

3.1.- El apoderado judicial del ISS³¹, allegó escrito contentivo de alegatos de conclusión y afirmó que la cartera accionada no concilió en el presente caso y, sin embargo, pese a “*haberse girado la suma de \$499.999.864.648,00 el 26 de diciembre del año 2002, la misma se adeuda desde comienzos del año, lo que a la postre da toda la razón al demandante en el sentido de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe girar los aportes de ley al Instituto de Seguros Sociales en tiempo con el fin de que los mismos no se atrasen y de paso dejar al Instituto de Seguros Sociales en déficit presupuestal y sin la posibilidad de dar cumplimiento a sus obligaciones pensionales y de salud*”.

Agregó que “*a marzo de 2003, existía igualmente un déficit de 500.000 millones de pesos, que el Ministerio de Hacienda, no los canceló en la debida oportunidad, por lo que el Instituto de Seguros Sociales siempre ha estado en crisis, esperando le sean girados a tiempo los dineros debidos conforme a los convenios establecidos y las leyes de presupuesto*”.

²⁹ Folio 307 c.1.

³⁰ Folio 311 c.1.

³¹ Folio 313 c.1.

Resaltó que para el año 2003, el ISS siguió presentando déficit, hecho que se prueba *“conforme a las declaraciones dadas en los medios de comunicación por el Presidente del Seguro Social, lo que indica claramente que conforme a las pruebas aportadas por el Ministerio de Hacienda, se pudo arreglar el déficit correspondiente al año 2002, pero lo concerniente al año 2003, tampoco fue girado en las oportunidades de ley, siendo igual la situación para el 2004 y para todas las vigencias fiscales, lo que hace que definitivamente el Seguro Social, año tras año incumpla con sus obligaciones”* razones por las cuales solicitó conminar a la cartera demandada *“a cancelar la deuda anual contraída con el Instituto de los Seguros Sociales durante el primero o segundo mes de la vigencia fiscal, con el objeto de que la institución del Seguro Social, cumpla con sus obligaciones”*.

3.2.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por su parte, allegó extenso escrito³² donde reprodujo los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda, y en el que reiteró, luego de identificar las pretensiones incoadas por el actor, que *“la acción popular no es un medio idóneo para reclamar el pago es estas supuestas obligaciones, sino que además tales obligaciones son, en algunos casos inexistentes y en otros responsabilidades de la Nación que no son exigibles por el ISS mientras no se hayan cumplido los supuestos establecidos en el Convenio y en la Ley 758”*.

4.- Actuaciones procesales posteriores a los alegatos de conclusión.

La Sala de instancia, a efecto de mejor proveer, mediante auto del 10 de febrero de 2005³³, solicitó al ISS certificar *“si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reembolsó en su totalidad, la financiación del pasivo pensional del ISS en su condición de empleador, correspondiente a las personas que obtuvieron el reconocimiento de la pensión antes del 23 de diciembre de 1993, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 758 de 2002, para los años 2002, 2003, 2004 y 2005, respectivamente”* y dispuso arrimar *“fotocopia autenticada del cálculo actuarial correspondiente a los años 2002, 2003, 2004 y 2005 junto con la constancia de recibo en las dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”* e, igualmente, requirió a la citada cartera, para que certificara *“ si ha acatado lo previsto en la mentada Ley 758 de 2002, en el sentido de financiar el pasivo*

³² Cfr. fs. 314 a 348 c.1.

³³ Folio 350 c.1.

pensional del ISS patrono, de las personas que hayan adquirido su reconocimiento con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”,y dispuso que “deberá adjuntar a la respectiva misiva prueba documental que acredite los correspondiente reembolsos”.

4.1.- En cumplimiento de las anteriores determinaciones, la Directora General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁴, manifestó que *“el proceso de aprobación de desembolsos se inició con la aprobación del cálculo actuarial con corte a 2002 en concordancia con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1º de la Ley 758”* y que, *“en la medida en que el ISS ha efectuado los pagos correspondientes y ha solicitado los reembolsos respectivos al Ministerio de Hacienda la información ha sido validada con respecto a la base de datos del cálculo actuarial remitido por le ISS y aprobado por este Ministerio, la cual incluye las personas beneficiarias de jubilaciones legalmente reconocidas hasta el 23 de diciembre de 1993”*

En relación con el procedimiento, afirmó que *“una vez validada la información de las personas incluidas en la solicitud de reembolso del ISS con respecto a la que figura en la base de datos del cálculo actuarial aprobado, el Ministerio de Hacienda avala el valor del monto a desembolsar, correspondiente a las personas que están incluidas tanto en la nómina como en la base mencionada y se le hace al ISS el giro correspondiente por intermedio del Ministerio de la Protección Social”.*

Aseveró que de cara al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 758 de 2002 *“se han efectuado los desembolsos correspondientes a las solicitudes de reembolso del ISS, lo cual puede comprobarse en la certificación de la Gerente Nacional de Tesorería del ISS, de la cual se adjunta copia, de acuerdo con la cual los giros de la Nación por este concepto fueron de 316.523 millones hasta el año 2004”,* proceder que ha contado con el aval de la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todo contando debidamente con fundamento en las respectivas apropiaciones presupuestales.

Agregó que *“la diferencia entre el valor solicitado por el ISS de 352.657 y el valor de los desembolsos aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de \$316.524 se debe principalmente a discrepancias de la información de jubilados presentada por el ISS entre la base de datos que soporta el cálculo actuarial*

³⁴ Folio 356 c.1.

aprobado de las jubilaciones con corte a 2002 y la información certificada por el ISS de las nóminas para los reembolsos respectivos que ha presentado con posterioridad”.

4.2.- Por su parte, el Jefe de la Unidad de Planeación y Actuaría del Seguro Social³⁵, informó que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 656 de 1994 *“corresponde a la Superintendencia Bancaria fijar las tablas de mortalidad de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y rentistas que deben utilizar las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones, para la elaboración de los cálculos actuariales que se deriven de los mismos. Dichas tablas fueron fijadas por la mencionada entidad mediante Resolución 585 de 1994 y a estas se acoge este Instituto como Administrador del Sistema de Prima Media con prestación definida”*, razón por la cual la solicitud fue trasladada a la Superintendencia Bancaria *“para que dicho ente sea quien de respuesta a su solicitud”*.

4.3.- Fue por ello que la referida Superintendencia³⁶, remitió copia auténtica de las Tablas de Mortalidad vigentes e igualmente advirtió que tal dependencia *“carece de la competencia necesaria para certificar la vida probable de una persona, razón por la cual la colaboración en este caso debe limitarse a enviar la mencionada Tabla que, sin lugar a dudas será de gran utilidad para que se pueda determinar la “Esperanza de Vida” o tiempo de vida probable de una persona cuya edad oscile entre los 15 y los 110 años de edad”*.

4.- La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 2 de mayo de 2005³⁷, adoptó la decisión identificada en precedencia y para soportar la misma expuso la siguiente estructura argumentativa.

Luego de relacionar los medios de prueba aportados al expediente, identificar las excepciones propuestas por el Ministerio accionado y determinar la naturaleza jurídica de la acción popular, manifestó que la misma *“en algunos casos es preventiva, en tanto que en otros procede para evitar que se continúe con el*

³⁵ Folio 372 c.1.

³⁶ Folio 374 c.1.

³⁷ Folio 387 c.2.

agravio, por lo que se requiere para que prosperen las pretensiones de la demanda, que los hechos en que se apoye estén debidamente fundados, es decir, probados; sin embargo de la simple lectura de las pruebas arrimadas al proceso, se observa que los únicos derechos colectivos que eventualmente podrían verse comprometidos, con el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el Acuerdo Tripartita y en la Ley 758 de 2008, son los de la moralidad administrativa y los derechos de los consumidores y usuarios. Por lo tanto el debate se centrará en el análisis de estos derechos y no de otros”.

(i).- Bajo la anterior delimitación conceptual, inició con el análisis de la presunta violación al derecho a la moralidad administrativa, el cual soportó con la presentación del contenido de los artículos 83 y 209 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, y afirmó que él “implica que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado, que permita a los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y en el desempeño de sus funcionarios, los cuales deben orientar su gestión en el interés general, en el cumplimiento de la ley y en el mejoramiento del servicio”, posición que apoyó en citas de sentencias dictadas por el Consejo de Estado.

Resaltó que el Estado se encuentra en la obligación de propender por alcanzar el cumplimiento de los derechos colectivos y puntualizó que “en el caso en autos, no se observa prueba alguna que demuestre que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o el Instituto del Seguro Social, en su gestión administrativa, persigan fines particulares o mezquinos sin consultar los intereses de la comunidad” y que tampoco existen pruebas de las cuales inferir que las autoridades demandadas “actúen deshonestamente, o que su gestión vaya en contravía de los principios, valores y reglas de transparencia que gobiernan la actuación pública”.

Precisó que “en el asunto de la referencia, lo que se demanda en concreto, es el incumplimiento del acuerdo tripartita y de lo dispuesto en la Ley 758 de 2002, de cuya omisión, sí la hay, en el acatamiento de los compromisos adquiridos, no se observa que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o el Instituto del Seguro Social, hayan desplegado una conducta dolosa que infrinja la ley de manera burda o descarada, mucho menos, que se trate de un caso de corrupción

administrativa”, por lo que, consideró que el sub lite, no puede predicarse “una presunción de mala fe en contra de las entidades que representan a la Nación, menos aún cuando el único propósito que ésta persigue es el garantizar la prestación del servicio de salud –como fin esencial del Estado- a través del financiamiento y contribución del pasivo pensional del Instituto del Seguro Social, a efectos que supere la crisis institucional que afronta” por lo tanto “el actor no demostró la vulneración o amenaza del derecho colectivo invocado como vulnerado”.

(ii).- El segundo punto de análisis se circunscribió a determinar la lesión a “los derechos de los consumidores y usuarios” los que se encuentran consagrados en el artículo 369 de la Constitución Política, frente a los cuales fácil es advertir que el debate en la presente acción constitucional, radica en “los compromisos y obligaciones adquiridos por el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto del Seguro Social, en el acuerdo tripartita y en la Ley 758 de 2002...relacionados con la financiación por parte del Gobierno Nacional del pasivo del ISS patrono de aquellas personas que adquirieron el derechos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir antes del 23 de diciembre de 1993”.

Para el estudio del referido problema jurídico, citó³⁸ lo pactado en el Acuerdo Tripartita celebrado en octubre de 2001 y lo establecido en los artículos 1º y 2º de la Ley 758 de 2002 y refirió que de acuerdo con la citada normatividad *“la Nación asumió el pasivo pensional del ISS como empleador de las pensiones de quienes hayan adquirido el derecho con anterioridad al 23 de diciembre de 1993, como una forma de aportar en el estado financiero del ISS y en ese sentido entendemos la utilización de la palabra contribución”.*

La reflexión del a quo, partió de aceptar *“que el acuerdo...es válido”* e igualmente que como producto del mismo, el Gobierno Nacional *“se comprometió a garantizar el flujo necesario para la financiación del pago de las jubilaciones a cargo del ISS por su condición de patrono de aquellas personas cuyos derechos se adquirieron y se reconocieron antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993”* y manifestó que lo convenido en el citado Acuerdo, se reforzó con la expedición de la Ley 758 de 2002.

³⁸ Cfr. folio 412 c.2.

A efecto de sustentar el amparo constitucional citado, identificó los reembolsos que el Gobierno Nacional realizó por concepto del pago del pasivo pensional del ISS patrono, para los años 2002, 2003 y 2004³⁹, lo cual presentó en los siguientes términos:

“Reembolsos 2002.-

De las pruebas arrimadas al plenario se extrae, que la materialización de los aportes, por parte del Gobierno Nacional, para el año 2002, se hizo tardíamente, lo cual obedece a dos circunstancias: la primera, a que el ISS entregó el cálculo actuarial el 3 de octubre de 2002, es decir, con posterioridad al término señalado en la Ley 758 de 2002 para tal efecto, y, la segunda, a que el Ministerio de Hacienda no lo aprobó dentro de los quince días hábiles siguientes, sino hasta el 30 de diciembre del mismo año.

Tal y como se certificó a folio 159 del expediente, por parte de la Coordinadora del Grupo de Pagaduría del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 30 de diciembre de 2002, al ISS le fueron pagados por concepto de reembolso de pensiones de que trata la Ley 758 de 2002, 45 mil millones de pesos y 32 mil millones de pesos, para un total de 77.000.000.

De acuerdo con lo manifestado por el Presidente del ISS, en oficio de 16 de julio de 2003, dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, visible a folio 229 del expediente, ese Instituto reconoce el pago de los \$77.000 millones de pesos, pero afirma que quedó un saldo de \$34.564.693,7 para el año 2002.

Es decir, que para esa fecha, el Gobierno Nacional no le había cancelado al ISS, la totalidad del pasivo pensional, al cual se encontraba obligado, conforme a la Ley 758 de 2002, para ese mismo año.

En certificación expedida por la Directora General de Regulación Económica de la Seguridad Social con destino a esta Corporación, folios 356 y siguientes del expediente, se observa un cuadro en el que se plasman los aportes y recursos solicitados por el ISS y los efectivamente desembolsados por la Nación, entre otros años, para el 2002.

En dicho cuadro se constata que además de los 77.000 millones inicialmente girados, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, posteriormente desembolsó la suma de 31.904 millones, para un total de 108.904 millones, suma esta que difiere en 2.661 millones de pesos

³⁹ Cfr. Folios 415 a 417 c.2.

del cálculo actuarial suministrado por el ISS, el cual corresponde a la suma de 11.565 millones de pesos. Es decir, fue aprobado y girado el 97.6% de lo solicitado.

Reembolso 2003.-

Según el cuadro suministrado por el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, antes reseñado, tenemos que para el año 2002, el cálculo actuarial presentado por el ISS, asciende a la suma de 119.363 millones de pesos de los cuales, el Instituto del Seguro Social solicitó la suma de 116.283; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aprobó la suma de 104.655 millones, los cuales fueron girados en dos contados, uno por valor de 82.000 millones de pesos y otro, por valor de 22.655 millones, motivo por el cual se infiere que la diferencia existente entre lo solicitado por el ISS y lo aprobado y pagado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público oscila en los 11.628 millones de pesos. Se le reconoció al ISS el 90% del valor solicitado.

Reembolso 2004.-

Para el año 2004, tenemos que el Instituto del Seguro Social, presentó un cálculo actuarial correspondiente a la suma de 128.153, pero de los cuales solicitó finamente, 124.809 millones de pesos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aprobó y giró la suma de 102.965 millones de pesos, en dos contados, uno por valor de 52.523 millones de pesos y otro, por 50.442 millones de pesos, de cuyas cifras se infiere que la diferencia entre lo solicitado y lo girado y aprobado asciende a la suma de 21.844 millones de pesos.

Es decir, que le fue reconocido tan solo el 82.5% de lo solicitado”.

Conforme a lo anotado, sostuvo que la cartera accionada “desde el año 2002, no ha financiado en su totalidad el pasivo pensional del ISS patrono, de acuerdo a lo previsto en la Ley 758 de 2002, omisión que ha justificado, aduciendo que las sumas adicionales están condicionadas a la validación de las diferencias que han sido detectadas entre las personas incluidas en el cálculo actuarial presentado por el ISS, el cual fue aprobado por ese Ministerio y las nóminas de jubilados que actualmente están siendo pagadas por ese Instituto. Elucidaciones que no tienen ningún soporte en el proceso y tan solo a la fecha, pone en conocimiento de esta Corporación, por cuanto anteriormente afirmaba, que el cálculo actuarial no se había elaborado oportunamente por el ISS y que debía solicitar adiciones en el presupuesto para cubrir los faltantes”.

Recabó que es deber del Ministerio accionado “*estimar una suma razonable que deba incluir cada año en el presupuesto, como partida destinada al cumplimiento de la contribución a cargo de la Nación, de acuerdo con lo pautado en la Ley 758 de 2002*” y que si bien es cierto tal entidad requiere que el ISS le envíe “*la información sobre los pagos efectivamente realizados por concepto de las pensiones a que se refiere la Ley 758 de 2002, no lo es menos, que el hecho de que el SEGURO SOCIAL no cumpla con esta obligación oportunamente, no es obstáculo para que ese Ministerio efectúe el correspondiente pago, por cuanto en el evento de que se presente el fallecimiento de pensionados del ISS patrono, la variación en la tabla de mortalidad, no es de tal magnitud, que le impida cubrir la obligación a su cargo, la cual deberá hacer con fundamento en el cálculo actuarial el cual anualmente se actualiza con base en el IPC, pudiendo además –en el reembolso posterior- compensar las sumas que eventualmente pudiera pagar de más*”.

Consideró que tampoco puede tener cabida el argumento según el cual “*...la responsabilidad directa del pago de las obligaciones pensionales permanece en cabeza del ISS, en su condición de empleador, independientemente de la contribución que debe realizar anualmente la Nación para el pago de dicho pasivo, como quiera que por medio de la Ley 758 de 2002, el Gobierno Nacional por conducto de ese Ministerio, asumió el pago de la carga pensional, con anterioridad al 23 de diciembre de 2003, por lo tanto, es éste y no el ISS quien debe desembolsar las sumas necesarias para su pago, se enfatiza, no parcialmente como lo ha venido haciendo sino en su totalidad*”, incumplimiento que “*sin lugar a dudas es una amenaza a los derechos de los usuarios, ya que eventualmente se vería comprometida la existencia del Instituto del Seguro Social – ISS*” (se subraya), razones todas éstas que sirvieron de fundamento para declarar la orden de amparo identificada en precedencia.

(iii).- Expuestos los argumentos para soportar la protección constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios, adujo que el Ministerio accionado “*se comprometió a adelantar evaluaciones tendiente a establecer alternativas para la financiación con relación a las jubilaciones a cargo del ISS patrono reconocidas con posterioridad a la Ley 100 de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1996, así como de los cuotas partes de aquellas pensiones compartidas con el ISS, en conjunto con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*”; sin embargo expresó que resultaba “*imposible para esta Corporación conminar al Gobierno Nacional*

para que de cumplimiento al mismo, toda vez que el requisito exigido para la formulación de alternativas, se circunscribe a la concertación junto con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre lo cual no obra prueba dentro del proceso”.

Resaltó que si el compromiso se orienta a buscar opciones que permitan aliviar la crisis del ISS, el mismo *“no implica que el Gobierno Nacional haya adquirido la obligación de pagar, el pasivo pensional del ISS patrono con posterioridad a la Ley 100 de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1996, por cuanto esta responsabilidad continúa impuesta al Instituto del Seguro Social, en calidad de empleador”*, además que a iniciativa del Gobierno Nacional *“el Congreso de la República dictó la Ley 797 del 29 de enero de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”* entre las cuales se encuentra el artículo 15, de donde se infiere que se han buscado alternativas legales para fortalecer al Instituto del Seguro Social y aliviar la crisis que lo aqueja.

(iv).- Agregó que el Gobierno Nacional, por intermedio de la cartera accionada, se comprometió en el Acuerdo Tripartita a *“identificar, definir y determinar, si hay lugar a ello, el reconocimiento de la deuda de la Nación con el ISS, por concepto de salud, riesgos profesionales y pensiones, entre otros aspectos, los relativos a aportes y pensiones, cuotas partes, manejo de reservas, mesada adicional, acciones BCH y bonos pensionales tipo B”* frente a lo cual *“se requiere como instrumento para su realización, la conformación de una Comisión Técnica Tripartita, a efecto de que las partes depuren las cifras correspondientes a la deuda histórica Nación –ISS, tomándose como estudio referencial, entre otros, la información financiera elaborada por el equipo”*.

Dentro de dicho trámite, obran pruebas documentales, a folios 160 y 161 del expediente, según las cuales el Viceministro General y Viceministro de Hacienda y Crédito Público *“le informan al Presidente del Instituto del Seguro Social que han designado a quienes participaran en representación de ese Ministerio en la conformación del Comité mencionado”*, no así se observa cumplimiento del compromiso por parte del ISS.

(v).- Argumentó que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, se comprometió en el Acuerdo Tripartita *“a asegurar recursos destinados al ISS, en cuantía de UN BILLÓN DE PESOS, de los cuales los*

primeros \$500.000.000.000 debían ser desembolsados en el 2001 y utilizados para cancelar en su orden las obligaciones impuestas en el acuerdo tripartita, consistentes en a).- Pago de la nómina del ISS y de los jubilados del ISS patrono por el tiempo restante del 2001 (a la fecha de celebración del acuerdo tripartita); b).- Fortalecimiento de la red interna; c).- Cancelación de las obligaciones laborales directas o conciliadas por un monto de \$10.000 millones de pesos; d).- Obligaciones a cargo del Instituto por concepto de adquisición de bienes y servicios de salud. Los restantes \$500.000 millones debían sufragarse en el año 2002”, no obstante lo cual “ambos desembolsos se llevaron a cabo según convenio de desempeño y contratos de empréstitos, celebrados entre el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Presidente del Instituto del Seguro Social cuyas copias reposan en el cuaderno de anexos del expediente”.

(vi).- Finalmente, adujo que en cuanto hace relación a los compromisos adquiridos por el ISS “tenemos que éste se obligó a identificar a 1º de enero de 2002, el monto de las deudas de la Nación con el ISS, por concepto de salud, riesgos profesionales y en pensiones, entre otros aspectos, el cual fue elaborado por la Unidad de Planeación y Actuaría del Instituto del Seguro Social y cuya copia reposa en el cuaderno de anexos del expediente”.

(vii).- En cuanto hace relación al incentivo económico a favor del demandante, sostuvo que conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 “será otorgado como estímulo a la labor oportuna desplegada por el actor popular en defensa de los derechos colectivos, el cual le será reconocido en la suma de diez (10) salarios mínimos mensuales, a costa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

5.- El recurso de apelación.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interpuso recurso de apelación contra la citada providencia⁴⁰, bajo la premisa de que dicha cartera “*ha observado la mayor diligencia en la atención de la crisis financiera del Instituto de Seguros Sociales*”, conducta que se demuestra con los medios de prueba obrantes en el proceso, como también con “*los desembolsos permanentes realizados a la entidad en la forma de créditos condonables y de contribución directa al pago de pensiones, en los términos de la Ley 758/02. Lo anterior no*

⁴⁰ Folio 441 c.2.

obsta para que el Ministerio asuma con el cuidado que corresponde la tutela de los recursos públicos que se le han encomendado y exija por tanto al instituto una claridad meridiana en las cuentas que sustentan el reembolso". Por tanto –a su juicio- el fallador de instancia "desestimó totalmente y sin mayores inferencias, las razones expuestas por el Ministerio para haber realizado el pago parcial de los reembolsos"-

Agregó que conforme a lo argumentado por el juez a quo, pareciera que para este "es irrelevante que el Instituto envíe los soportes de los pagos realizados y habiéndolos enviado de manera errada, que no haya podido acreditar las razones de la inconsistencia en su información", posición no compartida por el recurrente "porque ella implica ni más ni menos que la verificación del monto real de la obligación a cargo de la Nación según la Ley 758/02 carece de importancia. Si tal fuera el alcance de la Ley, serían innecesarias las precisiones contenidas en los literales a), b) y c) del artículo 1º de la Ley 758/02, especialmente en cuanto se refiere a pensiones legamente reconocidas por el ISS en su condición de empleador a una fecha de corte que determina está contribución, señalada por la Ley en diciembre 23 de 1993".

En relación con la tesis de la compensación de los dineros pagados en exceso, precisó que "esta solución, sin embargo no está ajustada a la Ley, porque si bien la contribución de la Nación se estima sobre el monto de las obligaciones del ISS como empleador reconocidas con anterioridad al 23 de diciembre de 1993, es también clara la ley en que la contribución es anual y corresponde al valor anual que debe pagar el Instituto por pensiones legalmente reconocidas. Pareciera poco ajustado a derecho realizar pagos sobre bases diferentes a las autorizadas en la Ley o sobre pensiones ilegales o reconocidas con posterioridad a la fecha indicada, y realizar una posterior compensación sobre la hipótesis del pago de lo no debido".

Se apartó de la postura sostenida por la sentencia de primer grado, según la cual conforme a la Ley 758/02, la Nación asumió "el pago de la carga pensional del ISS patrono a 23 de diciembre de 1993 y por tanto es el Gobierno Nacional y no el ISS quien debe desembolsar las sumas necesarias para su pago" aseveración que –a su juicio- no refleja el tenor literal, ni la intención de la citada norma, pues en ella se consigna "de manera clara que la nación contribuirá en la financiación del pasivo pensional del Instituto de Seguros Sociales, ISS...determinó de

manera precisa las condiciones de dicha contribución e indicó que los pagos se continuarían realizando a través del ISS”

Resaltó que el Tribunal incurre en el error de asimilar “asunción” y “contribución” sin explicar las razones de tal analogía, pues esta no es posible en el lenguaje común “ni en el lenguaje jurídico, pues para estos efectos la Ley ha dispuesto mecanismos idóneos tales como la sustitución del pagador en el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, FOPEP, los cuales fueron descartados por el legislador puesto que es el ISS en su condición de empleador de sus jubilados quien debe mantener tal responsabilidad y por esto la ley lo que señaló fue que a la nación le correspondía contribuirle al ISS en la financiación del pasivo a su cargo como empleador”.

Criticó que el Tribunal considere que el Ministerio de Hacienda haya vulnerado y amenazado los derechos de los usuarios del ISS “al abstenerse de financiar la totalidad de las pensiones que la entidad ha cobrado como correspondientes a las reconocidas con anterioridad al 23 de diciembre de 1993”, situación que –a juicio del a quo- “ha conducido a agravar la crisis financiera del ISS, quien por tal razón ha debido pagar las pensiones con sus propios recursos” desconociendo el juez constitucional que “la crisis financiera de la entidad no proviene en parte de un conjunto de situaciones administrativas tales como la que impidió a la Nación pagar en su totalidad la contribución establecida en la Ley 758/02. Aparentemente, el Tribunal considera que el hecho de que la Nación persista en la necesidad de información coherente y fidedigna es una infracción de derechos colectivos y no lo es la circunstancia misma de que dicha información no exista, o de que el ISS le haya tomado varios años organizar su información para poder enviar unos nuevos cálculos que se supone son coherentes con lo que señala la Ley y por lo tanto con lo que pueden cobrarle a la nación en virtud de la Ley 758/02. Sorprende igualmente el hecho de que el Tribunal ni siquiera conmine al ISS a resolver este problema, lo cual parecer ser la solución más simple e inmediata”.

Agregó que resulta ajeno a la naturaleza de las acciones populares “que se establezcan obligaciones a cargo del Estado o que se ordene a alguno de sus organismos realizar pagos omitiendo verificaciones y controles que no son meras formalidades”, cuando la misma Corporación Judicial “en anteriores oportunidades...había establecido que estas acciones no son medio idóneo para

discutir eventuales créditos entre la Nación y el ISS por concepto de obligaciones a cargo de la primera” y debe reconocerse que en el presente caso “el debate tiene un menor alcance jurídico, pues la nación no ha desconocido la obligación impuesta en la Ley, pero los efectos de la decisión son más graves, pues se pretende que la Nación haga caso omiso de las falencias que presentan los soportes presentados por el ISS para solicitar el reembolso”.

Censuró la orden de amparo constitucional declarada en la sentencia de instancia *“porque tal conclusión se encuentra por fuera del alcance de la Ley 758/02”* toda vez que *“la ley no dispuso ni que la Nación “asuma” ni “cubra la totalidad” del pasivo pensional del ISS patrono. Las precisas palabras empleadas por el legislador deben entenderse con el rigor que corresponde en este contexto, cual es que la Nación contribuye al financiamiento de las pensiones legalmente reconocidas por el ISS-Patrono a sus trabajadores del área de salud, al 23 de diciembre de 1993. En cualquier hipótesis hermenéutica, la obligación de la Nación sería diferente de la establecida en la Ley 758/02 y su pago carecería de título jurídico válido”.*

Bajo las anteriores precisiones solicitó la revocatoria de la decisión de instancia y *“porque la demanda no es por la diferencia de lo que se le adeuda al ISS, frente a lo cual se ha seguido haciendo todo para que el ISS aclare y la Nación pueda reconocerle lo que falta, consideramos también improcedente el incentivo económico previsto en el punto quinto de la parte resolutive de la sentencia”.*

6.- Actuaciones posteriores de la parte actora.

Dentro del término concedido para sustentar el recurso de apelación, el actor allegó *“algunas consideraciones”* que estimó de vital importancia para la decisión de segunda instancia, entre las cuales adujo que las cifras reportadas por el a quo permiten *“evidenciar que existe una alta diferencia entre lo solicitado por el ISS y lo aprobado y girado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal diferencia representa 36.333 millones, cifra que va en detrimento de los recursos asignados por le ISS para la prestación de servicios de salud, es evidente que por tratarse de pagos de pensiones de jubilación, el ISS debe proceder al pago de las mismas así el Ministerio no gire los debidos recursos”.*

Adujo que conforme al estudio realizado por el fallo de primer grado, se infiere lo

siguiente:

“1.- Se observa que los valores aprobados y girados presentan fechas que desajustan el normal funcionamiento del ISS, el negocio de salud, del cual salen los fondos, se nutre mensualmente con los procesos de giro y compensación que realiza el ISS, por tanto cuando el Ministerio no aporta en forma oportuna los fondos, afecta la operación de dicho negocio, pues, dineros que son vitales para el cubrimiento de las necesidades de salud de los afiliados a la Institución se destinan al pago de jubilaciones.

2.- No es comprensible que el valor aprobado y girado presente descenso de año en año, ello puede implicar que el Ministerio esté reteniendo dineros de jubilaciones que fueron aprobadas en el 2002 y que según se observa en lo solicitado por el ISS solo ha crecido en lo establecido por Ley, anualmente las pensiones que se incrementan en el IPC”.

7.- Alegatos del Ministerio Público.-

Debidamente notificado el agente el Ministerio Público⁴¹, presentó alegatos de conclusión⁴², mismos en los cuales solicitó:

“[...] revocar parcialmente la sentencia emitida en primera instancia (numerales SEGUNDO Y QUINTO del resuelve) en el sentido de negar la pretensión de la demanda encaminada a ordenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la cancelación del monto supuestamente adeudado al Instituto del Seguro Social, puesto que no se evidencia vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios del servicio de salud; por el contrario se establece una actitud tendiente a proteger el patrimonio público nacional. En consecuencia negar también el incentivo económico a favor del accionante.

En cuanto hace a los demás numerales del resuelve del fallo impugnado (numerales PRIMERO, TERCERO, CUARTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO y DÉCIMO) este Delegada estima deben ser confirmado por la Honorable Corporación”⁴³.

A efecto de soportar su petición, luego de identificar los antecedentes del caso y transcribir el contenido del Acuerdo Tripartita, así como lo dispuesto por la Ley 758 de 2002, resaltó que de ellos se deduce que “*el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se comprometió a distribuir de manera*

⁴¹ Folio 438 c.2.

⁴² Folio 462 c.2.

⁴³ Folio 479 c.2.

parcial, en el financiamiento de las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, ISS, en su condición de empleador reconocidas a 23 de diciembre de 1993” y que para ello el ISS elaboraría “un cálculo actuarial correspondiente al grupo de personas que había obtenido el reconocimiento de la pensión, teniendo el carácter de servidores del área de salud del Instituto, o cuya última vinculación con el ISS, antes del reconocimiento de la pensión, hubiese correspondido a dicha área”.

Manifestó que el ISS cumplió con lo acordado y que el Ministerio accionado *“aprobó el cálculo actuarial de pensiones legalmente reconocidas por el Instituto del Seguro Social (con corte a 2002)”*, documento que se convierte en el soporte indispensable para la realización de los desembolsos de dineros, que debía ser actualizarse y revisarse en su legalidad, año a año, según lo dispone el parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 758 de 2002 y así establecer las modificaciones del caso.

Resaltó que, por lo anotado, el Gobierno Nacional ha venido confrontando anualmente la información, pero tal procedimiento *“ha revelado ciertas incongruencias, sobre todo en cuanto hace al listado de jubilados presentado en el respectivo año por el ISS versus la base de datos que soporta el cálculo actuarial aprobado, razón por la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se ha visto en la obligación de sustraer del monto total a desembolsar por concepto de pasivo pensional, aquellas sumas correspondientes a aquellos individuos no relacionados en la base de datos del cálculo actuarial”*.

Recordó que el cálculo actuarial es el soporte requerido para la realización de los desembolsos, por ello –a juicio del Ministerio Público- la cartera demandada *“obró correcta y válidamente, pues se ciñó a aquella información certificada por el ISS y aprobada a posteriori por el Gobierno Nacional y no a aquella cuya única fuente de verificación resultaba ser su propio autor: el Instituto de Seguro Social”* y ante tal inconsistencia *“el Gobierno Nacional no podía más que cuestionar tales discrepancias y proceder a pagar aquellas sumas que encontraban un verdadero sustento en el cálculo actuarial aprobado”*.

Resaltó que el ISS, pese a ser requerido por el Ministerio *“a enviar la información necesaria que sustentara el motivo de la inclusión de nuevos nombres en su escrito de información anual –no contenidos en la base de datos del cálculo*

actuarial aprobado y posteriormente ajustado- éste aún no ha allegado al plenario documento alguno tendiente a justificar dichas inclusiones” y que, por el contrario, la entidad accionada “ha anexado al expediente objeto de estudio, oficios identificados con los número 01038073 de 27 de diciembre de 2002, 16296 del 15 de agosto de 2003, 044639 de 26 de noviembre de 2003, 27757 de 6 de agosto de 2004, 43235 de 3 de diciembre de 2004 y 2-2005-006342 del 7 de marzo de 2005, mediante los cuales pone de presente sus inquietudes respecto a las similitudes halladas entre la información suministrada por el Instituto y la contenida en el cálculo actuarial aprobado y ajustado cada año, respectivamente”, lo cual demuestra la disposición del Gobierno a efectuar los pagos de nómina, pero de acuerdo con los soportes que de forma legal acrediten la calidad de pensionados de los solicitantes.

Acotó que el Ministerio canceló aquellas sumas de las cuales ha podido verificar su veracidad y se ha abstenido de pagar las que no encuentran asiento en la base de datos soporte del cálculo actuarial y “las sumas dejadas de cancelar, corresponden perfectamente con las sumas cuestionadas en los oficios referidos, con lo que se entiende justificada la totalidad de los dineros rechazados, supuestamente adeudados por el Ministerio; así también todas aquellas sumas pagadas efectivamente por el Gobierno Nacional por ser consideradas sumas justificadas, de acuerdo con el cálculo actual aprobado, ha sido reembolsadas al ISS”.

Adujo que mediante la presente sentencia judicial, no se le puede ordenar al ISS cancelar dineros que no cuentan con el debido soporte legal, pues patrocinar dicho proceder “evidenciaría un real detrimento de los dineros de la Nación y una verdadera vulneración a los consumidores y usuarios del servicio de salud” y, finalmente, recordó que conforme a lo reglado en la Ley 758 de 2002, el Ministerio solo está llamado a financiar parcialmente el pasivo del ISS, por lo que al ser esta la prescripción legal, “ha de entenderse con el rigor de su literalidad, pues siendo claro su sentido y alcance, no le es dado al intérprete dar una connotación diversa al mismo –como lo es aquella que hace el actos respecto a que el Ministerio está obligado al pago de la totalidad de la deuda adquirida con anterioridad a la Ley 100 de 1993. En tal virtud el Instituto habrá de responder por las sumas insolutas –por falta de asiento justificable- y que a su juicio sea preciso cancelar”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones elevó las solicitudes identificadas en precedencia.

II.- CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración.

1.- Problema jurídico.-

La Sala considera, como aspecto central a desatar para darle curso a la presente apelación, determinar si en el *sub lite* están reunidos los presupuestos que soportan la procedencia de la acción popular en tanto que dicho tópico no fue estudiado por el juez de primera instancia, pues se observa que en esa instancia, el análisis se redujo a relacionar las normas jurídicas que la regulan⁴⁴, reflexión que no se acompasa a las particularidades que ostenta la naturaleza jurídica del citado mecanismo judicial de amparo, mucho menos cuando dicho análisis debe efectuarse de cara a las prerrogativas reclamadas en protección superior y de sus supuestos titulares, pues, al estarse frente a la exigibilidad derechos colectivos, la jurisprudencia ha fijado una serie de reglas que deben cumplirse para que sea viable el estudio material de las garantías reclamadas .

En este orden de ideas y a efecto de abordar el problema jurídico identificado, la Sala estudiará en un primer momento, y de forma abstracta, los presupuestos requeridos para la procedencia de la acción popular, terminado lo cual se entrará a la identificación de los mismos en el presente caso, ponderación que se realizará de cara a los derechos cuya protección se reclama, así como de los medios de prueba obrantes en el plenario y solo una vez superado el juicio de procedencia, estará facultado el juez constitucional para referirse a los aspectos sustanciales de los derechos solicitados en amparo.

2.- La procedencia de la Acción Popular. Perspectiva jurisprudencial.-

La Sala considera que con la finalidad de estudiar el referido punto, es necesario dividirlo en dos acápites: uno relacionado con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, pues dicho Tribunal ha delimitado el alcance de las acciones

⁴⁴ Cfr. Folio 407 c.2.

establecidas para alcanzar la materialidad de los derechos e, igualmente, ha revisado la validez de normas que regulan tales institutos constitucionales y, el otro, a cuyo examen se llegará una vez se haya concluido con el anterior, se dirigirá a identificar la posición del Consejo de Estado en el tema de los requisitos para sustentar la procedencia de la acción popular.

2.1.- Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional.-

Es sabido que la acción popular, consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sin que ellos sean, únicamente, los enlistados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino que también lo son los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Ahora bien, aunque este mecanismo constitucional de defensa judicial, busque la protección de los derechos e intereses colectivos, ello no significa que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para tal propósito el sistema jurídico tiene previsto otro tipo de acciones, como son las acciones de grupo o de clase, contempladas en el artículo 88 superior, desarrolladas en el mismo texto de la Ley 472 de 1998 y la acción de reparación directa del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de los hechos aquí analizados .

Bajo este orden de ideas, tanto la jurisprudencia como la doctrina, sostienen que la naturaleza de las acciones populares es esencialmente preventiva, de ahí que el inciso 2º del artículo 88 de la Ley 472 de 1998 establezca que éstas *“se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”* y desde tal concepción deben ser analizados los requisitos que soportan su procedencia.

De acuerdo con lo anterior se tiene que los supuestos para que proceda la acción popular son los siguientes : a).- La existencia de una acción u omisión de la parte

demandada; b).- La presencia de un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos⁴⁵, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene del riesgo normal de la actividad humana; c).- La relación de causalidad entre, la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo y d).- Estar frente a un derecho colectivo, mismo que ha sido definido por Corte Constitucional, como aquel *“interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares”*⁴⁶.

Los citados presupuestos se derivan de la interpretación dada por la Corte Constitucional, cuando dicho Tribunal precisó:

“El precepto constitucional del artículo 88 buscó ampliar el campo propio de esta clase de acciones como “un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas comerciales leales y justas”. Se las consideró como “remedios colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos”, en distintas esferas. (Subraya la Corte). (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo T-437 del 30 de junio de 1992).

La Sala Plena de la Corporación expresó, respecto de los derechos colectivos o difusos:

“La concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo, esto es, en una facultad o prerrogativa otorgada por el derecho y que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más complejas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado social de derecho, tiene que ver con el surgimiento de otro tipo de derechos construidos bajo categorías diferentes a la de los derechos subjetivos. Estos nuevos derechos son el resultado del surgimiento de nuevas condiciones sociales y económicas que afectan gravemente la vida de los

⁴⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-215/99, determinó lo siguiente *“Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley. El interés colectivo se configura en este caso, como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”*.

⁴⁶ Cfr. Sentencia C-215/99. Los ejes centrales de la jurisprudencia establecida en la referida providencia, fueron reproducidos en la sentencia **C-630/11**, oportunidad en la cual la Corte Constitucional, abordó el estudio de la exequibilidad de la derogatoria del incentivo económico de las acciones populares, decisión adoptada con la expedición de la Ley 1425 de 2010.

ciudadanos y el goce de sus derechos y para las cuales los mecanismos jurídicos clásicos de protección de derechos resultan insuficientes".

"Los últimos decenios han puesto en evidencia el hecho de que los grandes riesgos que afectan a las comunidades -e incluso pueden poner en peligro su supervivencia- ya no se limitan a la confrontación bélica o a la dominación tiránica por parte de los gobernantes. La dinámica misma del comercio, de la industria y en general de la actividad económica capitalista, puede convertirse en la causa de males tan graves o peores que los derivados de la violación de derechos subjetivos. Es el caso de la protección del medio ambiente, del espacio público, de los productos que reciben los consumidores, etc. Estos nuevos ámbitos han generado intereses cuya protección resulta hoy indispensable. La doctrina ha agrupado este tipo de intereses bajo el título de intereses colectivos o difusos".

(...)

"Los principios y valores constitucionales y las características de los hechos adquieren aquí una importancia excepcional. Mientras que en el caso de los derechos fundamentales de aplicación inmediata se suelen mirar los hechos desde la perspectiva de la norma, en el caso de los derechos difusos o colectivos, la norma constitucional que los consagra y su coexistencia con el derecho fundamental para desatar el mecanismo protector de la tutela, se descubre bajo la óptica de los valores, de los principios y de las circunstancias del caso". Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-67 del 24 de febrero de 1993. Magistrados Ponentes: Drs. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón).

En ese contexto, y en orden a resolver el fondo del asunto, la Sala destaca que para sustentar la procedencia de la acción popular, se hace necesario que, preliminarmente, se reúnan los siguientes requisitos:

- 1).- Establecer sí los derechos cuyo amparo se pretende son, ciertamente, derechos colectivos y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante el ejercicio de la acción popular, pues en caso contrario el reclamo debe incoarse acudiendo a los procedimientos judiciales establecidos para el efecto.
- 2).- Las acciones populares se instituyen para "*evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*"(inciso 2° del artículo 88 de la Ley 472 de 1998), por lo tanto, la acción popular tiene un carácter eminente preventivo, en consideración a los intereses

que a través de la misma se pretende proteger, por lo cual se requiere una justicia pronta y oportuna para evitar que tales intereses sean vulnerados, o lograr que sean, oportunamente restablecidos.

3).- Por el mismo carácter preventivo de la acción popular, la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos debe ser cierta, directa, inminente, concreta y actual, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo, por lo tanto el actor popular tiene la obligación de precisar y probar el hecho dañoso que altera o vulnera los derechos o intereses que se pretenden proteger, así se desprende del artículo 30 de la Ley 472 de 1998 al definir que la carga de la prueba corresponde al demandante, salvo que por razones de orden económico o técnico, el actor esté en la imposibilidad de demostrarlo, evento en el cual se traslada la carga probatoria a la entidad demandada o el juez de oficio deberá ordenar la práctica de las pruebas que considere pertinentes, en tanto el juez constitucional, tiene la obligación de verificar que de los hechos planteados en la demanda sea posible deducir dicha amenaza o vulneración para la colectividad que reclama el amparo. No obstante la informalidad propia de la citada acción constitucional y el objeto de la misma cual es la protección de los denominados derechos colectivos, la jurisprudencia ha establecido límites a su ejercicio, pues en la sentencia C-215/99 al momento de revisar la exequibilidad de las normas que la regulan, precisó la Corte que *“la carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo⁴⁷”* y agregó:

[...] estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

(...)

⁴⁷ El citado punto fue reiterado en la sentencia T-466/03 donde precisó *“La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte (...). Además ha afirmado la Corte “...su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones u omisiones y por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales”.*

También se desprende de lo anterior que las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la Acción de Tutela.

(...)

Finalmente, debe reiterarse que las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos. Para estos últimos fines, el constituyente de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la Acción de Tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios” (s.f.t.).

Conforme a la jurisprudencia que viene de citarse, resulta forzoso concluir que la Constitución Política estableció un mecanismo judicial específico para la protección de los derechos colectivos⁴⁸ e, igualmente, fijó los contornos conceptuales para su definición, tal como se encuentra en la sentencia T-587/09, donde el Tribunal Constitucional puntualizó:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado la diferencia entre un derecho fundamental y otro colectivo, a partir de la individualización del derecho y la prueba de la afectación subjetiva del mismo, pues si éste no puede determinarse en un grupo porque es indivisible o transindividual será, entonces, un derecho colectivo, pero si es un derecho identificable con la situación individual de quien acude a la

⁴⁸ Desde la sentencia T-1062/01, la Corte Constitucional estableció que *“Las acciones populares no han sido establecidas para solucionar conflictos de intereses de naturaleza particular”* y reiterado en la sentencia T-466/03 donde la citada Corporación Judicial, puntualizó que *“[D]ebe destacarse, que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente hubo claridad en cuanto tiene que ver con el carácter público de las acciones populares en defensa de intereses colectivos, en cuanto “...se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”. Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés (s.f.t.).*

justicia para su protección, será un derecho fundamental. En efecto, en sentencia C-215 de 1999, la Sala Plena de la Corte definió el derecho colectivo como el “interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares”. En el mismo sentido, en sentencia C-377 de 2002, la Corte dijo que los “derechos colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno”. Y, más adelante agregó que el interés colectivo “pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección” (subraya la Sala).

En este orden de ideas, y a manera de conclusión, debe señalarse que conforme a la jurisprudencia constitucional, la naturaleza pública de la acción popular implica teleológicamente una consecuencia precisa, pues, a partir de esta premisa, debe deducirse que no pueden protegerse por vía de acción popular derechos que no tienen el carácter de colectivos, por lo cual es improcedente para discutir la vulneración o amenaza de derechos subjetivos o particulares y, frente a tal punto, vale la pena aclarar que una de las diferencias de la acción popular respecto de la acción de grupo consiste, precisamente, en que en esta última, las garantías en disputa se determinan a partir de lo que pretendido por “*un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*”, mientras que en la acción popular es determinante para su procedencia la clase de derechos en litigio⁴⁹, lo cual exige precisar si lo reclamado es, verdaderamente, un derecho colectivo, pues en caso contrario la acción constitucional resulta improcedente y el solicitante debe acudir a los procedimientos jurisdiccionales establecidos para el efecto.

2.2.- Posición jurisprudencial del Consejo de Estado.-

⁴⁹ La Corte Constitucional en la sentencia C-1062/00, precisó lo siguiente “*El Constituyente fue consciente de que debían existir acciones preventivas y restitutorias del uso y goce de los derechos colectivos, cuando no presenten un contenido subjetivo o individual ni económico y en forma preexistente al respectivo daño que en esos derechos se pudiere infligir, a las cuales identificó como acciones populares. Así mismo, determinó que también existirían acciones que permitieran perseguir la reparación subjetiva de los daños producidos en los derechos e intereses de un número plural de personas, generados en virtud del daño causado por la acción u omisión de la autoridad pública o de un particular, las que se han denominado acciones de clase o de grupo, ejercitables sin perjuicio de las demás acciones ordinarias y especializadas. De este modo, está claro que la acción popular no se halla consagrada para a protección de derechos de carácter individual y subjetivo, esto es, no procede para discutir derechos derivados de relaciones jurídicas con efectos interpartes*”.

Esta Corporación viene sosteniendo posición jurisprudencial similar a la esbozada por la Corte Constitucional en el tema de la procedencia de la acción popular, condicionándola a la existencia de un derecho colectivo que se reclame por dicho procedimiento jurisdiccional, pues de no confirmarse tal presupuesto –ha señalado- debe acudir a los instrumentos judiciales establecidos para el efecto⁵⁰, oportunidad en la que se conoció la impugnación de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que declaró “improcedente” la acción constitucional.

En tal providencia, se precisó que la acción popular, no puede convertirse en el instrumento judicial para disfrazar la exigibilidad de derechos fundamentales presentándolos como garantías colectivas, pues tal proceder desfigura la naturaleza jurídica del citado mecanismo constitucional de amparo. Se dijo entonces:

“Si bien es cierto, respecto al objeto y naturaleza de las acciones populares, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en forma reiterada que ellas ostentan un carácter autónomo y principal, pues no están sujetas a condición alguna, ya que tiene como finalidad garantizar la tutela de los derechos colectivos, por lo que su prosperidad no se desvirtúa con la existencia o interposición simultánea de otras acciones, no lo es menos que la presente acción podría tornarse improcedente cuando con su interposición se pretende la protección de un bien jurídico distinto para la cual fue instituida.

En este caso, como se dejó anotado, en la demanda no se indicaron las razones por las cuales se considera vulnerado o amenazado el derecho colectivo al patrimonio público, sino que se repite, por el contrario de conformidad con los argumentos en ella expuestos se evidencia que los actores lo que pretenden es un análisis legal y constitucional de las Resoluciones aludidas, tal y como se puso de presente en los párrafos precedentes.

Se observa que la demanda no se sustentó en la presunta vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, sino de los derechos laborales que supuestamente se vieron afectados con la expedición de las citadas Resoluciones lo que pone de manifiesto que son los intereses particulares de un grupo y no los de la colectividad los que resultarían afectados, desnaturalizándose así la finalidad de la acción instaurada, lo cual la torna improcedente, amén de que el aniquilamiento de los efectos de los actos administrativos es

⁵⁰ Cfr. sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicado No. 76001-23-31-000-2003-02886-01 (AP). M.P. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, esta Corporación mediante sentencia del 19 de noviembre de 2009, Consejero Ponente: doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Radicación número: -2004-01492-01(AP), Actor: CARLOS ALBERTO ARIAS ARISTIZABAL, señaló lo siguiente:

(...)

Realizada la anterior distinción es pertinente resaltar que los derechos individuales de los sujetos que pertenecen a un mismo grupo pueden afectarse por una causa común y sufrir un daño. En ese orden de ideas, aún cuando existen acciones individuales para proteger sus derechos, por un tema eminentemente práctico pueden reclamar de forma conjunta la indemnización mediante la acción de grupo prevista en la Ley 472 de 1998 o los demás mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, cuando el actor pretende la protección de intereses subjetivos la acción popular es improcedente, toda vez que la naturaleza de tal mecanismo judicial busca la protección de derechos e intereses colectivos y no de intereses particulares”.

La anterior posición fue reiterada⁵¹ y con tal propósito se sostuvo:

“Al efecto, la Sección Primera en Sala de Conjuces señaló que la acción popular no es procedente para agenciar derechos de tipo particular. Así, en sentencia de 1° de agosto de 2001, la Sala expresó que:

“Mediante la ley 472 de 1998, art 4º, literales a) a n) se enuncian los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante las denominadas acciones populares y de grupo, y de este análisis no se encuentra la posibilidad de que un número plural o conjunto de personas puedan hacer efectivos derechos personales y subjetivos, con el pretexto de que actúan a nombre de la comunidad, porque un derecho colectivo se toma como un todo respecto de los miembros del conjunto de personas que promueven las acciones que nos ocupan, y en tal medida dichos derechos deben intrínsecamente poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad, sin mayores razonamientos.

(...)

⁵¹ Cfr. Sentencia del 16 de marzo de 2012. Radicado No. 41001-23-31-000- 2010-00537-01(AP). M.P. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

Así las cosas por tratarse de derechos e intereses que incumben a la sociedad en general, no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones subjetivas, pues la interpretación de situaciones, como la aquí planteada, conlleva a razonamientos intrínsecos de donde se desprenden consecuencias subjetivas, es decir, consecuencias distintas según la interpretación de cada individuo, así desde esa perspectiva, dichas situaciones entrañan efectos fácticos distintos, perdiéndose con ello el rasgo colectivo, que debe fundamentar la procedencia de la acción popular.”

En el mismo sentido, la Sala precisó que los intereses particulares comunes a un grupo de personas no tienen la naturaleza de derechos colectivos, por lo siguiente:

“Esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha explicado el concepto y alcance de los derechos colectivos. Entre otras ha señalado: “los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley” “los derechos particulares comunes a un grupo de personas no constituyen derechos colectivos”

“No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas de terminadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y solo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.

(...)

Como se puede observar se pretende únicamente la protección de derechos de carácter meramente subjetivo, que en nada benefician a la comunidad en general. Siguiendo los lineamientos de esta Corporación, para que un derecho pueda considerarse como colectivo deberá analizarse el objeto o bien material o inmaterial involucrado en la relación jurídica, respecto del cual ningún miembro de la comunidad puede apropiarse con exclusión de los demás”.

La referida postura ha sido acogida por la doctrina relacionada con el tema. Así, en efecto, el profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA⁵², en su conocida obra sostiene:

“El carácter objetivo de la acción es trascendental y connatural a los propósitos constitucionales de su consagración, e implica de manera directa la imposibilidad absoluta de incoar pretensiones subjetivas individuales para ser resueltas a través de este instrumento procesal. De ahí su naturaleza indesistible. No es de recibo legal buscar algún tipo de resarcimiento pecuniario a favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo, en cuanto no están de por medio pretensiones frente a situaciones individuales y concretas, sino por el contrario los intereses y derechos objetivos del común.

(...)

No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos, es posible, operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos, sostener que son derechos colectivos aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras de bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin, de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional. Son en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de un derecho subjetivo de corte individualista”.

Así las cosas, una vez identificado el marco jurisprudencial aplicable a la presente causa constitucional, se aborda, en concreto, el estudio de la configuración de las causales de procedencia de la acción popular, análisis que debe tener como marco de referencia las pretensiones incoadas por el actor y a partir de las mismas valorar si se está frente a un verdadero derecho colectivo que pueda ser analizado por este juez constitucional.

3.- El caso concreto.-

En este orden de ideas y conforme a los citados lineamientos jurisprudenciales, se parte de la premisa que por derechos colectivos⁵³ se entiende aquellos que

⁵² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.2007. Pag. 744.

buscan la protección, preservación, desarrollo y promoción de los pueblos, razón por la cual, su contenido no se deriva del hecho de que varias personas se encuentren en una misma situación jurídica, social o económica, pues lo que hace que un derecho colectivo se considere como tal, es que ninguna persona puede apropiarse de este para sí, ya que se trata de un derecho que pertenece por igual a toda la comunidad.

Se insiste, la calificación de derecho colectivo no nace del hecho de que varias personas estén en una misma condición, ni porque se acumulen situaciones parecidas, pues es sabido que el derecho colectivo no se origina en un individuo sino en la comunidad misma. En otras palabras, para que un derecho sea colectivo no se requiere que dos o más personas se encuentren en situación idéntica, pues ostenta tal condición porque está dado legalmente a la comunidad como abstracción, desde antes que esta pueda sufrir el quebranto y no se vuelve colectivo por la pluralidad de individuos que se vean afectados por la situación de acción u omisión proveniente del demandado, lo cual implica que va más allá de la esfera de los derechos particulares o subjetivos particularmente considerados y no vincula los intereses propios, porque de ser así, bastaría que muchos sujetos estuvieran en la misma situación para que el derecho mutara su naturaleza y se transformara en colectivo y resulta que el derecho colectivo es todo lo contrario, esto es, tiene existencia en la norma, desde antes que ocurran los hechos que lo puedan lesionar; los derechos e intereses colectivos son de una agrupación y no de cada una de las personas que la conforman.

Bajo las anteriores precisiones y de cara las pretensiones incoadas por el actor, se tiene que con ellas, según sus palabras, busca:

“... que el Gobierno Nacional realice el pago de la deuda que le compete por concepto del negocio de salud y que comprende principalmente el pago de jubilaciones a cargo del ISS por su condición de patrono de aquellas personas cuyos derechos se adquirieron y se reconocieron antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, aspecto que mediante la Ley 758 del 25 de julio de 2002, se materializó, tal deuda corresponde a \$2.514.659 millones hasta el año 2001 faltando lo correspondiente al 2002.

Si bien es cierto que los estimativos de la deuda abarcan otros rubros,

⁵³ A efecto de arribar a las conclusiones expuestas se utiliza como marco de referencia, la sentencia dictada el 8 de mayo de 2008 dentro del radicado No. [AP.-250002327000200100395_03](#) y en la cual figura como ponente la Magistrada MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR.

solo se involucra aquella que compete directamente al negocio de salud y que además está amparada por la ley citada.

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al Honorable Magistrado disponer y ordenar a las partes accionadas lo siguiente:

1.- Ordenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se genere en forma inmediata el reconocimiento y monto de la deuda del Gobierno Nacional para con el negocio de salud del Seguro Social conforme lo establece la Ley 758 del 25 de julio de 2002 (pensiones de exfuncionarios).

2.- Conforme al reconocimiento del monto de la deuda, se establezca la forma y fechas de amortización de dicha deuda, así como la obligación de que los dineros adeudados no pierdan su poder adquisitivo.

3.- Una vez definido el monto, la forma de pago, fechas, etc, el Seguro Social debe realizar los ajustes pertinentes en sus Estados Financieros a fin de mostrar la situación real de la institución.

4.- Anualmente el Gobierno Nacional debe certificar la cantidad girada por concepto de deuda, así como la inclusión dentro del presupuesto de la nación del siguiente año de los compromisos que correspondan para ese año.

5.- Establecer a la Presidencia del Seguro Social la obligación de que los dineros que ingresen deben ser destinados para atender casos de salud antiguos y así mismo ampliar los presupuestos para la prestación de los servicios de salud, dando prioridad a la adquisición de medicamentos. Se recomienda que tales inversiones sean manejadas en forma independiente del presupuesto que anualmente se asigna al Seguro Social a fin de poder verificar la destinación de los recursos.

6.- Ordenar al Gobierno Nacional conformar una comisión permanente con su respectiva asignación salarial, integrada por el Gobierno Nacional y Asociaciones, a fin de verificar el adecuado uso y destinación de los dineros que ingresen, los gastos que origine tal comisión, serán asumidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

En efecto, la Sala ha considerado oportuno transcribir lo solicitado por el actor a fin de contar con los elementos de juicio necesarios, para identificar la naturaleza de lo reclamado y, desde ahí, analizar si se está frente a un derecho de naturaleza colectiva, pues, en caso contrario, tal mecanismo judicial de amparo no resultaría ser el procedimiento que debiera utilizarse para incoar el reclamo elevado en esta oportunidad.

De lo citado debe notarse que a lo que se aspira con la presente apunta a “*que el Gobierno Nacional realice el pago de la deuda que le compete por concepto del negocio de salud y que comprende principalmente el pago de jubilaciones a cargo del ISS por su condición de patrono de aquellas personas cuyos derechos se adquirieron y se reconocieron antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993*”, luego aparece con carácter de evidente que se está frente a un sujeto que no cubre la generalidad de la población colombiana, sino dice relación a un sector de la misma que se encuentra conformado por los “*pensionados ex funcionarios del ISS*” y, desde tal perspectiva de análisis, no están dados los presupuestos para predicar la existencia de un derecho colectivo que sea susceptible de protección acudiendo a la presente acción judicial.

En efecto, la Sala desea puntualizar que basta analizar la estructura narrativa de la demanda presentada por el actor, para advertir que sus razonamientos están orientados a encubrir los intereses de un grupo concreto y específico de personas, como son los pensionados ex funcionarios del ISS que adquirieron dicha condición antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y su pretensión de que el Gobierno Nacional cubra, en su totalidad, el pasivo pensional, bajo una supuesta indebida prestación del servicio de salud a los usuarios del ISS, puesto que –a su juicio- los recursos que deben aplicarse para tal propósito terminan cubriendo los gastos del pasivo pensional, lo cual genera una descapitalización que afecta a los usuarios del sistema de salud.

Es decir, el demandante no actúa en defensa de un derecho colectivo. Por el contrario, atendiendo la forma como invoca las pretensiones, se advierte que promueve el mecanismo constitucional de amparo en nombre y representación de un grupo de personas, particulares y determinadas, que buscan el desembolso de dineros por parte del Gobierno Nacional, con la finalidad que se cubra el pago de sus pensiones y a efecto de alcanzar tal propósito, cubre su aspiración con el ropaje de una presunta lesión al derecho a la salud de los usuarios del ISS, con el argumento en virtud del cual, como producto de la crisis financiera por la cual atraviesa dicha entidad, los dineros para cubrir los servicios se ven recortados al destinarse al pago de las pensiones de los ex funcionarios pensionados, buscando por esa vía una cobertura más amplia de los intereses que defiende en la presente causa, pero no obstante tal argucia argumentativa, sus razonamientos no alcanzan a estructurar los elementos para considerar que se está frente a un

derecho colectivo que sea susceptible de protección por vía de acción popular.

Debe recordarse que la relación intrínseca –y ontológica- de las acciones populares con los derechos e intereses colectivos, lleva a que, en casos concretos, la defensa de un presunto derecho colectivo, sea reclamado acudiendo a una acción de tutela y al estar comprometido un derecho fundamental, la orden de protección se torna muchos más eficaz por la prontitud en su resolución, tal como ocurre en el presente caso, pues la exigencia del pago de la pensión de jubilación puede invocarse mediante dicho mecanismo judicial de amparo, igual que ocurre con la salud, garantía a la cual la jurisprudencia constitucional le dio el rango de derecho fundamental autónomo, superando la protección por vía del principio de conexidad con la vida, por ello ahora se acude de manera directa al juez de tutela y se reclama su protección superior.

Por tanto, tal como se anotó, se parte de afirmar que la jurisprudencia ha señalado que en casos concretos, la protección de un supuesto interés colectivo, se encuentra indisolublemente vinculado con garantías subjetivas fundamentales, de modo que resulta viable la exigibilidad de estas mediante la acción de tutela o acudiendo a los procedimientos constitucionales o legales establecidos para el efecto, pues, se reitera, tal tipo de pretensiones no puede invocarse acudiendo a las acciones populares, tal como se estableció en marco jurisprudencial arriba indicado.

Una de las relaciones más complejas presentes en toda teoría del Estado, es la relación, delimitación y frontera existente entre las diversas generaciones de derechos ya que ella se encuentra matizada y caracterizada por las diferentes formas de gobierno, lo anterior por cuanto las llamadas garantías fundamentales, exigen la realización de inversión social y esta se concreta –e individualiza- en la persona humana considerada como singularidad, por tanto existe una necesaria implicación entre los campos de cobertura de cada tipología de derecho y es por ello que a partir de sus límites se definen los otros por la relación que se establece entre ellos y no a partir de su propia naturaleza.

Ahora bien de cara a las pretensiones incoadas, impera afirmar que si bien el derecho a la pensión de una persona, al depender de un sistema prestacional estatal, tiene dimensiones públicas y significativas, es un derecho de carácter individual, no colectivo, por cuanto pese a que directa o indirectamente otras

personas se vean involucradas en la situación pensional que tenga alguien, el derecho es de éste y no de aquellos, circunstancia que no puede predicarse de los derechos colectivos que son de todos.

Por lo anotado debe concluirse que las personas afectadas por los hechos narrados en la demanda constituyen un grupo determinado, que hacen que las prerrogativas que tienen al pago de sus mesadas pensionales en calidad de ex funcionarios del ISS y que alcanzaron tal derecho antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, se encuentren radicados en cabeza de cada uno, por ser derechos de naturaleza subjetiva, incluso pudiendo apropiarse de los beneficios que resulten de la controversia de manera aislada y de las cuales no puede predicar su titularidad la comunidad en general e igualmente exigibles por otras vías de protección jurisdiccional.

En suma, no existe fundamento alguno para proteger los derechos que pretende el actor y en tal sentido debe revocarse integralmente la sentencia de primera instancia, ya que los mismos son derechos particulares comunes a un grupo de personas y no derechos colectivos. Por lo tanto, teniendo claro que no se pretende la protección de derecho colectivo alguno la acción instaurada por el actor deviene en improcedente.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE INTEGRALMENTE la sentencia proferida el 2 de mayo de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A para en su lugar DECLARAR IMPROCEDENTE la acción popular, conforme a los razonamientos expuestos en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE.

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA