

Principios fundamentales en los procesos de responsabilidad fiscal y el papel de la Red de Controladores del SGSSS*

Víctor Arturo Polo Sanmiguel**

Resumen

El nuevo Sistema General de Seguridad Social implantado en Colombia por la ley 100 de 1993 organizó la denominada «Red de Controladores», integrada por el trinomio público Superintendencia Nacional de Salud, Procuradurías y contralorías, que sumadas a las acciones ciudadanas mediante mecanismos de participación, coadyuvan con al labor de inspección, vigilancia y control que tienen a su cargo las direcciones territoriales de salud.

En este ensayo se analiza en forma coincidente el papel de la red y la aplicación estricta de los principios procesales en los denominados «procesos de responsabilidad fiscal» que deben adelantar las contralorías como parte de aquéllas, cuando se presenta deterioro del erario público por acción u omisión de los responsables en el manejo del Régimen Subsidiado, dirigido a la población pobre y vulnerable.

El análisis crítico y académico pretende alertar a los involucrados en las situaciones que afectan el sistema para que orienten sus actuaciones, a fin de evitar fallos inhibitorios por la aplicación equivocada de los procedimientos.

Palabras claves: Responsabilidad fiscal.

Abstract

The new General System of Social Security established in Colombia by the law 100 of 1993, organized the denominated «controllers net» composed by a public trinomial, that added to the citizen actions through the participation mechanisms, contribute with the inspection, vigilance and control work that the territorial health directions have under their responsibility.

In this essay it is analyzed in a coincident way the roll of the net and the application of the procedural principles in the denominated «Fiscal responsibility action» that the Control organs must bring forward, when a deterioration of the public treasury is presented do to the action or omission of the ones responsible of the management of the subsidiary scheme directed to the poor and vulnerable.

The critic and academic analysis pretends to warn those who are implicated in the situations that affect the system in order to orientate their actions to avoid an

* Sistema General de Seguridad Social en Salud, creado por la ley 100 de 1993.

** Especialista en Derecho Privado, Universidad del Atlántico, y Tributación, Universidad Autónoma del Caribe; ex Contralor General del Atlántico; Asesor DASALUD-Gobernación del Atlántico y diversas empresas sociales del Estado; Consultor CONSALUD ONG en sus especialidades, y catedrático de la Universidad del Norte, Autónoma del Caribe y de La Guajira. (Dirección: Uninorte, Km 5 vía a Puerto Colombia, Barranquilla, Colombia)

inhibitory ruling because of a wrong application of procedures.

Keys words: Fiscal responsibility.

1. ANTECEDENTES

Entidades de control fiscal en diversas entidades territoriales han adelantado actuaciones investigativas por irregularidades que han sido supuestamente cometidas por los alcaldes, como jefes de administraciones municipales, por incumplimiento en sus obligaciones en relación con el procedimiento y la destinación de recursos para la atención de ciudadanos dentro del Régimen de Seguridad Social en Salud Subsidiado.

Las actuaciones de investigación fiscal se originan en forma genérica por la no «apropiación», destinación, utilización y pago a las direcciones seccionales de salud como EPSS² transitorias de los recursos provenientes de las transferencias que reciben del situado fiscal y de los ingresos corrientes de la nación por parte de las alcaldías, que tienen la obligación legal de invertir para financiar las actividades del Régimen de Seguridad Social en Salud Subsidiado durante las vigencias fiscales de 1995 y 1996, tal como lo ordenan el artículo 357 de la Constitución Nacional, la Ley 60 de 1993, el ar-

tículo 214 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1895 de 1994 y el Decreto 2357 de 1995, omisiones por las cuales dejaron de recibir los beneficios del Régimen Subsidiado en Salud millares de ciudadanos que tenían esos derechos.

2. LA COMPETENCIA DE LAS CONTRALORÍAS PARA LA INVESTIGACIÓN

Las contralorías departamentales forman parte de un mecanismo plural de control conocido como la «Red de Controladores del Sistema General de Seguridad Social en Salud», según lo dispone la Ley 100 de 1993, por lo cual tienen competencia plena para asumir la investigación; sin embargo, en este punto de la competencia debe dejarse en claro que ellas están circunscritas a adelantar el proceso de responsabilidad fiscal cuando de las actuaciones de los servidores públicos se deriven, por acción o por omisión, posibles detrimentos del erario.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 229 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las contralorías ejercer el control fiscal de las entidades de carácter oficial que formen parte del Sistema General de Seguridad Social Integral:

²Entidad administradora transitoria pública del Régimen Subsidiado en Salud.

Artículo 229: Control Fiscal. El control fiscal de las entidades de que habla esta ley, se hará por las respectivas Contralorías para las que tengan carácter oficial y, por los controles estatutarios para las que tengan un carácter privado (Ley 100).

Debemos entender que este control fiscal será ejercido en los términos, para los fines y con los procedimientos establecidos en la ley 42 de 1993.

Las Direcciones Seccionales de Salud son sujetas de esa vigilancia fiscal atribuida a las contralorías departamentales, pues forman parte de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como lo establece el artículo 155 de la Ley 100:

Artículo 155: Integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:
 - a. Los Ministerios de Salud y Trabajo
 - b. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
 - c. La Superintendencia Nacional en Salud
2. Los Organismos de administración y financiación:
 - a. Las Entidades Promotoras de Salud.

- b. Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud.

- c.

....

6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

7. Los Comités de Participación Comunitaria «Copacos» creados por la ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participan en los subsidios de salud.

Delimitado el campo de la competencia de las contralorías, por una parte y de las Direcciones Seccionales de Salud, por la otra, es procedente señalar que las actuaciones que quienes hayan ejercido este último cargo como servidores públicos, pueden ser objeto de control fiscal, y es sabido que una de las formas del ejercicio del control fiscal es el Proceso de Responsabilidad Fiscal, al tenor de lo que establece el artículo 72 de la Ley 42 de 1993.

Capítulo III. El Proceso de Responsabilidad Fiscal. Artículo 72.

Las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio, en forma íntegra y garantizarán el debido proceso para el establecimiento de responsabilidades fiscales (Ley 42).

La vinculación de posibles responsables debe producirse dentro del proceso mediante auto que debe ser notificado al encartado y al director de la entidad en la cual se

adelante la investigación, so pena de incurrir en irregularidades procesales generadoras de eventuales actuaciones nulas.

Las contralorías deben, dentro de los procesos, aplicar y respetar una serie de principios de defensa y contradicción orientados a que se cumpla el debido proceso constitucional.

La Jurisprudencia Nacional y la doctrina han aceptado que el Proceso de Responsabilidad Fiscal, a pesar de tener una naturaleza especial, debe estar rodeado de garantías procesales para los investigados en todos sus aspectos, desde los puramente formales hasta los de fondo, como las probanzas y su decreto, práctica y evaluación.

Con motivo de la expedición de la Ley 42 de 1993 por parte del Congreso, se regularon materias relacionadas con la Responsabilidad Fiscal de los servidores públicos, y para tal efecto se incluyó en dicha Ley el Capítulo III, denominado «EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL», que establece **dos etapas** en el mismo: la DE INVESTIGACIÓN, que aparece definida en el artículo 75:

La investigación es la etapa de instrucción dentro del proceso que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal.

La segunda etapa es la denominada «DE JUICIO FISCAL», que antes quedó transcrito:

El Juicio Fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

El auto que ordena la apertura del Juicio Fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él sólo procede el recurso de Reposición.

La Constitución de 1991, en el artículo 268, numeral 12, le otorgó al Contralor General de la República la facultad de

Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

Al mismo tiempo, la Carta Política de 1991, en tratándose de las contralorías de las entidades territoriales que menciona el artículo 286 ibídem, le otorgó a los contralores de dichas entidades las mismas funciones señaladas para el Contralor General en el ámbito de su jurisdicción:

Los contralores departamentales (...) ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República

en el artículo 286...

Como quiera que la Ley 42 fue muy escueta en materia de procedimientos jurídico-fiscales, recién expedida ésta correspondió a las asambleas expedir el «**Régimen de Control Fiscal**», siendo gran parte de estas ordenanzas mera repetición de las normas de la Ley 42, pero se tuvo una precaución muy importante, especialmente dirigida a quienes no saben manejar el problema que plantea la figura de la Derogatoria tácita, que es, al decir del profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, *«aquella que no se manifiesta de manera expresa que pero que debe deducirse mediante un proceso de inferencia lógica e inteligente, ante la oposición que surge entre la norma nueva y la antigua, cuando regulan materias idénticas, mas no son aplicables en forma igual en el tiempo»*. Este es el problema similar al que se plantea como consecuencia de la aplicación de la Ley denominado *«conflicto de la Ley en el tiempo y en el espacio»*, del cual fue un estudio profundo el profesor Hernando Devis Echandía, tutor perenne del Procesalismo en Colombia y América.

Hay que señalar que no fueron pocas las contradicciones y conflictos surgidos del tránsito de legislación, de las cuales destacamos, a vía de ejemplo, lo relacionado con «**LA RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA**», pues la misma figura se reglaba de manera contraria o diferente en ordenanzas

preexistentes que habían quedado insubsistentes en forma tácita mas no derogadas expresamente, por lo cual tenía aplicación preferente la norma nueva, ya que resultaba física y legalmente imposible admitir en el ámbito jurídico la coexistencia de normas contradictorias, máxime si se tiene en cuenta que las más recientes fueron resultado del nacimiento del **NUEVO ORDEN DE CONTROL FISCAL**, como en su momento fue calificado por los expertos en el tema, como el profesor y honorable magistrado Diego Younes Moreno. Esta situación es común entre abogados que no manejan con fluidez la técnica procesal y carecen de principios mentales integradores en la apreciación jurídica.

En ese momento y en ese estado jurídico del Control Fiscal (año 1993), los contralores departamentales, reunidos en congreso nacional, solicitaron al Contralor General de la República que hiciera uso de la facultad reglamentaria que le otorga el numeral 12 del artículo 268 de la Constitución, y en cumplimiento de tal tarea se expidió la Resolución Orgánica 03466 de junio 14 de 1994, por la cual

Se dictan normas sobre la rendición y revisión de cuentas, el proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.

Este acto administrativo, que en los artículos 24 a 35 y 37 a 44 contenía lo relativo al PROCESO DE RESPONSA-

BILIDAD FISCAL, fue declarado INAPLICABLE por la Corte Constitucional mediante sentencia SU 620 de noviembre 13 de 1996 y, en consecuencia, FUE REVOCADO por Resolución 04024 de abril 18 de 1997, dictada por el Contralor General de la República, dejando entonces como ÚNICAS NORMAS APLICABLES EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL las contenidas en la Ley 42 de 1993, las cuales, a su vez, nos remiten, en materia de procesos, a que se apliquen las del Código de Procedimiento Penal en los aspectos no previstos en el Capítulo Tercero, que trata del PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

3. EL DEBIDO PROCESO: APLICABLE A LOS PROCESOS FISCALES

La Corte Constitucional ha sido reiterativa, a través de diferentes fallos de revisión de Constitucionalidad de la Ley 42 y en otros mediante los cuales ha resuelto acciones de Tutela, en consagrar la admisión y obligación de la Guarda y respeto del debido proceso. En este mismo sentido se ha venido pronunciando de manera muy precisa la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Es importante, antes de entrar en el tema de fondo sobre el papel de las entidades territoriales y las direcciones seccionales de salud en el SGSSS, que veamos cómo debe respetarse el **DEBIDO PROCESO en los juicios de responsabilidad fiscal**

que adelantan las contralorías, para lo cual nos ilustramos con los criterios de los altos tribunales:

La garantía constitucional del debido proceso y defensa y el Proceso de Responsabilidad Fiscal. *El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata(arts. 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones. Sean éstas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.*

De esa forma se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones. Sentencia C 053/93. M.P.: José Gregorio Hernández, y C 259/95. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por esta Corporación en diversos fallos, precisándose que quien participe en ellos debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias que las rijan. Sentencia C 467/95. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce deben observarse las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social.

Es deber del investigador ordenar y practicar las pruebas que le sean solicitadas y las que considere procedentes decretar y practicar en relación con los hechos investigados, como se deduce de los artículos 72 y 75, según los cuales en las actuaciones relacionadas con el proceso de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y que durante la etapa de investigación «se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal». Sentencia en Acción de Tutela T84714. Noviembre 13 de 1996 (SU 620).

M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

El legislador le imprimió al PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL DOS ETAPAS para que procesalmente dentro de cada una de ellas se surtieran diligencias propias de cada una, es decir que le dio FORMAS PROPIAS A LA INVESTIGACIÓN, y otorgó COMPETENCIAS PRIVATIVAS a cada titular de la potestad fiscal ejercida en cada una de ellas. Igualmente, el legislador señaló en la Ley 42 de manera indubitable, los fines, el alcance, las facultades y las diligencias que debían o podían realizarse en cada ETAPA. Al INVESTIGADOR, en los artículos 75 a 78, lo limitó en la Investigación a una fase SUMARIA, en forma similar a la del Proceso Penal, que tiene como fin que dentro de ella...

(...) se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a decisiones adoptadas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Por esa razón establece además que, con base en lo que se logre INVESTIGAR, debe proceder, una vez precluida la etapa probatoria, a ...

(...) Vencido el término anterior o su prórroga (hace referencia al de investigación) se procederá, según sea el caso al archivo del expediente o a dictar auto de apertura de juicio fiscal.

Por lo anterior, la violación del DEBIDO PROCESO resulta ostensible cuando se desconocen LAS FORMAS

PROPIAS DEL JUICIO y se asumen conductas y competencias en clara usurpación de funciones y extralimitación de las mismas.

Por estas razones, la Corte Constitucional ha dicho:

En tal virtud, la norma del artículo 29 de la Constitución es aplicable al Proceso de Responsabilidad Fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente) favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho de ser oído y a intervenir en el proceso directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autorizadas con violación del debido proceso y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Sentencia en Acción de Tutela T84714, noviembre 13 de 1996 (SU 620) M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

4. DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO

Resulta imprescindible aplicar los principios rectores del procedimiento en el Juicio Fiscal, pues al no hacerlo se está generando un vicio de procedimiento, resultado de la omisión en su aplicación como rectores de las actuaciones contenciosas administrativas, como lo ordena la

Ley 42 de 1993.

El artículo 89 de la Ley supracitada dispone:

En los aspectos no previstos en este capítulo (hace referencia al Capítulo III, denominado El Proceso de Responsabilidad Fiscal), se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal, según el caso.

Lo anterior quiere decir que, en primer lugar, en ausencia de normatividad aplicable a un asunto específico, deben observarse TODAS las disposiciones del Código Contencioso Administrativo en forma íntegra, incluyendo, desde luego, sus principios rectores, sin dejar de lado los propios del procedimiento fiscal que contiene la Constitución Nacional como norma de normas y la misma Ley 42 de 1993.

El ORDEN de aplicación de los principios, según su JERARQUÍA, se presenta de la siguiente manera:

- A) Principios fundamentales constitucionales
- B) Principios de la Ley 42 de 1993
- C) Principios del Procedimiento Contencioso Administrativo
- D) Principios del Código de Procedimiento Penal.

Veamos su aplicación:

5. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES

5.1. Debido proceso, competencia y juez natural

El debido proceso constitucional es fuente de los demás principios y derechos que conforman el **GARANTISMO PROCESAL** y dentro del cual destacamos la del Juez Natural, que incluye la independencia y la imparcialidad del funcionario, como lo señala de manera indubitable el artículo 230 de la Carta Política cuando exige el respeto y acatamiento a los principios generales como criterios auxiliares, ya que deben los jueces estar sometidos al **IMPERIO DE LA LEY**.

Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción. Sentencia de Constitucionalidad C 214/94. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Los procedimientos, las facultades y competencias del **JUZGADOR** están claramente definidas en los artículos 79-80 y 81 de la Ley 42,

puesto que de la etapa de **JUICIO** debe pasarse al procedimiento del **COBRO COACTIVO**, que es igualmente privativo de otro funcionario competente.

Este **REPARTO** funcional es el que asigna las competencias de actuación procesal y delimita las facultades del funcionario en cada etapa, y cuando se desconoce se atenta contra el **DERECHO DE DEFENSA** y **DE CONTRADICCIÓN**.

En la etapa de **JUICIO FISCAL** no existe en el funcionario juzgador la facultad legal de **ORDENAR AMPLIACIÓN DE VERSIÓN LIBRE ACOMPAÑADO DE ABOGADO**, y por tanto la **AMPLIACIÓN DE LA VERSIÓN** que se llegare a cumplir es ilegal por no estar autorizada expresamente en la Ley, ya que ella correspondería a una **AMPLIACIÓN DE INDAGATORIA**, y el Juez carece de facultades para practicarla. Actuar en forma contraria, ratificamos, es violatorio del **DERECHO DE DEFENSA Y DE CONTRADICCIÓN**.

El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal (aplicable por autorización del artículo 89 de la Ley 42), dispone que «*A partir de este momento (iniciación de la etapa de Juzgamiento) el fiscal (...) pierde la dirección de la investigación*». Y *contrario sensu*, el Juez adquiere la dirección del Juicio y tan solo Juzga lo que se investigó y **NO TIENE CALIDAD DE INVESTIGADOR**, pues dicha etapa ya ha concluido legalmente.

5.2. Favorabilidad

Este principio hace referencia a la escogencia a favor del investigado de la norma que le favorezca cuando exista opción entre varias que regulen materias iguales.

5.3. Prueba legal

Para que puedan ser apreciadas las pruebas se requiere que hayan sido recaudadas con aplicación estricta de la contradicción que incluye el derecho de presentarlas; que se decreten sin dilación injustificada; que se otorgue la oportunidad de controvertirlas; que se alleguen al proceso en forma regular y oportuna y que se permita la impugnación de las decisiones en esta materia.

El desconocimiento de todo lo anterior hace que la prueba sea ILEGAL y por tanto NULA de pleno derecho, como lo predica el artículo 29 de la Constitución Nacional:

La participación del presunto imputado en la etapa de investigación permite asegurar no sólo el derecho de defensa sino que contribuye a dar certeza jurídica a aquélla y a garantizar su eficiencia y eficacia, porque es posible determinar en forma pronta y oportuna que no hay lugar a exigirle la responsabilidad fiscal a aquél o que por el contrario se requiere adelantar el trámite del juicio para establecer si hay lugar a declararla o no. Sentencia C540, octubre 23 de 1997, Expediente D 1667.

M.P.: Hernando Herrera Vergara.

6. PRINCIPIOS DE LA LEY 42 DE 1993

6.1. Actuaciones íntegras

Dispone el artículo 72 de la Ley 42 que las actuaciones relacionadas con el ejercicio de control fiscal se adelantarán en FORMA ÍNTEGRA, lo cual quiere decir COMPLETAS y, por ejemplo, cuando a través de la sola AMPLIACIÓN de versión se llega a conclusiones que permiten imputaciones, pues se desconoce en su totalidad el material probatorio recaudado.

La valoración probatoria NO PUEDE SER AISLADA, sino que debe hacerse en SU CONJUNTO y darle al funcionario una visión global de lo acaecido. Las actuaciones no pueden producirse en apreciaciones subjetivas nacidas con desconocimiento del conjunto de las pruebas recaudadas.

6.2. Actuaciones objetivas

El mismo artículo 72 supracitado ordena que las actuaciones fiscales, especialmente las del Proceso de Responsabilidad Fiscal, deben ser OBJETIVAS, lo cual se opone a FALTA DE IMPARCIALIDAD que se presenta cuando se emiten decisiones que desconocen el derecho de defensa.

No consulta la realidad procesal y desconoce LA OBJETIVIDAD LEGAL cuando se imputa una presunta responsabilidad en detrimento del

encartado cuando ya ha sido investigado y el competente ha calificado el mérito probatorio que lo excluye del Auto de llamamiento a Juicio Fiscal, para volverlo a vincular en la etapa de juicio, pues en su favor, dentro de las sumarias, se había dictado lo que equivale a UNA PRECLUSIÓN O CESE DE PROCEDIMIENTO en su favor.

6.3. Garantismo del debido proceso

Vuelve el propio artículo 72 ibídem a mencionar EL DEBIDO PROCESO y basta para su reconocimiento tener en cuenta los argumentos ya expresados que ilustra la Corte:

De la Constitución Política surgen unos principios que rigen el debido proceso, en el sentido de que éste es participativo, dado que todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, y es contradictorio y público, en cuanto a que a los imputados les asiste el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a solicitar la práctica de pruebas, a controvertir las que se alleguen en su contra, a oponer la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso y a impugnar las decisiones que los perjudican. Sentencia en Acción de Tutela T84714, noviembre 13 de 1996 (SU 620) M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

7. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

7.1. Eficacia

Para que las pruebas surtan EFICACIA PROBATORIA se requiere que ellas hayan sido recaudadas en aplicación del Principio de PUBLICIDAD, que incluye el de defensa, contradicción y atención a las formalidades.

7.2. Imparcialidad

Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas, contradicción y atención a las formalidades.

8. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

8.1. Debido proceso

El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal acoge de manera íntegra y prácticamente transcribe el artículo 29 de la Constitución, por lo cual sobre él no haremos más comentarios.

8.2. Lealtad e igualdad

Los artículos 18 y 20 del Código de Procedimiento Penal señalan que quienes intervienen en la actuación deben hacerlo con absoluta LEALTAD, y además exigen del funcionario hacer efectiva la igualdad de los suje-

tos procesales en su desarrollo.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han expresado en forma nítida y reiterada que hay VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO cuando se desconocen los principios anteriores.

9. EL CRITERIO PENAL QUE ORIENTA EL JUICIO FISCAL Y LA INTEGRACIÓN CON OTROS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PROBATORIA

En este aspecto no hay que olvidar que el propio Código de Procedimiento Penal contiene como **PRINCIPIO RECTOR** el de **INTEGRACIÓN**, según el cual:

En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de otros ordenamientos procesales, siempre que no se opongan a la naturaleza del Procedimiento Penal.

El artículo 89 de la Ley 42 de 1993 dispone:

En los aspectos no previstos en este capítulo (hace referencia al Capítulo III, denominado El Proceso de Responsabilidad Fiscal), se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal, según el caso.

9.1. La doble instancia

El respeto a LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA, en materia probatoria, en especial cuando ella envuelve el DERECHO DE DEFENSA Y CONTRATACIÓN del enjuiciado, encartado, investigado, demandado o en general PARTE PASIVA de la tramitación, es consecuencia de los principios de la IGUALDAD y del DEBIDO PROCESO Y NI SIQUERA EN LOS MÁS RETRÓGADOS REGÍMENES PROCESALES se ha desconocido.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 179 ha clasificado las providencias judiciales así:

CLASIFICACIÓN: Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias...

2. Autos Interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.

3. Autos de sustanciación si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación.

Si revisamos y tenemos en cuenta que al Proceso de Responsabilidad Fiscal, en cualquiera de sus etapas, **Investigación o Juicio**, se le deben aplicar todas estas disposiciones, encontramos que cuando se niegan pruebas se puede interponer recurso de apelación, ya que el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal dispone que el **AUTO QUE NIEGA PRUEBAS** es apelable:

(...) Son apelables (...) 1: La que deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente.

Por otra parte, el propio Código Contencioso Administrativo nos enseña en el artículo 57:

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

Y a su vez, el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil nos dice:

(...) También son apelables los siguientes autos (...)

3. El que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas o el decreto de alguna pedida oportunamente.

9.2. Presunción de inocencia, imperio de la ley, contradicción, publicidad, favorabilidad

Los artículos 2, 6, 7, 8 y 10 del Estatuto Procesal Penal recogen estos principios que antes quedaron debidamente alegados y explicados.

Por su parte, el artículo 81, inciso cuarto, de la Ley 190 de 1995 dispone:

En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga

de la prueba estará siempre a cargo del Estado tanto en las etapas de indagación preliminar como en el proceso.

10. PRINCIPIOS PROCESALES EN MATERIA PROBATORIA

10.1. Necesidad de la prueba

Dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil:

Toda decisión (...) debe fundarse en las pruebas REGULAR y OPORTUNAMENTE ALLEGADAS AL PROCESO.

El artículo 246 del Código de Procedimiento Penal señala:

Toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y OPORTUNAMENTE ALLEGADA A LA ACTUACIÓN.

El artículo 183 del Código de Procedimiento Civil enseña:

Para que sean apreciadas (...) las pruebas deberán solicitarse, practicarse e INCORPORARSE al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En este sentido, el artículo 81, inciso segundo de la ley 190 de 1995, sobre garantías procesales, ratifica esta necesidad probatoria:

Nadie podrá ser condenado por Juez o autoridad competente sin que exista en su conducta plena prueba legal,

regular y oportuna, de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravenacional y de la consecuente responsabilidad.

10.2. Principio de publicidad y contradicción

La Falta de notificación de los autos que decretan pruebas para poder asistir a su práctica y poder controvertirlas, como es reiterada costumbre en los procesos fiscales, hacen que éstas sean NULAS DE PLENO DERECHO cuando las surtidas no otorguen la posibilidad de oposición o por lo menos de su complementación.

El profesor Oscar Eduardo Henao en la compilación del Código de Procedimiento Civil (Leyer, mayo de 1998), página 115, dice:

Para que la prueba cumpla su fin propio, cual es lograr la convicción del juez sobre existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, tiene que corresponder inexorablemente a ciertos y determinados principios, sin cuya observancia no puede merecer validez jurídica. Dentro de éstos se cuentan los atinentes a la publicidad (significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla para patentizar ante el Juez el valor que tiene.

10.3. Formalidades en la práctica de la inspección fiscal

La doctrina ha identificado la práctica de la INSPECCIÓN FISCAL con la de la INSPECCIÓN JUDICIAL y vemos que todos las normas que regulan su formalidad, tanto en PROCEDIMIENTO PENAL COMO EN PROCEDIMIENTO CIVIL, apuntan a que ella debe ser decretada, practicada y surtida con el lleno de los requisitos allí establecidos.

Vemos que la INSPECCIÓN FISCAL debe ser decretada por AUTO **notificable** y de su resultado debe concederse **TRASLADO** al investigado y demás sujetos pasivos de la acción, como de manera expresa lo ordena el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal:

(...) La Inspección que se practique en la investigación previa no requiere providencia que la ordene. En la Instrucción (EL EQUIVALENTE DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL) se puede omitir ésta, pero PRACTICADA Y ASEGURADOS LOS ELEMENTOS PROBATORIOS, SE PONDRÁN A DISPOSICIÓN DE LAS PARTES por el término de tres días para que soliciten adición de la diligencia, si fuere el caso.

10.4. La conducencia de los medios de prueba empleados

La Conducencia de las pruebas hace relación al MEDIO DE PRUEBA EMPLEADO y según uno de los progenitores del Derecho Probatorio en América y en el mundo, Maestro de maestros,

profesor Hernando Devis Echandía, se trata de lo siguiente:

La Conducencia de la prueba es la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere. Es requisito intrínseco para su admisibilidad.

La Conducencia exige dos requisitos: 1: Que el medio respectivo esté autorizado por la ley (sea porque se encuentre entre los enumerados taxativamente cuando rige el sistema de la prueba legal, o porque al juez le resulte lícito (el medio) cuando goce de libertad para los que considere revestidos de valor probatorio, como ocurre en nuestro procedimiento civil) y no se encuentre prohibido expresa o tácitamente por una norma legal para el caso concreto o en razón del método empleado para obtenerlo (Existe prohibición tácita cuando el medio o el procedimiento para obtenerlo esté reñido con la moral o viole derechos tutelados por la ley como el tormento, el hipnotismo y el narcoanálisis para conseguir confesiones o testimonios o viole la reserva legal o profesional). 2: Que una norma legal no excluya el valor probatorio del medio respecto del hecho que se quiere probar, por exigir otro especial, como ocurre con los testimonios e indicios cuando se exige documento ad substantiam actus.

La Conducencia de la prueba no es cuestión de hecho (como sí lo es su pertinencia) sino de derecho, porque se trata de determinar si es legalmente

apta para probar el hecho.

En doctrina no pueden identificarse la Conducencia de la prueba con su eficacia, porque aquélla es sólo uno de los requisitos de ésta, como lo es también su pertinencia, y cualquier defecto en su contenido o en su práctica; el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil incurre en esa confusión al usar el segundo término con el sentido del primero. La eficacia de la prueba se aprecia en definitiva cuando se hace su valoración o apreciación y no es requisito para su admisión...

En todos los códigos de procedimiento se encuentra consagrada la inadmisibilidad in limine o de plano de la prueba notoriamente inconducente. La doctrina en general, le reconoce al juez esa facultad, por obvias razones de economía procesal, si su inconducencia es evidente, porque aparezca, prima facie y no le quede duda sobre ella; pero en cambio, se pronuncia en favor de la admisión cuando el punto sea dudoso, ya que en el momento de valorarla, conocido su contenido y su resultado, se debe volver a examinar aquel requisito para negarle todo mérito en el supuesto de que falte. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha consagrado la misma doctrina. Sentencia de 14 de octubre de 1993, t. LVI, p. 562. Sentencia del 18 de noviembre de 1942, t. LIV, Num. 1.991, p. 409. Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Manual de Prue-

bas Judiciales. Bogotá, ABC, 1975.

11. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LOS JUICIOS FISCALES

El tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra al tratar el tema de la responsabilidad comenta:

La responsabilidad resulta de una acción culpable (culpa in committendo) o de una omisión culpable (culpa in omittendo) en que ha incurrido EL AUTOR de un daño...

EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 2.341 del C.C. se exige la concurrencia de tres elementos: Daño, culpa y relación causal entre el daño y la culpa.

En lo que atañe a la RESPONSABILIDAD SOLIDARIA, que se viene imputando de manera alegre y responsable en providencias fiscales, debemos remitirnos al artículo 2.344 del Código Civil, que expresa:

Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa...

La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de la Sala Civil de 4 de julio de 1977 ha dicho:

Entonces, cuando en la producción del daño han actuado varias personas,

generalmente todas ellas son solidariamente responsables ...

12. EL INCUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS EN PERJUICIO DEL ENCARTADO

Viene observándose en los procesos de responsabilidad fiscal el inadecuado manejo de los términos, en detrimento del particular encartado y del propio órgano de control fiscal y del Estado en general. Cuando no se tienen los elementos de juicio suficientes para producir fallos con responsabilidad, los expedientes se «adormecen» por la falta de impulsión oficiosa, que es obligación de los servidores públicos encargados de la investigación.

Esta situación genera dos consecuencias, ambas graves: **la primera** opera en detrimento del encartado que mantiene vigente una investigación en su contra cual espada de Damocles, sometido al escarnio que ella genera en los hombres honestos, con la consecuente afección moral y psicológica, pues generalmente se produce cuando el ex funcionario no cuenta con el respaldo del ejercicio de un cargo sino más bien cuando tiene el carácter de desempleado. Con buena fortuna y para que estas situaciones no fueran utilizadas con protervos fines politiqueros de descalificación moral, la Ley 190 les otorgó el carácter de reservados a los expedientes fiscales. **La segunda** consecuencia opera en contra del órgano de control fiscal y del Estado,

pues el incumplimiento y la omisión en fallar el proceso puede dar lugar a la alegación de Prescripción de sanciones, con lo cual se perdió una buena oportunidad de imponer las sanciones respectivas a quienes pudiesen resultar responsables.

Ya es hora que al interior del órgano fiscal se hagan estrictas revisiones en este sentido e imponer las sanciones disciplinarias y hasta formular denuncias penales por prevaricato en contra de los autores de estas detestables prácticas.

Por otra parte, el funcionario debe limitarse a lo que permite el artículo 72 de la Ley 42, es decir, la determinación de responsabilidades fiscales, y no a la solicitud de sanciones, para no incurrir en extralimitación de funciones y para que se pueda cumplir con lo que ordena el artículo 75 de la misma ley, es decir, ALLEGAR Y PRACTICAR PRUEBAS, como lo ordena el artículo 77 *ibidem*:

Los investigadores de los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación y, dentro del mismo, ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto.

Vencido el término anterior o su prórroga se procederá, según sea el caso, al archivo del expediente o a dictar auto de apertura del Juicio Fiscal.

13. RESPONSABILIDADES DE LAS DSS³ EN EL SISTEMA DE SALUD REORGANIZADO POR LA LEY 10 DE 1990

La Organización del Sistema Nacional de Salud es piramidal y jerarquizada territorialmente, pero al mismo tiempo reconoce la autonomía de cada una de las entidades que participan de la misma.

La ley 10 de 1990, mediante la cual se «**Reorganiza el Sistema Nacional de Salud**», dentro de los criterios de la descentralización administrativa asignó a los distintos componentes del sistema responsabilidades concretas, otorgó responsabilidades y señaló funciones.

Artículo 6. Responsabilidades en la dirección y prestación de servicios de salud. *Conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la presente Ley y sin perjuicio de la aplicación de los principios de Subsidiariedad y complementariedad de que trata el artículo tercero de esta Ley y de las funciones que cumplen las entidades descentralizadas del orden nacional, cuyo objeto sea la prestación de servicios de previsión y seguridad social y las que presten servicios de salud, adscritas al Ministerio de Defensa, asígnasen las siguientes responsabilidades en materia de prestación de servicios de salud:*

³ Direcciones Seccionales de Salud, antiguos Servicios Seccionales de Salud.

- a) A los Municipios (...) directamente o a través de entidades descentralizadas municipales (...) la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel que comprende los hospitales locales, los centros y puestos de salud.
- b) A los Departamentos (...) directamente o a través de entidades descentralizadas creadas para el efecto (...) la dirección y prestación de servicios de salud del segundo y tercer niveles de atención...

Parágrafo: Todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo concurrirán a la financiación de los servicios de salud con sus recursos propios y con los recursos fiscales de que trata el capítulo quinto de esta ley (Ley 10 de 1990).

La Dirección del Sistema de Salud, según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, quedó asignada de la siguiente forma:

Artículo 10. Direcciones seccionales y locales del Sistema de Salud. El Sistema de Salud se regirá en los niveles seccionales y locales por las normas científico-administrativas que dicte el Ministerio y será dirigido por el funcionario que autónomamente determine el órgano competente de la entidad territorial respectiva, quien será designado por el correspondiente Jefe de la Administración (Ley 10 de 1990).

Artículo 11. Funciones de la Dirección seccional del Sistema de Salud. En los Departamentos (...)

(intendencias y comisarias), corresponde a la Dirección Seccional del Sistema de Salud:

- A) Prestar asistencia técnica administrativa y financiera a los municipios y a las entidades e instituciones que prestan el servicio de salud en el territorio de su jurisdicción.
- C) Programar la distribución de los recursos recaudados para el sector salud, teniendo en cuenta la cantidad, calidad y costo de los servicios y la eficiencia y méritos de las entidades que prestan el servicio de salud.
- G) Supervisar el recaudo de los recursos seccionales que tienen destinación específica para salud.
- L) Administrar el Fondo Seccional de Salud de que trata el Artículo 13 de esta Ley... (Ley 10 de 1990).

Artículo 12. Dirección local del Sistema de Salud. En los Municipios (...) corresponde a la Dirección Local del Sistema de Salud, que autónomamente se organice:

- A) Coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud en el correspondiente territorio local.
- B) Programar para su respectivo municipio la distribución de los recursos recaudados para el sector salud.
- F) Supervisar y controlar el recaudo de los recursos locales que tienen destinación específica para salud.
- K) Administrar el Fondo Local de Salud de que trata el artículo 13 de esta Ley...

El sistema, dentro de los linea-

mientos de la Ley 10, debe financiar las actividades que tiene a su cargo con recursos provenientes del denominado **SITUADO FISCAL**, que es una parte de los ingresos corrientes de la nación que se transfieren a los departamentos y con la transferencia que la Nación hace de sus **INGRESOS CORRIENTES** (ICN) a los municipios, cuya administración quedó sometida a las condiciones y requisitos que la propia ley 10 dispuso para municipios:

Artículo 36. Transferencia de los recursos. *Los recursos del situado fiscal para salud serán transferidos directamente a los municipios y las demás entidades territoriales (...) mediante giros mensuales según la distribución efectuada conforme a lo establecido en el artículo 34, previa certificación del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 37 (ley 10 de 1990).*

Artículo 37. Requisitos para la transferencia de los recursos. *Para efectuar el giro de los recursos correspondientes al situado fiscal para salud, se requiere que los municipios, distritos y demás entidades territoriales de que trata el artículo 182 de la Constitución (Constitución de 1886) hayan:*

1. Organizado y puesto en funcionamiento la dirección del sistema local o seccional de salud.

5. Creado y organizado el fondo previsto en el artículo 13 (Ley 10 de 1990).

Artículo 13. Fondos de Salud. *Las entidades territoriales deben organizar un Fondo Local o Seccional de Salud, según el caso, que se manejará como una cuenta especial de su presupuesto, con unidad de caja, sometida a las normas del régimen presupuestal y fiscal de la entidad territorial, bajo la administración de la dirección seccional o local de salud, cuyo ordenador del gasto será el respectivo jefe de la administración o su delegado.*

A dicho fondo se deberán girar todas las rentas nacionales cedidas o transferidas, con destinación específica, para la dirección y prestación de servicios de salud; los recursos libremente asignados para salud, y en general, la totalidad de los recursos recaudados en el ente territorial que se destinen, igualmente para el sector salud, respetando los recursos de la seguridad, la previsión social y del subsidio familiar (Ley 10 de 1990).

Artículo 18. Mecanismos de transición. *Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 6 y 16 de esta Ley, las autoridades del orden local o seccional asumirán las competencias correspondientes durante un término de 5 años en el caso de los Departamentos, y en un plazo de siete años prorrogable por 3 más, mediante acuerdo celebrado con la Nación...*

14. LA SALUD COMO SERVICIO ESENCIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

El 5 de junio de 1991 Colombia promulgó una nueva Constitución que estableció la forma como el Estado asume las responsabilidades en la atención de los sectores sociales en materia de Salud y Educación. Los artículos 356 y 357 establecieron reglas para esta atención de la siguiente manera:

14.1. De la distribución de recursos y de las competencias

Artículo 356, Constitución Nacional

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la Ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la nación y de las entidades territoriales. Determinará así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la nación que será cedido a los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos Especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para la atención directa o a través de los Municipios, de los servicios que se les asignen.

Los recursos del situado fiscal se determinarán a financiar la Educación Preescolar, Primaria, Secundaria y Media y la Salud, en los niveles que la Ley señale, con especial atención a los niños.

.....

La Ley fijará los plazos para la

cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los mencionados servicios y podrá autorizar a los Municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada. No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Artículo 357, Constitución Nacional

Acto Legislativo 01 de 1996

Los Municipios participarán en los Ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.

.....

Parágrafo: La participación de los Municipios en los Ingresos corrientes de la Nación se incrementará año por año del 14 % en 1993 hasta alcanzar el 22 % como mínimo en el año 2002. La Ley fijará el aumento gradual de estas transferencias y definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los Municipios y las condiciones para su cumplimiento. Sus autoridades deberán demostrar a los organismos de evaluación y

*control de resultados la eficiente y correcta aplicación de estos recursos y en caso de mal manejo se harán acreedores a las sanciones que establezca la Ley.*⁴

*Parágrafo: La participación de los Municipios en los Ingresos corrientes de la Nación se incrementará año por año del 14 % en 1993 hasta alcanzar el 22 % como mínimo en el año 2001. La Ley fijará el aumento gradual de estas transferencias y definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los Municipios y las condiciones para su cumplimiento. Sus autoridades deberán demostrar a los organismos de evaluación y control de resultados la eficiente y correcta aplicación de estos recursos y en caso de mal manejo se harán acreedores a las sanciones que establezca la Ley.*⁵

La NUEVA Constitución Nacional de 1991 estableció como parámetros técnicos la prohibición especial de hacer transferencia de competencias sin que se aseguraran la distribución y aseguramiento de recursos a las entidades territoriales.

El 12 de agosto de 1993 se expidió la Ley 60, mediante la cual se fijaron las competencias a cargo de las enti-

dades territoriales que deben financiarse con los recursos asignados por los artículos 356 y 357 de la Constitución Nacional, y estableció la Obligación de la Destinación exclusiva de recursos y determinó las reglas orgánicas para su Distribución entre entidades territoriales, de conformidad con los artículos 151 y 288 de la nueva Constitución expedida el 5 de junio de 1991.

Artículo 1: Competencias de las entidades territoriales y la nación. *Para los efectos de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, los servicios y las competencias en materia social a cargo de las entidades territoriales y la nación, son los indicados en el presente capítulo.*

Artículo 2: Competencias de los municipios. *Corresponde a los Municipios, a través de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así: ...*

En el área de la salud

- A. Dirigir el Sistema Local de Salud
- B. Ejercer las funciones señaladas en el Artículo 12 de la Ley 10 de 1990.
- C. Realizar las acciones de fomento de la salud, prevención de la

⁴ Texto original de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 01 de 1996.

⁵ Texto modificado por el Acto Legislativo de diciembre de 1995, reformativo de la Constitución.

enfermedad.

- D. *Asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad directamente a través de sus dependencias o entidades descentralizadas o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas.*

Artículo 3. Competencia de los departamentos. *Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, a la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1. *Administrar los recursos cedidos por la nación, planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de salud y educación y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales.*
2. *Registrar las Instituciones que presten servicios de salud y definir su naturaleza jurídica.*
3. *Actuar como instancia de intermediación entre la nación y los municipios para los fines del ejercicio de las funciones que son de competencia de la nación.*

Numeral 6. En el sector de la salud

A. *Conforme al artículo 49 de la Constitución, dirigir el sistema sectorial de salud cumpliendo las funciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 10 de 1990.*

Igualmente, la misma Ley 60 señala las pautas mediante las cuales los departamentos harán la distribución de los recursos del Situado Fiscal y los correspondientes a los Ingresos Corrientes de la nación para los departamentos y municipios, respectivamente, y ordena la destinación específica y obligatoria de los mismos.

Artículo 13: Distribución del situado fiscal en cada departamento para la PRESTACIÓN de los servicios. *Las Asambleas departamentales programarán la distribución de los recursos del situado fiscal para el Departamento y por municipios, de conformidad con las competencias asignadas en el capítulo 1 de la presente ley a cada uno de estos niveles administrativos, en atención a los criterios de equidad y eficiencia y el desarrollo de un plan concertado con los municipios para la ampliación de coberturas, de mejoramiento de la calidad y el ajuste administrativo y financiero y para la descentralización de responsabilidades en el caso de la salud o educación.*

Artículo 10. Nivel del situado fiscal

Para 1994 : 23 %

Para 1995 : 23.5 %

Para 1996 : 24.5 %

Del total que corresponda a cada Departamento, será obligatorio destinar como mínimo el 60 % para educación y el 20 % para salud.

El veinte por ciento restante será

destinado a SALUD y educación según sus metas de cobertura y demás fuentes de financiación de estos sectores.

Como mínimo el 50 % del situado fiscal deberá aplicarse al PRIMER nivel de atención y debe ser transferido a los Municipios y Distritos cuando éstos asuman estas competencias.

Cada Nivel Territorial deberá aplicar al menos cinco puntos porcentuales a prevención de la enfermedad y fomento de la salud.

La asunción del manejo autónomo de los recursos de salud por parte de los municipios fue sometida a la condición del cumplimiento de una serie de requisitos técnicos y de organización, para lo cual la Ley 10 de 1990 estableció mecanismos y período de transición.

Artículo 18. Mecanismos de transición. Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 6 y 16 de esta Ley, las autoridades del orden local o seccional asumirán las competencias correspondientes durante un término de 5 años en el caso de los Departamentos, y en un plazo de siete años prorrogable por 3 más, mediante acuerdo celebrado con la Nación...

14.2. Requisitos para la administración de los recursos del situado fiscal por parte de los municipios ⁶

Artículo 16

1. Organización y puesta en funcionamiento de un sistema básico de información según normas técnicas expedidas por el Ministerio del ramo.
2. Programación, ejecución, evaluación, control y seguimiento físico y financiero de los programas de salud.
3. Adopción de la metodología para elaborar anualmente, según los criterios del Ministerio, un plan de desarrollo para la prestación de los servicios que permita evaluar la gestión en cuanto a la calidad, eficiencia y cobertura.
4. Realizar los ajustes institucionales exigidos en el Artículo 37 de la Ley 10:
 - A. Organizar y poner en marcha la dirección del Sistema Local de Salud y especialmente creación de las unidades hospitalarias y de prestación de servicios.
 - B. Determinación de la planta de personal discriminando las de las entidades descentralizadas municipales y las de la dirección local de salud.
 - C. Organizar la carrera administrativa, manual de Cargos y Requisitos.
 - D. Transformar institucionalmente

⁶ Ley 100 de 1993.

- las instituciones hospitalarias.
- E. Crear y Organizar el Fondo de Salud.
- F. Afiliar a los empleados a un fondo de cesantías.

15. LA LEY 100 DE 1993

Mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 se reorganizó el antiguo SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD previsto en la ley 10 de 1990 de la siguiente manera:

Libro Segundo

EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Título I

DISPOSICIONES

GENERALES

Capítulo I

OBJETO, FUNDAMENTOS

Y CARACTERÍSTICAS

DEL SISTEMA

Artículo 152: Objeto: *La presente ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.*

Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Las competencias para prestación pública de los servicios de salud y la organización de la atención en salud en los aspectos no cobijados en la presente ley se regirán por las disposiciones legales vigentes, en especial por la ley 10 de 1990 y la ley 60 de 1993.

Las actividades y competencias de salud pública se regirán por las disposiciones vigentes en la materia, especialmente la ley 9 de 1979 y la ley 60 de 1993, excepto la regulación de medicamentos, que se regirá por lo dispuesto en la presente ley.

En el NUEVO SISTEMA CREADO POR LA LEY 100 DE 1993, las entidades territoriales siguieron formando parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al tenor de lo dispuesto por el artículo 155 de dicha ley:

Artículo 155: Integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. *El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:*

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:
 - a. Los Ministerios de Salud y Trabajo.
 - b. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
 - c. La Superintendencia Nacional en Salud.
2. Los Organismos de administración y financiación:
 - a. Las Entidades Promotoras de

Salud.

b. Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud.

6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.

7. Los Comités de Participación Comunitaria «COPACOS» creados por la ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participan en los subsidios de salud.

15.1. Los participantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Igualmente, la ley 100 de 1993 determina quiénes son los participantes del SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, y distingue varias clases de afiliados, así:

15.2. De los afiliados al sistema

Artículo 157: Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al Régimen Contributivo o Subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

15.2.1. Afiliados al Sistema de Seguridad Social

Existirán dos tipos de afiliados al

Sistema General de Seguridad Social en Salud:

15.2.1.1. Los afiliados al Sistema mediante el Régimen Contributivo

son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del Régimen Contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

15.2.1.2. Los afiliados al Sistema mediante el Régimen Subsidiado

de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postrado y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y depor-

tistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

15.2.2. Personas vinculadas al Sistema

Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

16. FUNCIONES DE LOS ENTES TERRITORIALES

En forma complementaria con la Ley 10 de 1990, el nuevo Sistema de Seguridad Social en Salud, establecido en la Ley 100 de 1993, atribuyó precisas funciones a los distintos entes territoriales.

Artículo 176: De las Funciones de la Dirección Seccional, Distrital y Municipal del Sistema de Salud.

Las Direcciones seccional, Distrital y municipal de salud, además de las funciones previstas en las leyes 10 de 1990 y 60 de 1993 tendrán las siguientes funciones:

1. Preparar los estudios y propues-

tas que requiera el Consejo Territorial de Seguridad Social de Salud en el ejercicio de sus funciones.

2. Preparar para consideración del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud los instrumentos y metodologías de focalización de los beneficiarios del Régimen Subsidiado en el área de su jurisdicción y orientar su puesta en marcha.
3. Administrar los recursos del subsidio para la población más pobre y vulnerable en los términos previstos en la presente ley, con los controles previstos en el numeral 7 del artículo 153.
4. La inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.
5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre pasivo prestacional de los trabajadores de la salud en su respectiva jurisdicción.

17. FINANCIACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

Como quiera que la Ley 100 (artículo 157) señaló quiénes eran AFILIADOS al sistema, el artículo 214 reglamentó el origen de los recursos con los cuales se prestaría atención

a los afiliados pertenecientes al Régimen Subsidiado.

En armonía con lo anterior, la ley 100 de 1993 ratificó el contenido de la ley 60 y dispuso sobre los recursos destinados a la financiación del Régimen Subsidiado lo siguiente:

Artículo 214: Recursos del Régimen

El Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

a. 15 Puntos como mínimo de las transferencias de inversión social destinadas a salud de que trata el numeral 2 del artículo 22 de la ley 60 de 1993.

Los 10 puntos restantes deberán invertirse de conformidad con el numeral 2 del artículo 21 de la ley 60 de 1993, exceptuando el pago de subsidios. Adicionalmente, durante el período 1994-1997, 10 puntos de la transferencia de libre asignación de que trata el Parágrafo del artículo 22 de dicha ley deberán destinarse a dotación, mantenimiento y construcción de infraestructura de prestación de servicios.

b. Los recursos propios y aquellos provenientes de ECOSALUD que los departamentos y municipios destinen al régimen de subsidios en salud;

c. Los recursos del situado fiscal y de las rentas cedidas a los departamentos que se requieran para financiar al menos las interven-

ciones de segundo y tercer nivel del Plan de Salud de los afiliados al régimen subsidiado, conforme a la gradualidad de que tratan los artículos 161 y 240 del presente libro.

d. Los recursos para subsidios del Fondo de Solidaridad y Garantía que se describen en el artículo 221 de la presente ley.

e. El 15% de los recursos adicionales que a partir de 1997 reciban los municipios, distritos y departamentos como participaciones y transferencias por concepto del impuesto de renta sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana.

Parágrafo 1. Los recursos que, conforme a este artículo, destinen las direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud al régimen de subsidios en salud, se manejarán como una cuenta especial aparte del resto de recursos dentro del respectivo fondo Seccional, Distrital y Local de salud.

Parágrafo 2. A partir del primero de enero de 1995, el presupuesto de inversión de los recursos de libre asignación destinados a salud por el literal a. de este artículo deberá ser aprobado por la autoridad departamental de salud. Si la autoridad departamental de salud certifica que la infraestructura de prestación de servicios del respectivo municipio está debidamente dotada, podrá autorizar la destinación de los recursos para inversión a las otras finalida-

des de que trata la ley 60 de 1993.

18. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EN SALUD

El Estatuto de la Seguridad Social en Salud (Ley 100) precisó a cargo de quién quedó la responsabilidad por la administración del Régimen Subsidiado de la siguiente manera:

Artículo 215: Administración del Régimen Subsidiado. *Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.*

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del Régimen Subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio.

18.1 Reglas Básicas para la Administración del Régimen de Subsidios en Salud

La Ley 100 señaló:

Artículo 216-: Reglas Básicas para la Administración del Régimen

de Subsidios en Salud

1. *La Dirección Seccional o Local de Salud contratará preferencialmente la administración de los recursos del subsidio con Empresas Promotoras de Salud de carácter comunitario, tales como las Empresas Solidarias de Salud.*
2. *Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios, como las Empresas Solidarias de Salud, la contratación entre las direcciones Seccionales o Locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público.*

La Ley igualmente estableció un Plazo para que las entidades territoriales organizaran el Régimen de Subsidios para la Atención en Salud de la población pobre y vulnerable:

Artículo 239: De las Entidades Territoriales. *En forma gradual, las entidades territoriales organizarán el Régimen de Subsidios en un plazo máximo de dos (2) años a partir de la vigencia de esta ley, de tal forma que una parte creciente de los ingresos de las instituciones prestadoras provenga de la venta de servicios de los planes de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

Para este fin, las Direcciones Seccionales, Distritales Y Municipales deberán presentar al Ministerio de

Salud, como parte del plan de ampliación de coberturas, mejoramiento de calidad y descentralización de que trata el artículo 13 y 14 de la ley 60 de 1993, las condiciones y términos de transición para la sustitución de transferencias por la contratación de servicios y la implementación de los subsidios a la demanda en salud.

Como quiera que la Ley 100 de 1993 fue promulgada mediante su publicación en el Diario Oficial, el 23 de diciembre de 1993, tal como lo dispone la Ley 57 de 1985, los dos años de plazo para la implantación del Sistema de Subsidios vencían el 23 de diciembre de 1995.

El Decreto 2491 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de potestades reglamentarias de La Ley 100, precisó que el plazo para organizar el Sistema de Subsidios vencía el 31 de diciembre de 1995, plazo que fue incumplido por muchísimos departamentos de Colombia bajo la complaciente mirada y ausencia de acciones de los órganos de control.

18.2. Del régimen de transición y las EPS⁷ transitorias

Artículo 1: Régimen de transición. *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 literal p) y en el parágrafo del artículo 25 del Decreto 1.298 de 1994, establécese*

hasta el 31 de Diciembre de 1995 un régimen de transición para garantizar el acceso al Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud.

El mismo Decreto 2491 de 1994 facultó a las Direcciones Departamentales de Salud para que en forma transitoria asumieran la administración del Régimen Subsidiado en Salud en carácter de EPS TRANSITORIAS hasta el mismo 31 de diciembre de 1995.

Artículo 6. Entidades Administradoras. *Mientras dura el régimen transitorio a que se refiere el presente Decreto, las Direcciones Seccionales y Locales de Salud podrán ejercer las funciones de administración del Régimen de Subsidios definidas en el artículo 24 del Decreto 1895 de 1994.*

El plazo del Decreto 2491 de 1994 fue prorrogado mediante el Decreto 2357 de 1995 hasta el 30 de junio de 1996.

Artículo 19: Direcciones de Salud. *Las Direcciones de Salud que de conformidad con el Decreto 2.491 de 1994 vienen cumpliendo funciones de administradoras del Régimen Subsidiado, deberán iniciar el proceso de inscripción de entidades administradoras del Régimen Subsidiado a que se refiere el presente decreto, de forma tal que dentro de un período no mayor a 3 meses, las entidades administradoras del Régimen Subsidiado se encuentren debidamente inscritas.*

⁷ Entidades públicas administradoras transitorias del Régimen Subsidiado.

Paralelamente las entidades territoriales podrán conformar EPS públicas, previo el cumplimiento de los requisitos legales.

Las Direcciones de salud que vienen actuando como administradoras del Régimen Subsidiado, continuarán cumpliendo las funciones que venían desarrollando con el objeto de garantizar la prestación de los servicios de salud a los beneficiarios del subsidio que tienen a su cargo, hasta el momento en que éstos se afilien de manera efectiva a una entidad administradora en los términos del presente decreto. En todo caso, este proceso deberá completarse en un plazo máximo de seis meses.

Esta transitoriedad se justificaba legalmente en la medida en que ese entonces no se había agotado el plazo de 5 años para que los municipios asumieran las competencias correspondientes, tal como lo ordenó el artículo 18 de la Ley 10 de 1990:

Artículo 18. Mecanismos de transición. *Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 6 y 16 de esta Ley, las autoridades del orden local o seccional asumirán las competencias correspondientes durante un término de 5 años en el caso de los Departamentos, y en un plazo de siete años prorrogable por 3 más, mediante acuerdo celebrado con la Nación...*

Pero, además, la transitoriedad igualmente se justificaba en la medida en que los municipios aún no

habían cumplido con los requisitos para la administración autónoma de los recursos del Situado Fiscal que OBLIGATORIAMENTE debían destinar para la atención de los servicios de salud.

19. OBLIGACIONES FINANCIERAS DE LOS ALCALDES EN EL RSS DEL SGSSS ⁸

Como ha quedado dicho, la administración transitoria del Régimen Subsidiado estaba en cabeza y bajo la responsabilidad de las Direcciones Departamentales de Salud, por lo cual los alcaldes de los municipios que no habían sido CERTIFICADOS PARA LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA DEL SITUADO FISCAL (**No descentralizados**) adquirieron las siguientes obligaciones:

1. *Comprometer y ejecutar la totalidad de los 15 puntos a que se refiere el literal a del artículo 214 de la Ley 100 en subsidios o carnés de Régimen Subsidiado.*
2. *Firmar contratos de administración de Régimen Subsidiado con la EPS TRANSITORIA DEPARTAMENTAL como administradora transitoria del Régimen Subsidiado.*
3. *Transferir los recursos comprometidos mediante los contratos anteriores a la EPS TRANSITORIA DEPARTAMENTAL como administradora transitoria del Régimen Subsidiado.*

⁸Régimen de Salud Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para poder cumplir lo anterior era necesario que los respectivos jefes de presupuesto municipales expidieran un certificado de Disponibilidad Presupuestal que permitiera suscribir los contratos de administración del Régimen Subsidiado por la EPS TRANSITORIA DEPARTAMENTAL respectiva para que se diera el cumplimiento de las tres obligaciones antes transcritas y se garantizara la transferencia efectiva de los recursos.

En este sentido, cuando los municipios **no cumplieron** en diverso grado con las obligaciones ya descritas en su momento, fueron reportados ante los organismos de control, pues a las Direcciones Seccionales de Salud se les permitía suscribirlos únicamente con el monto **que se había certificado en el correspondiente C.D.P.⁹ expedido a esa fecha por parte de las alcaldías respectivas.**

19.1. Irregularidades cometidas por algunos alcaldes

En algunas alcaldías se presentaron irregularidades y anomalías, tales como:

- **No apropiaron** en sus presupuestos los recursos para financiar el Régimen Subsidiado en 1995 y 1996.
- **Apropiaron sumas inferiores a los 15 puntos** de las transferencias

recibidas como parte de los Ingresos corrientes de la nación en 1996.

- **No firmaron los contratos de aseguramiento** con la EPS Transitoria Departamental en 1996 y 1997.
- **Gastaron en asuntos distintos a la salud** los recursos destinados para financiar el Régimen Subsidiado en 1995 y 1996.
- **Firmaron contratos por sumas inferiores** a las que legalmente debían destinar para el Régimen Subsidiado, es decir, únicamente por los montos que contenían los Certificados de Disponibilidad Presupuestal en 1995 y 1996.
- **Incumplieron con el PAGO** a las que les obligaban las normas y los contratos en 1995 y 1996.

Hay que tener en cuenta que la labor ejercida por las Direcciones Departamentales de Salud estaba limitada por sus competencias de Inspección, Vigilancia y Control, tal como lo dispone el artículo 176 de la Ley 100 de 1993, ya que las potestades sancionatorias por violación o desconocimiento de las obligaciones del Régimen Subsidiado están privativamente asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud, el control de las actuaciones de los funcionarios corresponde, como competencia preferente, a la Procuraduría General de la Nación y el Control

⁹ Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

Fiscales potestativamente privativo de las contralorías.

Ante la ausencia de mecanismos legales coercitivos o sancionatorios, las Direcciones Departamentales de Salud debieron limitarse a cumplir con la obligación de dar aviso de las irregularidades detectadas en el Sistema a la llamada «Red de Controladores», que está integrada, para estos efectos, por el trinomio Superintendencia-Procuraduría-Contraloría, para que éstas ejercieran sus atribuciones y funciones, y si lo estimaban procedente, dieran traslado a otros organismos de control, como la Fiscalía General de la Nación, para que investigaran eventuales conductas punibles y adelantaran las correspondientes acciones. Lastimosamente, los órganos de control se «durmieron», y sólo cuando la situación tomó connotaciones de «escándalo público» iniciaron sus actuaciones cuando ya estaban incursos en omisiones generadoras de prevaricato, con lo cual se perdió valioso tiempo en el adelantamiento de investigaciones que hoy están en peligro de prescribir, y se han convertido en verdaderos «monstruos dormidos» que se atraviesan en el camino de la recuperación del sistema.

20. LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y LAS DIRECCIONES DEPARTAMENTALES DE SALUD

Las limitadas facultades que tienen legalmente las Direcciones Secciona-

les de Salud se ratifican en la **Circular externa número 21 de 1996 expedida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, mediante la cual precisa cuál es el papel que debe jugar cada actor del Sistema de Seguridad Social en Salud, en cuanto al control integral del cumplimiento de las obligaciones.

20.1. Fundamento legal en la coordinación de acciones de inspección, vigilancia y control del servicio público en salud¹⁰

El Artículo 3 del decreto 1.259 de 1994 establece como objetivo fundamental de la Superintendencia Nacional de Salud ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control del sector en coordinación con las demás autoridades del ramo en lo que a ellas les compete dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud.

El Numeral 6 del citado artículo establece como objetivo de la Superintendencia Nacional de Salud la adopción de políticas de inspección y vigilancia encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la evolución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.

Según el Numeral 6 del Artículo 7 del mismo decreto es función del

¹⁰ Circular Externa 21 de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud.

Superintendente Nacional de Salud instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto a sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que les compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

2. Presentación

Las funciones de inspección y vigilancia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son ejercidas por varias instituciones e instancias.

Parte de estas instituciones pertenecen al sector salud exclusivamente, pues todas sus actividades están relacionadas con el mismo. Otras entidades de la administración ejercen funciones de inspección, control o vigilancia sobre todos los sectores, incluido el sector salud, mas no exclusivamente sobre éste. Igualmente, la ciudadanía en ejercicio de su derecho de participación en la planeación, gestión, evaluación y control en los servicios de salud y en general de la gestión pública, tiene competencia de vigilancia y control sobre las actividades del sector.

En observancia de los principios de economía y celeridad que rigen las actuaciones administrativas de toda entidad pública, así como de integración funcional y concertación que orientan las actuaciones del Sistema

General de Seguridad Social en Salud, el Superintendente Nacional de Salud expide la presente circular dirigida a las máximas autoridades territoriales y del sector salud.

Su objetivo es presentar las orientaciones fundamentales para la conformación de una red de controladores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (que para efectos de esta circular se denominarán: Red de Controladores) e invitar a la ciudadanía y al conjunto de las entidades tanto del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como de otros sectores de la administración pública en todos sus niveles, así como las de los sectores mixto y privado que tengan asignadas competencias de inspección, control o vigilancia sobre cualquiera de las actividades de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en relación con el mismo, a su participación en esta red.

20.2. «Controladores del Sector Salud»

Las entidades que tienen asignadas competencias de inspección, control y vigilancia sobre actividades comprendidas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuyo campo de acción se limita exclusivamente al sector salud son:

- Ministerio de Salud
- Superintendencia Nacional de Salud
- Invima
- Direcciones Seccionales de Salud

- *Direcciones Locales de Salud*
- *Instituciones prestadoras de servicios de salud*
- *Tribunales de ética en salud*
- *Empresas promotoras de Salud*
- *y otras entidades administradoras de planes de salud.*

Por lo anterior, estas entidades son controladores naturales del sector salud.

4. Entidades de otros sectores y ciudadanía

La ciudadanía y las otras entidades de la administración que tienen entre sus funciones ejercer inspección, control o vigilancia sobre actividades del Sistema General de Seguridad Social en Salud son:

Entidades de otros sectores:

- *Presidencia de la República*
- *Defensoría del Pueblo*
- *Procuraduría*
- *Personerías*
- *Contralorías*
- *Fiscalía*
- *DIAN*
- *Veedurías institucionales*
- *Otros Ministerios*
- *Otras Superintendencias*
- *Departamentos Administrativos*
- *Jefes de las entidades territoriales*
- *Secretarías de Hacienda*
- *Asambleas y Concejos*
- *Ciudadanía*
- *Ciudadanía organizada en las formas de participación establecidas*
- *Ciudadanos en ejercicio de sus*

derechos individuales.

La relación con las entidades de otros sectores así como con la ciudadanía, busca la coordinación en el cumplimiento de las funciones propias de cada una. Se les invita a participar en la red de controladores con el fin de establecer mecanismos de coordinación, cooperación y concertación en términos de colaboración interinstitucional o Estado-sociedad civil para un cabal logro de intereses comunes y sin perjuicio de la autonomía de cada una de las entidades del Estado y de la ciudadanía en el ejercicio de los derechos que le asisten.

20.3. Papel de las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud en la Red de Controladores

A las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud (que para efectos de esta circular se denominará así a las entidades responsables de la ejecución de la política de salud en los niveles departamental, Distrital o local, sin importar la forma específica de organización que hayan asumido) les corresponde un triple papel en este esquema de RED DE CONTROLADORES:

1. *Ejercer directamente la inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los niveles departamental, Distrital y local en los temas específicos y según las com-*

petencias y facultades que les han sido expresamente asignadas por las normas vigentes.

....
Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud informarán a las autoridades competentes sobre cualquier anomalía que detecten en desarrollo de sus funciones de inspección, control y vigilancia.

Conclusiones

Este modesto análisis integrado de la aplicación de los principios procesales en los Juicios de responsabilidad fiscal y su concatenación con el nacimiento y operativización del Régimen Subsidiado en el *Nuevo SGSSS*¹¹, es el resultado de experiencias personales del autor como consultor territorial en Salud y las que afrontó como litigante ante los organismos de control que reaccionan de manera tardía a pesar de los informes remitidos en forma oportuna; experiencias que deseo transmitir para colaborar en la búsqueda de soluciones efectivas, mas no para la exacerbada crítica, que lejos está de mi ánimo. Es un trabajo elaborado con el más puro criterio académico, y sólo basta decir que quienes como Directores Seccionales de Salud hayan actuado conforme a los lineamientos que han quedado expresados, tienen derecho a que las investigaciones y actuaciones de los órganos de control fiscal se desarrollen

dentro del respeto de sus derechos fundamentales y pedir que se archiven al verificarse que de ellas no se desprende ni se deduce omisión en el ejercicio de sus funciones en la puesta en marcha y administración del Régimen Subsidiado de Salud, establecido por la Ley 100 de 1993, y que las tareas cumplidas se ejercieron y ciñeron totalmente a sus competencias y atribuciones, pues por ellas no se produjo detrimento del erario.

Finalmente, a casi una década de nuestra Constitución de 1991 y un lustro de la aplicación de la Ley 100, todavía nos preguntamos: *¿Por qué no se ha consolidado el Régimen Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en salud?*, y debemos concluir que en parte ello se ha debido a actuaciones como las que han quedado analizadas. Y agreguemos un segundo interrogante: *¿Es un problema de «concepción» del régimen o es un asunto de irresponsabilidad colectiva que culminará con «archívese» por prescripción?* La respuesta la dejamos a nuestros lectores.

Hay que recuperar el verdadero papel activo de los órganos de control y en general de la «Red», devolviéndole la autonomía que lentamente ha perdido la Superintendencia de Salud, imprimiéndole a las actuaciones de las contralorías la legalidad y oportunidad que se requiere y produciendo actos que sancionen disciplinariamente por parte de la Procuraduría «sin temor» a nadie ni nada.

¹¹ Sistema General de Seguridad Social en Salud creado por la Ley 100 de 1993.