



**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**

---

Tunja, 26 SEP 2017

**REFERENCIA:** REPARACIÓN DIRECTA  
**DEMANDANTE:** FELIX JOSE ESTUPIÑAN  
**DEMANDADO:** SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD  
**EXPEDIENTE:** 15001-3331-006-2010-00230-00

Agotados los ritos de la acción de reparación directa, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. La demanda**

**FELIX JOSE ESTUPIÑAN**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 86 del C.C.A., demanda a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

### **1.2. Declaraciones y Condenas (fl. 2)**

La parte demandante solicita lo siguiente:

**PRIMERO.** Declarar a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, representada legalmente por su Gerente o por quien delegue o haga sus veces, administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor FELIX JOSE ESTUPIÑAN, por falla o falta del servicio o de la administración al ordenar la liquidación de la empresa ES MAS SALUD y al liquidarla erróneamente, la empresa encargada de la liquidación por intermedio de un delegado BANCA Y GESTIÓN, no dejó rubro para pagar las sentencias judiciales.

**SEGUNDO.** Condenar a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, representada legalmente por su Gerente o por quien delegue o haga sus veces, como reparación de daño ocasionado a pagar el pago de las sumas ordenadas por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja mediante Sentencia de fecha 12 de junio de 2008.

**TERCERO.** La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses moratorios desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que de fin al proceso.

**CUARTO.** La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

### **1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 3 - 4):**

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

- Que el señor FELIX JOSE ESTUPIÑAN, por intermedio de apoderado judicial presentó ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, demanda ordinaria en contra de la EMPRESA DE SALUD ES MAS SALUD ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD, con el fin de declarar que entre él y dicha demandada existió una relación laboral subordinada desde el 1 de febrero de 1999 hasta el 31 de mayo de 2001, en consecuencia. que se condene a la empleadora al pago de los derechos laborales y prestaciones que se causaron durante el tiempo que duró la relación laboral, así como a las costas del proceso.
- Que dicho proceso culminó con el fallo de segunda proferido del Tribunal Superior de Tunja del 12 de junio de 2008, donde se condenó a la empresa demandada a pagar al demandante las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios insolutos e indemnización por terminación del contrato en forma unilateral y sin justa causa por valor total de \$1.398.111,99; además la condenó a pagar la indexación sobre la citada suma desde cuando se hizo exigible el pago hasta cuando se verifique el pago total de la obligación y las costas del proceso.
- Que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD ordenó la liquidación de la empresa demandada ES MAS SALUD, pero la empresa BANCA Y GESTIÓN encargada de dicha liquidación no dejó rubro para pagar las sentencias judiciales, dentro de las cuales se encuentra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja de fecha 12 de junio de 2008, materia de este proceso.

- Que el demandante se acercó a las oficinas de BANCA Y GESTIÓN en la ciudad de Bogotá, el día 14 de abril de 2010 para que dicha empresa cancelara la sentencia objeto de la demanda, a lo cual le fue informado que ya había finalizado el proceso de liquidación de la empresa de salud ES + SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES MAS SALUD sin dejar rubro alguno para pagar la sentencia.
- Que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor Félix José Estupiñan, por falla o falta del servicio o de la administración al ordenar la liquidación de la empresa ES MAS SALUD y al liquidarla erróneamente, ya que la empresa encargada de la liquidación por intermedio de un delegado (BANCA Y GESTIÓN) no dejó un rubro para pagar las sentencias judiciales.
- Que el demandante se vio afectado moralmente con la pérdida sin justa causa de su empleo pues esta fue sorpresiva, dado que de un momento a otro no tuvo para mantener su hogar, a su esposa, ni a sus hijos, no consiguió empleo y fue víctima de gran cantidad de necesidades económicas.

#### **1.4. Fundamentos de la acción**

Manifiesta el apoderado que la Nación incurrió en responsabilidad de tipo indirecto que se evidencia en la falla del servicio por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, al ordenar la liquidación de la empresa ES MAS SALUD COOPERATIVA ES + SALUD y no verificar que la empresa liquidadora dejara un rubro destinado a pagar sentencias judiciales y demás obligaciones. Señala que la Superintendencia Nacional de Salud se extralimitó en sus funciones por cuanto ordena la liquidación de una empresa de salud y no vigila que se cumplan todas las funciones a cabalidad.

Afirma que de los hechos de la demanda se puede inferir la responsabilidad del Estado, producto de los daños antijurídicos imputables al mismo, señalando la Sentencia T-011 de 1992, indicando que la responsabilidad indirecta se traduce en que el Estado es responsable por los hechos de sus súbditos, para este caso, la Superintendencia Nacional de Salud, a partir de la culpa ineligendo o invigilando, por lo que los funcionarios serán responsables de los daños que se causen por culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones.

Finalmente trae como sustento de sus pretensiones los artículos 2, 6, 11, 90 de la Constitución Política, los artículos 78, 86 y 206 al 214 del C.C.A, 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887 y la jurisprudencia del Consejo de Estado para casos semejantes, citando las proferidas el 27 de abril de 1998 – expediente 2852, la sentencia de diciembre 5 de 1991 -expediente 6543 y de junio 26 de 1992 –expediente 6808.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue radicada el día 10 de noviembre de 2010 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos de Tunja y repartida a este Despacho en la misma fecha (fl. 1). Mediante auto del 2 de noviembre de 2011 se inadmitió (fl. 33 - 34), siendo enviado el expediente al Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Tunja en cumplimiento del Acuerdo PSAA12-9213 del 2 de febrero de 2012, el cual avocó conocimiento con auto del 11 de abril de 2012 (fls. 39 – 40), posteriormente, con proveído del 3 de octubre de 2012 se requirió a la Superintendencia Nacional de Salud (42).

En atención al Acuerdo PSAA13-9897 de 2013 se envió el expediente al Juzgado Primero Administrativo en Descongestión de Tunja, el cual avocó conocimiento el 17 de mayo de 2013 (fls. 44 – 45), luego, en auto del 12 de junio de 2013 se requirió nuevamente a la entidad demandada (fl. 47). Con auto del 11 de junio de 2014, se ordenó oficiar a la accionada a fin de tener más elementos de convicción para estudiar la caducidad de la acción (fls. 54 – 55), siendo finalmente admitida el día 16 de diciembre de 2014 (fl. 71).

Con proveído del 28 de abril de 2015, el Juzgado Sexto Administrativo de Tunja, avocó nuevamente el conocimiento del proceso, en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PSAA14-10277 del 19 de diciembre de 2014 y CSJBA15-418 del 13 de enero de 2015, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare (fl. 72), ordenando la notificación del proceso con auto del 08 de febrero de 2016 (fl. 76), y fijándose en lista desde el 18 de febrero hasta el 2 de marzo de 2016 (fl. 78).

Mediante auto del 13 de julio de 2016, se declaró la nulidad de todo lo actuado desde la fijación en lista, inclusive, como se observa a folios 105 a 108, haciéndose nuevamente esta última desde el 17 de agosto y hasta el 30 de agosto de 2016 (fl. 109), abriéndose el proceso a pruebas con proveído del 23 de noviembre de 2016 (fls. 111 – 115).

El día 13 de diciembre de 2016 se llevó a cabo diligencia de recepción de testimonios, siendo suspendida la misma y reanudada el día 25 de enero de 2017 (fls. 122 – 123 y 127 - 128). Con auto del 3 de febrero de 2017, se ordenó requerir a las partes (fl. 134). Posteriormente, el 13 de marzo de 2017 se puso a disposición de las partes el expediente a efectos que se pronunciaran sobre las pruebas obrantes (fl. 147), seguidamente, el 3 de mayo de 2017 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 152).

## **2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 80 - 94).**

### **2.1.1. Superintendencia Nacional de Salud**

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, el apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la entidad accionada carece de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no existió falla alguna en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre ESMAS SALUD ESS Liquidada, que no tiene función de adelantar el proceso de liquidación de sus vigilados, ni coadministró, ni fue superior jerárquico, o tuvo relación contractual o laboral alguna con el Agente Especial Liquidador de Esmas Salud ESS, que por tal razón no le puede ser endilgada responsabilidad alguna de conformidad con las normas que regulan la materia. Señala el apoderado la competencia y las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud aduciendo que es un ente eminentemente Técnico-Administrativo, que se encarga de inspeccionar, vigilar y controlar el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud para llegar a la consecución de los fines del Estado.

Afirma que dentro de las competencias otorgadas a la entidad se encuentra la de intervenir a los diferentes actores que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando los mismos se encuentren en una situación crítica o irregular de tipo jurídica, financiera, económica, técnica o científico – administrativa, con el fin de conjurar y evitar desequilibrios que afecten al sistema. Que con base en lo anterior, se ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar a la Sociedad Solidaria de Salud ESMAS SALUD ESS EPS, nombrando para el efecto un agente liquidador de la lista de auxiliares de la justicia confeccionada para tal fin, el cual fue el encargado de ejecutar la medida ordenada, precisando que dichas actuaciones se realizaron en torno a los preceptos constitucionales previstos en los artículos 48, 49 y 365, como en los artículos 230 y 233 de Ley 100 de 1993, el Decreto 788 de 1998, el artículo 22 de la Ley 510 de 1999, el

artículo 68 de la Ley 715 de 2001, 6º del Decreto 506 de 2005, La Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, a través de los cuales se otorga la facultad de tomar posesión de las entidades vigiladas que cumplen funciones de entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de salud de cualquier naturaleza con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y/o los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Indica que el agente liquidador designado tiene la condición de auxiliar de la justicia, de conformidad con lo previsto en el numeral 6º del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual es autónomo y desarrolla su actividad bajo su inmediata responsabilidad según el numeral 6 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Agrega el apoderado que la Superintendencia Nacional de Salud en ningún caso suscribe o celebra contrato alguno con el agente especial liquidador, sino que solamente realiza su designación mediante un acto administrativo, que en este sentido dicho Agente Liquidador como representante legal de la entidad intervenida, en su condición de auxiliar de la justicia y que en consecuencia su designación y desempeño no constituyen ni establecen relación laboral, contractual o de subordinación entre el designado y la Superintendencia Nacional de Salud.

Señala que no existieron fallas en el desarrollo del proceso liquidatario adelantado por BANCA Y GESTIÓN S.A., o que las mismas no se encuentran probadas, pues la razón por la cual no se constituyó el rubro de sentencias judiciales fue porque los recursos obtenidos al hacer efectivos los activos de la Sociedad Solidaria de Salud ESMAS SALUD ESS EPS no fueron suficientes para la atención de la totalidad de las acreencias presentadas, razón por la cual se realizaron pagos en estricta observancia de la prelación legal, sin que fuera posible destinar recursos para cubrir posibles condenas.

## **2.2. Pruebas**

- Copia de la sentencia de fecha 12 de junio de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja (fls. 7 - 19).
- Acta de conciliación extrajudicial No. 2010 – 0212 (fls.20 - 22).
- Copia del Oficio No. 2-2013-079556, por medio del cual la Superintendencia Nacional de Salud indica el correo electrónico para recibir notificaciones judiciales (fls. 49).
- Copia de la Resolución No. 253 del 31 de mayo de 2005, *"Por medio de la cual se declara la terminación de la existencia legal de la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES*

*MÁS SALUD - ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD EN LIQUIDACIÓN*" (fl. 51 – 53).

- Copia de la Resolución No. 1052 del 01 de junio de 2001, "*Por la cual se ordena la toma de posesión para liquidar la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD - ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD EN LIQUIDACIÓN, y se dictan otras disposiciones*" (fl. 61 a 67 y 141 a 143).
- Copia de la Resolución No. 1053 del 01 de junio de 2001, "Por la cual se designa liquidador de la *EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD - ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD EN LIQUIDACIÓN*" (fls. 68 - 70).
- Expediente correspondiente al proceso No. 2003-0218, adelantado por FELIX JOSE ESTUPIÑAN contra la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD EN LIQUIDACIÓN, remitido en calidad de préstamo por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja (fls. 111 y Cuaderno Anexo).
- Informe remitido por la Superintendencia Nacional de Salud, sobre si el señor FELIX JOSE ESTUPIÑAN efectuó algún trámite con el fin de que se le efectuara el pago ordenado en la sentencia judicial proferida en el proceso 2003-0218 (fl. 126).
- Copia de la Resolución No. 0481 del 26 de marzo de 2001, "*Por medio de la cual se revoca la autorización para administrar y operar el régimen subsidiado a la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD EN LIQUIDACIÓN*" (fl. 138).
- Copia de la Resolución No. 1882 del 18 de septiembre de 2001, "*Por medio de la cual se resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución Número 1052 del 01 de junio del año 2001 por medio de la cual se ordena la toma de posesión para liquidar la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD*" (fls. 144 – 146).

### **2.3. Alegatos de conclusión**

#### **2.3.1. Alegatos de la parte demandante**

Transcurrido el término de traslado para alegar de conclusión observa el Despacho que la parte demandante guardó silencio.

### **2.3.2. Alegatos de la parte demandada**

Manifiesta el apoderado que la Superintendencia Nacional de Salud es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que de conformidad con el artículo 39 literal c de la Ley 1122 de 2007, tiene como objeto vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo, ejerciendo principalmente las funciones de inspección, vigilancia y control, señalando que estas no comprenden la coadministración con las EPS o la prestación del servicio de salud, menos aún la participación en el proceso liquidatorio, ya que se reitera que para tal procedimiento se nombra un liquidador.

Afirma que el Agente Especial Liquidador es una persona natural o jurídica, que no tiene ninguna relación laboral, contractual o de subordinación con la Superintendencia Nacional de Salud; que es un auxiliar de la justicia por expresa disposición legal, que cumple con sus funciones de manera independiente y autónoma, el cual asume directamente la responsabilidad por su labor y las resultados del proceso de liquidación. Para el efecto cita la Sentencia del Consejo de Estado con radicado No. 2004-00169 de julio de 2016, así como los artículos 1º del Decreto 788 de 1998, 32 del Decreto 1922 de 1994, 116 del Decreto-Ley 663 de 1993, 1º de los Decretos 1015 y del Decreto 3023 de 2002, que reglamentaron los artículos 230 de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 715 de 2001, además de las disposiciones relativas a la administración o liquidación de las entidades vigiladas por la Superintendencia, como lo son la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999, entre otras.

Manifiesta que la Superintendencia Nacional de Salud cumplió con sus funciones a cabalidad, toda vez que ordenó la liquidación forzosa de la entidad ESMAS SALUD ESS EPS, nombrando como agente liquidador a BANCA Y GESTIÓN LTDA., por lo que no se puede endilgar responsabilidad alguna, prueba de ello es que actuó en cumplimiento de sus funciones al verificar la constante inobservancia de las normas sobre financiamiento y calidad de la prestación del servicio de salud por parte de ESMAS SALUD ESS EPS, por lo que ordenó la liquidación de la entidad con la finalidad de salvaguardar los derechos de los afiliados, proveedores y garantizar la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente afirma que es claro que la responsabilidad sobre el procedimiento de liquidación recae en el agente especial liquidador y no en la Superintendencia Nacional de Salud, siendo esta un tercero ajeno al proceso del cual no se probó ninguna responsabilidad, por lo cual solicita se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 153 – 156).

### **2.3.3. Concepto del Ministerio Público**

No hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

## **III. CONSIDERACIONES**

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

### **3.1. Problema Jurídico**

Se centra en establecer la presunta falla o falta del servicio por parte de la Superintendencia Nacional de Salud al ordenar la liquidación de la EPS ES MAS SALUD por parte de la empresa Banca y Gestión sin que esta última dejara el rubro necesario para el pago de las condenas resultantes de sentencias judiciales. En caso afirmativo, determinar si es procedente el pago de tales providencias con cargo a la entidad demandada.

### **3.2. De las excepciones previas propuestas**

Previo a resolver el fondo del asunto el Despacho considera necesario estudiar la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad demandada, que de prosperar enervaría la acción impetrada por el demandante.

Sobre el particular es del caso tener en cuenta que la causa por pasiva para ser parte dentro de un proceso, se encuentra dividida en dos clases que deben ser claramente diferenciadas. De esta manera, tenemos una legitimación por pasiva denominada de hecho y otra, denominada legitimación por pasiva material, la primera se refiere a la potencialidad del demandado para ser parte dentro del proceso constituyéndose en un

requisito de procedibilidad de la demanda, por consiguiente, ésta es sobre la que el Despacho se manifestara.

Lo anterior obedece, a que la legitimación por pasiva material, va íntimamente ligada como requisito de procedibilidad ya no de la demanda sino de las pretensiones, debiéndose por tanto esta última, resolverse con el fondo del asunto, es decir al momento de proferir la sentencia, al respecto se puede ver la sentencia de Consejo de Estado de fecha 30 de enero de 2013, Radicación No.: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610), Actor: SOCIEDAD RESERVA PUBLICITARIA LTDA, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH<sup>1</sup>.

En este orden de ideas, corresponde al Despacho decidir en primer lugar, si la **Superintendencia Nacional de Salud**, actualmente se encuentra cumpliendo los requisitos para ser parte accionada dentro del presente proceso, y por ende, dentro de las previsiones de la legitimación en la causa por pasiva de hecho.

Manifiesta el apoderado que el agente liquidador de Esmas Salud ESS EPS actuó con total autonomía frente a la Superintendencia Nacional de Salud y asumió la totalidad de las funciones administrativas del ente económico, que por tal razón es responsable frente a terceros por los perjuicios causados en el cumplimiento de sus deberes.

Sobre lo anterior, cabe resaltar que la Superintendencia Nacional de Salud como organismo adscrito al Ministerio de Salud se instituye como autoridad técnica con el objeto de ejercer la inspección, vigilancia y control frente a la prestación de los servicios de salud de conformidad con lo dispuesto en el Decreto – Ley 1472 de 1990., con funciones de carácter interventor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 788 de 1998, que dispuso que la intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud cualquiera que fuera su naturaleza jurídica se ejercerían por la Superintendencia Nacional de Salud<sup>2</sup>, ello en el marco de las funciones asignadas a dicha entidad, precisadas a través de la Ley 1122 de 2007, en su artículo 35, como se pasa a ver:

---

<sup>1</sup>“(…) En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.

18. Para el caso sub lite, resulta claro que el tribunal erró al pronunciarse respecto de la legitimación en la causa por pasiva de los 9 departamentos demandados. En efecto, en lugar de hacer un análisis sobre la capacidad de aquellos para defenderse dentro del proceso -esto es, estudiar la legitimación de hecho de las demandadas-, se extralimitó al determinar que no había una conexión material de los departamentos con los hechos que dan origen a los pretensiones -es decir, se pronunció respecto de la legitimación material de las partes-.

19. En ese sentido, encuentra la Sala que una decisión de tal raigambre sólo puede ser alcanzada al momento de proferir la decisión de fondo del asunto, en razón de que debe dársele a la parte demandante la posibilidad de aportar el material probatorio que de fe de la conexión del demandado con los hechos. (...)”.

<sup>2</sup> Decreto 788 de 1998, artículo 1º.

*“Artículo 35. Definiciones. Para efectos del presente capítulo de la ley, se adoptan las siguientes definiciones:*

*A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.*

*Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.*

*B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.*

***C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.*** (Negrilla y subraya fuera del texto).

Así las cosas, dentro del control ejercido por la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra lo pertinente al proceso de intervención para liquidar las EPS y las IPS, como lo estableció el artículo 31 del Decreto 1922 de 1994, que reza:

**“ARTICULO 31. INTERVENCION PARA LIQUIDAR.** <NOTA DE VIGENCIA: El artículo 1o. del Decreto 788 de 1998, publicado en el Diario Oficial No. 43.290 del 4 de mayo de 1998, dispone que la intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las EPS e IPS debe ser ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud.> **El Ministerio de Salud o la autoridad en quien éste delegue podrá intervenir o tomar posesión de una entidad promotora de salud para liquidarla cuando se haya revocado la autorización para funcionar o haya incurrido en una causal de liquidación de conformidad con sus estatutos o con su régimen legal.**” (Negrilla fuera del texto).

Así, para darle cumplimiento a lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud aplicaría lo dispuesto en el Decreto – Ley 663 de 1993 artículo 116, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 entre otras, en los procesos de intervención forzosa administrativa, para la administración o liquidación de las EPS y las IPS de cualquier naturaleza, lo que conlleva entre otras actuaciones a la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida, así como de su revisor fiscal y la designación de un agente liquidador.

El seguimiento a la actividad relacionada con el agente liquidador se fijó a cargo de la Superintendencia correspondiente, de conformidad con lo expuesto en el Decreto 663 de 1993, como se sigue:

## **“ARTICULO 296. INTERVENCION DEL FONDO DE GARANTIAS EN EL PROCESO DE LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA.**

**1. Atribuciones generales.** *En los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria [Superintendencia Nacional de Salud], corresponderá al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras [Superintendencia Nacional de Salud]:*

*a. Designar, remover discrecionalmente y dar posesión a quienes deban desempeñar las funciones de liquidador y contralor y fijar sus honorarios. Para el efecto podrá establecer sistemas de regulación e incentivos en función de la eficacia y duración de la gestión del liquidador;*

*b. Llevar a cabo el seguimiento de la actividad de los liquidadores tanto en las instituciones financieras objeto de liquidación forzosa administrativa dispuesta por la Superintendencia Bancaria [Superintendencia Nacional de Salud], como en la liquidación de instituciones financieras que se desarrollen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación. Para el desarrollo de la función aquí señalada el Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] observará las normas que regulan tales procesos.*

*c. Emitir concepto previo a la selección de quienes han de realizar el avalúo de los activos;*

*d. Objetar e impugnar en vía gubernativa o judicialmente los actos del liquidador de los que puedan derivarse obligaciones a cargo del Fondo por concepto del seguro de depósitos. En el evento en que el Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] impugne determinados créditos, se suspenderá el seguro de depósitos correspondiente mientras se decide la impugnación administrativa o judicial, mediante providencia ejecutoriada.*

**2. Seguimiento a la actividad del liquidador.** *Para efectos del seguimiento de la actividad de los liquidadores el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras [Superintendencia Nacional de Salud] tendrá, en cualquier tiempo, acceso a los libros y papeles de la entidad y a los documentos y actuaciones de la liquidación, sin que le sea oponible reserva alguna, con el objeto de examinar la gestión y eficacia de la actividad del liquidador, sin perjuicio de la facultad de removerlo libremente.*

*Para llevar a cabo el seguimiento previsto en este numeral, el Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] podrá cuando lo considere necesario contar con la asistencia de entidades especializadas.”*

En atención a lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 1052 del 01 de junio de 2001 ordenó la toma de posesión para liquidar la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD, de conformidad con el Decreto 1922 de 1994 y en concordancia con el Decreto 788 de 1998, aplicando el procedimiento previsto en el artículo 116 Decreto 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994, revocando así la aprobación para administrar los recursos del régimen subsidiado a la ESS ES MAS SALUD EPS mediante la Resolución No. 0481 del 26 de marzo de 2001, como se observa a folio 62 del expediente.

De conformidad con lo expuesto se observa que la Superintendencia no solo se encarga de la toma de posesión para liquidar las EPS y las ISS, de la designación del agente liquidador sino que también está a su cargo el control sobre el proceso de liquidación que

se lleve a cabo. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencia del 2 de junio de 2016<sup>3</sup>, no pudiendo predicarse en el presente asunto una falta de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud en la medida en que, como se señaló antes, la entidad tiene la función de controlar las actuaciones que se dan en el proceso liquidatorio de las entidades prestadoras de servicios de salud, aunado al hecho que los actos producto del desarrollo del mismo tienen el carácter de enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

En consecuencia, el Despacho entrará a pronunciarse de fondo, en aras de resolver el problema jurídico planteado, para lo cual estudiara el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado Colombiano.

### **3.3. Régimen jurídico de responsabilidad**

Al respecto, podemos manifestar que el fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, encuentra su génesis en primer término en el artículo 90 de nuestra Constitución Política, y en segundo lugar, en el Decreto 01 de 1984 - Código de Procedimiento Administrativo, que en su artículo 86 previó la acción de reparación directa, la cual se constituye en el medio idóneo para que los ciudadanos puedan reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y del Estado colombiano, la indemnización de los daños y perjuicios por ellos sufridos como consecuencia de un daño antijurídico, el cual puede ser producto entre otras, de un hecho, una omisión, una operación administrativa o, una ocupación temporal o permanente de un inmueble, veamos en detalle, como de manera taxativa las normas citadas consagran tal responsabilidad:

*“Constitución Política de Colombia 1991.- Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”  
(Subrayas y negrilla fuera de texto)*

*“Decreto 01 de 1984.- Artículo 86. Acción de reparación directa. [Modificado por el art. 16, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 31, Ley 446 de 1998] La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una*

<sup>3</sup> Providencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. CP. Dr. Guillermo Vargas Ayala, radicado No. 25000-23-41-000-2015-00723-01, del 2 de junio de 2016.

**omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.**

*Las Entidades Públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex -servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de la otra Entidad Pública.” (Subrayas y negrilla fuera de texto)*

Conforme a la normatividad traída a colación, podemos concluir que siempre que se cause un daño que pueda ser imputado al Estado colombiano, éste último debe responder patrimonialmente; no obstante y como se vio claramente, no se trata de cualquier clase de daño, en tanto éste debe ser enmarcado como *antijurídico*; situación anterior que lleva a esta instancia a analizar en este punto, lo que se debe entender por éste- *daño antijurídico*-, dado que como se vio, solo éstos- *los daños antijurídicos*- son los que dan lugar a la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, para estos efectos el Despacho considera pertinente citar la sentencia emanada de la Corte Constitucional bajo el número C-043 de 2004 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra en la cual de manera clara y acertada se explica el matiz bajo estudio, veamos:

*“(...)El daño antijurídico no es, entonces, aquel que proviene exclusivamente de una actividad ilícita del Estado, y así ha sido entendido reiteradamente por el Consejo de Estado que ha definido el concepto como **"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar"**, por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo"; de donde concluye esa Corporación que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"<sup>4</sup>.*

(...)

*Obviamente, el nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que **no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico**, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.<sup>5</sup>*

*9. La doctrina ha contribuido a la labor jurisprudencial, aportando definiciones de daño y precisando los elementos necesarios para que pueda hablarse de la obligación estatal de resarcirlo. En primer lugar los tratadistas han puesto especial énfasis en mostrar que el daño es el elemento sine qua non de la responsabilidad estatal. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues, además de su existencia, es preciso que sea atribuible al Estado y que éste tenga la obligación de reparación. Ha dicho entonces la doctrina que **el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y***

<sup>4</sup> Cita de la Corte Constitucional (Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993.)

<sup>5</sup> Cita de la Corte Constitucional (En la Sentencia C-333 de 1996 la Corte declaró la exequibilidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993, que preceptúa que "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas..." La expresión subrayada había sido demandada por que a juicio de la actora consagraba una responsabilidad contractual del Estado que dependía de la legitimidad de la conducta que el agente del Estado desplegara y no de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado. La expresión acusada fue declarada constitucional condicionadamente a que se entendiera que no excluía la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual, es decir la responsabilidad objetiva por el daño antijurídico).

(iii) debe ser antijurídico; no es antijurídico aquel daño que, en virtud de las normas legales, deba ser soportado por quien lo padece. (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto.).

En síntesis, encuentra el Despacho que son necesarios tres requisitos a fin de que el estado pueda ser declarado responsable extracontractualmente, siendo estos: **(i) La existencia de un hecho o hechos, (ii) La existencia de un daño, que pueda ser catalogado como antijurídico, es decir, que el sujeto que los padece no se encuentre en la obligación ni en el deber jurídico de soportar el respectivo perjuicio ocasionado y, (iii) Que los daños causados puedan ser imputados a la administración, para lo cual se debe acreditar la existencia de un nexo de causalidad.**

### **3.3.1. Títulos de imputación aplicables en la responsabilidad extracontractual del Estado**

A manera resumida puede definirse el título de imputación, como la clase de la causa o del origen en la ocurrencia de un daño antijurídico.

Sobre este aspecto, podemos manifestar que a fin de establecer la existencia de un daño antijurídico, así como la imputabilidad del mismo a la administración, corresponde al respectivo fallador, determinar tanto el régimen de responsabilidad como el título de imputación que se debe aplicar al caso concreto.

Bajo este orden de ideas, debe ponerse de presente que dos son los regímenes de responsabilidad que a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado se han estructurado, siendo estos, un régimen objetivo y un régimen subjetivo.

Entre tanto los títulos de imputación corresponden a los denominados y estructurados también desde la jurisprudencia del Consejo de Estado bajo la: **“falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional.”**<sup>6</sup>

En consecuencia, el régimen de responsabilidad para analizar el caso *sub lite*, es el subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio caracterizado por la coexistencia

<sup>6</sup> CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., trece (13) de Abril de dos mil once (2011), Radicación número: 76001-23-24-000-1997-03977-01(20480)

de una falla o falta en la prestación del servicio, un daño antijurídico y un nexo causal entre el daño y la conducta de la administración.

La falla o falta del servicio tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos, como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, sin embargo, para que de allí se genere responsabilidad se hace necesario acreditar entre otras cosas, el incumplimiento deficiente o cumplimiento de deberes normativos, la omisión o inactividad de la administración pública o el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración<sup>7</sup>.

Frente a dicho régimen de responsabilidad el Consejo de Estado ha sido pacífico en señalar que es por excelencia el título de imputación para desatar el deber indemnizatorio por parte del Estado, el cual se presenta por falla del servicio o falta en la prestación del mismo, y se configura por retardo, irregularidad, deficiencia, omisión y ausencia del mismo. Precisó la Alta Corporación<sup>8</sup>:

*La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual<sup>9</sup>.*

*También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”<sup>10</sup>, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo<sup>11</sup>.*

*Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.*

*Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa*

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de enero de 2015. C.P. Dr. Jalme Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 05001233100020020348701 (32912).

<sup>8</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección A. sentencia del 7 de abril de 2011. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750) actor: Alicia Margoth Montilla y Otros. demandado: Municipio de San Lorenzo y Otro. Referencia: Reparación directa.

<sup>9</sup> Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

<sup>10</sup> Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

<sup>11</sup> Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

*tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía<sup>12</sup>.*

Así mismo, la jurisprudencia ha reiterado que cuando se indilga a la administración una omisión por el incumplimiento de las funciones que tiene a su cargo, el título de imputación aplicable es la falla en el servicio, caso en el cual se debe efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. Tal y como lo señalado Órgano Vértice<sup>13</sup>.

Ahora bien, observa el despacho que se plantea, en este caso, el tema de la responsabilidad de la administración por omisión, concretamente en relación con el cumplimiento de su obligación de supervisar a los particulares en el ejercicio de determinadas actividades, en desarrollo de las cuales pueden causar perjuicios a otras personas.

Este tema ha sido tratado por los profesores españoles Rafael Entrena Cuesta y Mariano Magide Herrero<sup>14</sup>, quienes han formulado algunas observaciones que, el Consejo de Estado ha considerado pertinentes para el análisis de este tipo de casos, y que ha resumido como se presenta a continuación.<sup>15</sup>

Se ocupa Entrena Cuesta de distinguir entre la inactividad material y la inactividad formal de la administración, explicando que la primera alude a un no hacer de ésta, en el marco de sus competencias ordinarias, mientras que la segunda se refiere a la pasividad de la administración, dentro de un procedimiento, a la no contestación de una petición a los particulares. Aplicando principios propios de la doctrina penal, que considera útiles, expresa que, como ocurre con los tipos de omisión pura, en los eventos de inactividad formal basta con el incumplimiento de la obligación de dictar una resolución dentro de los

<sup>12</sup> Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

<sup>13</sup> Véase por ejemplo. **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de **16 de abril de 2007**, Expediente: 25000-23-25-000-2002-00025-02(Ag) Actor: Jorge Bernal Mazabel y Otros, Demandado: Superintendencia Bancaria y Fogafin Referencia: Acción de Grupo.

<sup>14</sup> Ver ensayos titulados *Responsabilidad e Inactividad de la administración y El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la administración; especial referencia a la responsabilidad de la administración en su actividad de supervisión de sectores económicos*, respectivamente, publicados en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Valladolid, 16 a 18 de octubre de 1997. Marcial Pons editores, bajo la coordinación de J. Luis Martínez López-Muñiz y Antonio Lalonge Velásquez, 1999, p. 357 a 397.

<sup>15</sup> Ver sentencia del 29 de enero de 2004, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00814-01(18273).

plazos previstos, para que exista responsabilidad, y cuando se trata de inactividad material, como sucede con los tipos de comisión por omisión, se requiere además la no evitación de un resultado. En este último caso se exige, entonces, que la administración se encuentre en posición de garante, que se haya producido un resultado lesivo y que existiera la posibilidad de evitarlo, mediante la conducta omitida, lo que supone una concepción diferente de la relación de causalidad. Sobre este punto, precisa el autor:

*“Como en el caso de la comisión por omisión, lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios. Por lo que para que exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la omisión y el daño, sino que basta que la Administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante”.*

Por su parte el profesor Mariano Magide Herrero, se refiere a la responsabilidad de la Administración por hechos de terceros que actúan en un ámbito sometido de alguna manera al control o vigilancia de la administración, y agrega que, en estos casos, la responsabilidad proviene de la actuación de un sujeto -cuya conducta constituye la causa directa e inmediata del daño- que la administración no ha alcanzado a atajar, de modo que existirá siempre un concurso causal.

Considera Magide Herrero que existe, entonces, una relación entre la denominada responsabilidad “in vigilando” y la responsabilidad por inactividad de la administración, en la medida en que la primera puede reconducirse a la segunda, y explica:

*“...puede afirmarse que cuando se considera responsable a la Administración por no haber impedido la realización de un evento dañoso, se está haciendo responsable a la Administración por una omisión: la de aquella conducta que habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión...”.*

Y recurriendo también a la doctrina penal, expresa:

*“Si lo normal es que la causalidad preceda a la imputación, los penalistas reconocen la posibilidad de una imputación sin causalidad en el supuesto de los delitos de comisión por omisión (delitos impropios de omisión), que presentan un interesante paralelismo con los casos de culpa in vigilando, pues son precisamente aquellos que se cometen mediante la omisión de una conducta debida. Los penalistas no consideran que una omisión pueda ser causa eficiente de un hecho, ex nihilo nihil fit, de modo que en el caso de los delitos de comisión por omisión ésta no es en puridad la causa material del daño, aunque quepa imputárselo objetivamente de acuerdo con criterios normativos.*

*No creo que esta referencia a la doctrina penalista sea ni mucho menos una digresión injustificada... Cabe preguntarse si en los casos de responsabilidad por culpa in vigilando existe, en rigor, y desde el punto de vista ontológico, un nexo causal entre la omisión de la actividad administrativa que habría podido impedir el daño y éste último. Puede afirmarse que no. Por emplear ejemplos extraídos de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: la causa de que un recluso muera apuñalado en una cárcel no es propiamente la deficiente vigilancia de los funcionarios de prisiones, sino la acción de su asesino. Como no es la escasa vigilancia en un centro de*

*internamiento de deficientes mentales la causa de que uno de ellos se fugue y muera atropellado. Otra cosa es que, de acuerdo con criterios normativos, y no estrictamente ontológicos, el daño merezca ser imputado a la Administración”.*

Refiriéndose, luego, concretamente, a la responsabilidad “*in vigilando*” de la administración en el ejercicio de su actividad de supervisión de ciertos sectores económicos y especialmente del sistema crediticio, indica que aquélla podría surgir, en relación con los daños que los sujetos sometidos a intervención causen a los demás administrados que entran en contacto con ellos, como ocurriría, por ejemplo, en el caso en que los accionistas y depositantes de una entidad bancaria sufrieran perjuicios como consecuencia de una crisis de ésta que se hubiera podido evitar con una adecuada supervisión. Aclara el autor que el Tribunal Supremo español no ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso como el planteado, y cita una sentencia dictada el 25 de abril de 1988 (Ar. 3203), en el que se rechazó la pretensión de indemnización de los inversores perjudicados por la suspensión de pagos de las empresas de un grupo económico, sustentada en la confianza que, según los demandantes, se derivaba del hecho de que la publicidad realizada por el mismo grupo estuviera sometida a la autorización de la administración. El rechazo de la pretensión se fundó en dos argumentos; el primero, de carácter normativo, y el segundo referido a la inexistencia de nexo causal entre la confianza que podía generar la previsión de autorización y la decisión de invertir. Se explicó éste último precisando que la causa del daño fue la actuación de los gestores del grupo empresarial y la decisión de invertir de los damnificados, de manera que “pretender ligar causalmente la decisión de invertir con la confianza en la existencia de un respaldo administrativo de la legalidad de la actuación de las empresas objeto de la publicidad resulta terminantemente excesivo”.

Sin duda, como lo advierte el autor citado, no es este caso un precedente serio en el tema que lo ocupa, en la medida en que no se refiere directamente al mismo; sin embargo, resulta interesante la crítica que plantea frente al argumento relativo a la inexistencia de causalidad, que el profesor Magide considera impropio, en la medida en que se trata realmente de una cuestión de imputación. Al respecto, explica:

*“...la verdad es que la confianza generada por los controles administrativos es una buena razón para la imputación de responsabilidad in vigilando a la Administración, y si en aquel caso el Supremo estimó que el sometimiento a autorización de la publicidad no era suficiente para crear una confianza en la solvencia de las empresas, que podría estar en la base de una ulterior imputación de responsabilidad, sería totalmente injustificado que mantuviese el mismo criterio en relación con la abundante regulación que establece las condiciones mínimas de solvencia, y las numerosas potestades administrativas destinadas a asegurar el cumplimiento de dichas normas, en sectores como el de los seguros o el de las entidades de crédito”.*

Posteriormente, afirma, de manera general, que debe descartarse que el ente supervisor esté obligado a responder de cualquier daño causado por los sujetos supervisados a quienes tienen relaciones económicas con ellos, puesto que la función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino asegurar el cumplimiento de las normas del sector, e indica que, en ese sentido, quien sufre pérdidas como consecuencia del juego del mercado dentro de los límites de la legalidad tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Precisa, finalmente, el profesor Magide:

*“...en un campo como el de las entidades de crédito, en el que la gestión se desarrolla fuera del control de la gran mayoría de pequeños y mediatos accionistas, parece defendible que la Administración supervisora responda (sic) por los daños que hayan podido verse favorecidos por su negligente actuación, siempre que una hipotética culpa de los propios accionistas no bloquee la relación de imputación...”.*

Resultan, sin duda, ilustrativas las observaciones de los dos autores citados. Buscando su coherencia dentro del sistema jurídico colombiano, debe advertirse que, tratándose de la responsabilidad por omisión, establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad, aplicando para el primer caso, obviamente, la teoría de la causalidad adecuada. En ese sentido, el problema radicaría en establecer, por una parte, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal. Y el análisis de la imputación, por otra parte, se referirá a la existencia del deber de interponerse, actuando, situación en la que la obligación de indemnizar surgirá del incumplimiento, como comportamiento ilícito.

Debe precisarse también que, conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado; así, no parece necesario recurrir al análisis de la “virtualidad causal de la acción”, propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño.

No puede perderse de vista, además, que, en las situaciones mencionadas, podría presentarse el fenómeno de la concausalidad, como lo observa el profesor Magide

Herrero, y que, en todo caso, la responsabilidad de la administración no surge, en realidad, por el hecho ajeno, sino por el propio, de modo que no se desconoce el carácter directo de la responsabilidad estatal. Es ésta, precisamente, la diferencia que existe, en el derecho colombiano, entre la responsabilidad indirecta de las personas naturales por culpa “*in eligendo*” o culpa “*in vigilando*”, prevista en el Código Civil, y la responsabilidad directa de las personas jurídicas, entre ellas las de carácter estatal, por la falta de vigilancia o control de un tercero, quien también podrá ser llamado a responder ante la víctima. La obligación de indemnizar surge, en este último caso, porque la actuación del tercero no le es ajena a la entidad demandada y no constituye, por lo tanto, una causa extraña que permita su exoneración.

Así las cosas, para imputar responsabilidad a una entidad del estado, bajo el título de imputación de falla del servicio, a parte de esta, deberán probarse el daño y el nexo causal entre la falla y el daño. Habiéndose analizado el alcance de la falla del servicio, como elemento y como principal causal de responsabilidad del estado, resulta necesario analizar el daño y el nexo causal, como se presenta de manera sucinta a continuación.

### 3.3.2. El daño

Este presupuesto de la responsabilidad, es el que resulta indemnizable una vez se encuentre demostrado, y su alcance ha sido definido por el Consejo de Estado, de la siguiente manera<sup>16</sup>:

*En el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él - en tanto afecta a la víctima - se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.” Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de “causales de justificación.” Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.” Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc), constituye una constante, razón por la cual, al*

<sup>16</sup> Sentencia del 27 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número. 10867.

*tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.*

### **3.4. El nexa causal**

Este elemento de la responsabilidad, se concibe como la relación determinante e imprescindible entre la causa del daño y el daño demostrado. La Jurisprudencia y la doctrina han señalado que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable a consecuencia de su acción u omisión, resulta necesario definir si tal daño resulta unido a su conducta, a través de una relación causa-efecto. De no acreditarse esta relación no es posible endilgar responsabilidad.

A lo anterior debe agregarse que es necesario, que la conducta de la entidad pública sea la causa del daño que sufra el afectado, por lo cual, la administración se exonerará cuando el demandante no logre demostrar este elemento, o cuando se demuestre que el daño se produjo por una causa extraña o ajena, como cuando existe fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero, o la culpa exclusiva de la víctima.

### **4. Caso concreto**

El apoderado de la parte actora solicita se declare a la Superintendencia Nacional de Salud administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor Félix José Estupiñan, por falla o falta del servicio al ordenar la liquidación de la empresa ES MAS SALUD y al liquidarla erróneamente, aduciendo que la empresa BANCA Y GESTIÓN encargada de tal procedimiento no dejó un rubro para el pago de sentencias judiciales. En consecuencia, solicita se condene a la entidad al pago de las sumas ordenadas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, mediante providencia del 12 de junio de 2008.

Como fundamento de sus pretensiones, aduce que en sentencia del 12 de junio de 2008, el Tribunal Superior de Tunja le ordenó a la EMPRESA DE SALUD ES MAS SALUD pagar los derechos laborales y prestacionales ocasionados como resultado de la declaratoria de existencia de contrato realidad entre la referida empresa y el accionante.

Señala que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la liquidación de la EPS ESMAS SALUD; que el 14 de abril de 2010 el accionante se acercó a las oficinas de BANCA Y GESTIÓN a efectos de obtener el pago de lo ordenado por el Tribunal Superior de Tunja. No obstante, se le informó que había finalizado el proceso de liquidación de la empresa.

Así las cosas, fundamenta la falta o falla del servicio en que la administración ordenó la liquidación de la empresa ES MAS SALUD, que tal procedimiento se realizó erróneamente, pues no se dejó un rubro para pagar sentencias judiciales, dentro de la cual se encuentra la referida providencia del 12 de junio de 2008 a favor del actor.

Por su parte, la entidad demandada formuló excepciones de fondo, las que denominó como: "*INEXISTENCIA DE FALLA ADMINISTRATIVA IMPUTABLE A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL – HECHO DE UN TERCERO* e *INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO CAUSADO AL DEMANDANTE*, y estas serán resueltas con el fondo del asunto, habida cuenta de su estrecha relación con los elementos del título de imputación del caso bajo estudio.

De lo expuesto se tiene que el daño alegado por el accionante se genera por el no pago de la condena impuesta a su favor por el Tribunal Superior de Tunja, pues señala el mismo que la empresa Banca y Gestión nombrada para liquidar a la Empresa Solidaria de Salud (ESS) ES MAS SALUD no dispuso de un rubro para el pago de la sentencia en la que se le reconoció el pago de acreencias laborales aduciendo que se liquidó la entidad prestadora del servicio de salud erróneamente, por lo cual el Despacho entrará a analizar en primer lugar la configuración de dicho daño y su antijuridicidad, el rol de la demandada dentro del proceso de liquidación y el vínculo o nexo causal entre ésta y el supuesto daño ocasionado. Sin embargo, previo a lo anterior, resulta necesario analizar a) La toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa, b) Principios, reglas y etapas legales de la liquidación forzosa administrativa. c) Desarrollo del proceso de liquidación forzosa de ES MAS SALUD, d) Las funciones y responsabilidades de la Superintendencia Nacional de Salud frente al proceso de liquidación forzosa administrativa de las empresas que vigila, y e) La responsabilidad del Estado por falla del servicio en los procesos de liquidación forzosa administrativa aplicada al caso concreto.

#### **4.1. La toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa - Aspectos Generales**

Es un principio del Estado Social de Derecho la intervención de éste en la economía, tal como lo ordena el artículo 334 Superior<sup>17</sup>, y como corolario de este postulado constitucional -y por disposición expresa del artículo 335 de la misma Constitución- el que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación se consideren de interés público y sólo puedan ser ejercidas previa autorización del Estado, de conformidad con la ley, la cual regula la forma de intervención del gobierno en estas materias.

Entre tanto, los derechos a la salud y a la seguridad social hacen parte de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991<sup>18</sup>, a su vez estos tienen el carácter de servicios públicos a cargo del Estado y bajo su dirección, coordinación, y control.

De esta forma, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, "*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", en cuyo preámbulo consagró que la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

El párrafo 2º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, dispuso que la Superintendencia Nacional de Salud, ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Por su parte el artículo 1º del Decreto 788 de 1998 confirió a la Superintendencia Nacional de Salud, las funciones de intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre

---

<sup>17</sup> "ART. 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. "El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos." "También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

<sup>18</sup> Artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia.

las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Así pues, compete a la Superintendencia de Salud, entre otras, ejercer las funciones de control y vigilancia y de prevención y sanción respecto a las entidades bajo la órbita de su intervención dedicadas a la promoción y prestación del servicio de Salud, para lo cual cuenta con una variada gama de herramientas legales, entre las que están las de impartir órdenes, realizar requerimientos, tomar las medidas de seguridad, imponer sanciones administrativas, y tomar en posesión los bienes, haberes y negocios de las entidades vigiladas para administrarlas o liquidarlas, cuando se presente alguno de los hechos previstos en la normatividad, según el caso, con el fin de proteger el interés público y el de los usuarios del sistema de salud, conforme a la amplia regulación dispuesta principalmente en el Decreto 663 de 1193, el Decreto 1922 de 1994, el Decreto 2418 de 1999 y en la Ley 510 de 1999.

Desde este punto de vista la toma de posesión se erige en una herramienta o mecanismo jurídico de carácter administrativo que se funda en factores políticos, técnicos y jurídicos para el ejercicio de la función pública de intervención del Estado en materia de control y vigilancia y de prevención y sanción en las actividades realizadas por empresas Promotoras y Prestadores de Servicios de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, las que, por tal razón, son intervenidas, en tanto en el desarrollo de su objeto social se involucran y comprometen intereses generales, como la salud de los ciudadanos, la seguridad social, la economía nacional y el orden público económico y social, que imponen límites a la libertad de empresa en este ámbito para preservar el bien común y el cumplimiento de la función social que le son inherentes a las mismas (artículos 48, 49 y 333 C.P).

Como antecedentes de la figura de la toma de posesión de una persona jurídica, por parte de una autoridad estatal, en ejercicio de las funciones de intervención, vigilancia y control de algún sector de la economía, el Consejo de Estado presenta el siguiente recuento:<sup>19</sup>

*“Cabe precisar que la toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923<sup>20</sup>, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban*

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

<sup>20</sup> “...[L]a (...) toma de posesión sobre bienes y haberes de instituciones financieras no es nada diferente a un medio de tutela más eficaz de los intereses públicos, destinados fundamentalmente a eliminar el complejo en la economía nacional empresarial, de esa naturaleza que, por

*competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general, tales como la cesación de pagos de sus obligaciones; rehusarse a someter sus negocios a la respectiva inspección o a ser interrogado en relación con los mismos; incumplir bien por descuido o renuencia las órdenes del Superintendente; persistir en violar los estatutos o la ley; manejar los negocios en forma no autorizada o insegura; o sufrir un quebranto de su capital por debajo del mínimo exigido.*

*Imperioso resulta recordar que la denominada "Ley de Bancos", autorizaba al Superintendente Bancario para tomar a su cargo el establecimiento o sociedad transgresora y lo dotaba de las facultades necesarias para rehabilitarla y devolverla a sus accionistas, o para liquidarla en beneficio de los depositantes y otros acreedores.<sup>21</sup> Con algunas modificaciones y adiciones (Ley 105 de 1927, Ley 57 de 1931; Ley 66 de 1947, Ley 52 de 1977), esta Ley 45 de 1923 fue principalmente desarrollada en los Decretos 2216 y 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 2277 de 1989.*

*Luego, se expidió la Ley 45 de 1990, que le asignó la competencia al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para conocer de los procesos de liquidación (artículo 18); y el Decreto 1730 de 4 de julio de 1991, sustituyó los decretos 2217 y el 1215, y modificó el procedimiento aplicable. Con la Ley 35 de 1993, reglamentada por el Decreto 655 de 1 de abril de 1993, el legislador le asignó a los Liquidadores la competencia para conocer de los procesos de liquidación, parámetros incorporados también en el Decreto ley 663 de 2 de abril de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF. Posteriormente, con la expedición de la Ley 510 de 1999, reglamentada por el Decreto No. 2418 de 1999, se modificaron nuevamente algunas etapas del proceso de liquidación previstas en el EOSF."*

Al respecto debe precisarse que si bien, el anterior recuento se enmarca en los procesos de toma de posesión y liquidación forzosa de entidades del sector financiero o bancario, las consideraciones expuestas resultan aplicables al caso que nos ocupa, pues actividades o sectores de trascendental incidencia económica y social como lo es el de la Salud, merecen un marco normativo similar al enunciado, además, algunas de las disposiciones que regulan este tipo de actuaciones se aplican a los dos sectores, entre estas tenemos el Decreto Ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999, esto por remisión expresa del artículo 32 del Decreto 1922 de 1994, el cual señala:

*"ARTICULO 32. PROCEDIMIENTOS DE LA INTERVENCION PARA LIQUIDAR. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-ley 1259 de 1994, los procedimientos administrativos para la intervención o toma de posesión para liquidar una entidad promotora de salud, serán en*

---

variadas circunstancias enumeradas por el artículo 48 de la Ley 45 de 1923, revelan la falta de idoneidad para la consecución de sus fines y, de manera general, para desarrollar su objeto social; en consecuencia, la medida comentada se traduce en que la autoridad administrativa competente asume el derecho de gestión y de disposición de la empresa afectada, terreno éste que es de gran amplitud y cuyo contenido fue claramente definido por los legisladores de 1923 en la siguiente forma: "...Estos artículos (los Arts. 48 a 69 de la ley bancaria promulgada en ese año) autorizan al Superintendente Bancario para tomar a su cargo el banco culpable, y lo invisten de la autoridad necesaria para rehabilitarlo y devolverlo a sus accionistas, o para liquidarlo en beneficio de los depositantes y otros acreedores..." (Cfr. Superintendencia Bancaria, Concepto OJ221 de 1 de junio de 1983).

<sup>21</sup> "...Sólo con los efectos ocasionados en la posguerra de 1.918 se entrevió la necesidad de ubicar en su verdadero sitio a la actividad bancaria, y recoger para el Estado la soberanía monetaria. La Quiebra del Banco López en 1.923 fue la demostración más palmaria de la necesidad de un cambio que tan juiciosamente indicó la Misión Edwin Kemmerer en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1.923 al decir que "la estabilidad financiera de Colombia y su progreso económico en el futuro, exigen un sistema bancario sólido y bien organizado (...). En la misma forma se expresaba Jesús María Marulanda, primer Superintendente Bancario, en el informe de labores rendido en 1.924 al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al referirse a la supervigilancia bancaria dice: "Los establecimientos bancarios son los receptores e intermediarios de la economía nacional, el que luego distribuyen entre las diferentes industrias. De allí que tales establecimientos tengan una extraordinaria importancia social y que esa circunstancia les dé el carácter de establecimientos casi-públicos. La sociedad está vivamente interesada en que los capitales que mantengan los bancos se coloquen en condiciones tales, que consulten la mayor seguridad, pues en el evento de una quiebra sufren todos los núcleos de la producción, así los grupos financieros más fuertes, como las pequeñas industrias; lo mismo el capitalista que el obrero que deposita en las cajas de esos establecimientos de crédito sus sufridos ahorros. La resonancia y los efectos de una quiebra bancaria son más perniciosos y más funestos que las quiebras de las demás empresas industriales..." (Cfr. Vélez Trujillo, Luis Guillermo, Toma de Posesión y liquidación de un establecimiento bancario, publicaciones Superbancaria, 1968, págs. 8 y 9).

*lo que sea pertinente, los previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen”.*

Bajo el anterior contexto normativo, corresponde al Superintendente Nacional de Salud tomar posesión para liquidar de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente algún hecho que se considere especialmente grave o anormal y que, a su juicio, hagan necesaria la medida<sup>22</sup>, como en el presente caso fue el haberse revocado la aprobación para administrar los recursos del régimen subsidiado a la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD.

Así las cosas, si una empresa promotora o prestadora de salud incurre en alguna de las causales de intervención, es del resorte de la Superintendencia Nacional de Salud ordenar la toma de posesión, con el propósito de tutelar la confianza en el sistema de Salud y la protección de los derechos de usuarios y afiliados, así como de terceros de buena fe como pueden ser entre otros sus trabajadores y acreedores, para lo cual podrá hacer uso de los medios a su alcance para que la persona jurídica afectada no continúe desarrollando su objeto en condiciones que puedan ser lesivas para la prestación de los servicios a su cargo y para la buena marcha del sector.

La importancia de estas medidas de prevención e intervención han sido analizadas por el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de abril de 2007, anteriormente referida, en la cual el Alto Tribunal consideró que:

*“Este instituto considerado como de salvamento y protección de la confianza pública tiene por objeto establecer si la entidad debe ser liquidada; o si es posible sanearla financiera y administrativamente en forma tal que pueda realizar sin inconvenientes o disfunciones su objeto social, o determinar si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas obtengan el pago total o parcial de sus acreencias.*

*Es decir, como atrás se enunció, esta medida cautelar de asunción por parte del Estado de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada puede ser adoptada de dos maneras:*

*a) Toma de posesión para administrar, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, para lo cual conservará la medida hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a su adopción. Esta modalidad conlleva, de suyo, la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal y otros efectos de protección patrimonial, como la improcedencia del registro de la cancelación de gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro y de la inscripción de algún acto que afecte el dominio de los bienes de su propiedad so pena de ineffectividad.*

*1 Posteriormente también se expidieron para regular*

---

esta materia la Ley 795 de 2003 y el Decreto 2211 de 2004, a los cuales no se hará referencia por ser posteriores al proceso de liquidación que se controvierte.

b) *Toma de posesión para liquidar, cuyo objeto es terminar la existencia legal de la sociedad intervenida, lo cual implica varios efectos legales, a saber: i) la disolución de la institución de la que se toma posesión; ii) la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y del revisor fiscal; iii) la inmediata exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas; iv) la formación de la masa de bienes; v) la cancelación de los embargos decretados con anterioridad que afecten bienes de la intervenida; vi.) la terminación de toda clase de procesos de ejecución que cursen contra la intervenida para su acumulación dentro del proceso, cuyos títulos ejecutivos se harán valer en el proceso liquidatorio; vii) la imposibilidad de iniciar procesos ejecutivos contra la entidad en liquidación, por obligaciones contraídas con anterioridad a la toma de posesión; viii) la improcedencia del registro de la cancelación del gravamen constituido a favor de la intervenida sobre cualquier bien, así como de la inscripción de actos que afecten el dominio de los bienes de propiedad de la intervenida, so pena de ineficacia; ix) la terminación automática al vencimiento del plazo de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de los contratos de seguros vigentes, celebrados por una entidad aseguradora respecto de la cual se disponga su liquidación; x) la suspensión en el pago de las obligaciones causadas, cuando sea del caso; xi) la interrupción de la prescripción o caducidad respecto de las obligaciones a cargo de la intervenida; xii) la protección legal de los derechos de los trabajadores.*

*En otros términos, en la toma de posesión para administrar se despoja a la entidad intervenida de los negocios, bienes y haberes, para asumir la guarda y gestión de los mismos, desplazando a los órganos de administración, a fin de salvaguardar los intereses de terceros que eventual o efectivamente resulten perjudicados por la falta de idoneidad técnica o moral por la que atraviesa en un momento determinado la entidad intervenida, y para adoptar las medidas tendientes a asegurar la continuidad de manera adecuada de la empresa; al paso que en la toma de posesión para liquidar, se asume la guarda y administración de la masa de bienes de la intervenida, para los exclusivos efectos de adelantar el trámite de liquidación y terminación de la existencia legal de la misma.*

*De otra parte, la medida de toma de posesión para liquidar estará vigente hasta cuando se declare terminada la existencia legal de la entidad financiera, salvo que, una vez cancelados todos los pasivos para con el público, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación, subsistan activos, caso en el cual se convocará una asamblea de accionistas que podrá nombrar un liquidador a quien se le entregará la sociedad en el estado en que se encuentre para que continúe con la liquidación.<sup>23</sup>*

*En consecuencia, la liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada, que deviene como consecuencia de la toma de posesión que realiza la Superintendencia Financiera, es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos (artículo 293 del Decreto 663 de 1993).<sup>24</sup>*

*Por ende, la sociedad intervenida que entra en proceso de liquidación no puede continuar desarrollando las actividades propias de su objeto social, ni sus órganos de administración acometer o desempeñar sus funciones las cuales se trasladan al liquidador, con el único fin de que éste mediante el proceso fijado en el orden jurídico realice el patrimonio social para satisfacer los créditos de los acreedores”.*

#### **4.2. Principios, reglas y etapas legales de la liquidación forzosa administrativa**

Este aspecto fue ampliamente analizado, por el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de abril de 2007, citada en precedencia, y resulta de importancia para resolver el

<sup>23</sup> Así lo preveía el numeral 1 del artículo 116 y numeral 17 del artículo 30 del Decreto 663 de 1993, EOSF, ahora contemplado en términos similares por el artículo 57 del Decreto 2211 de 2004.

<sup>24</sup> “...Una vez se decreta la intervención liquidatoria la entidad correspondiente subsiste para los únicos efectos de llevar adelante el proceso de liquidación de su patrimonio, de acuerdo con las normas de orden público que se fundan en la necesidad de preservar los derechos de los distintos titulares de créditos, según la naturaleza de los mismos, en lo que constituye un verdadero concurso de acreedores. Por lo tanto, la empresa financiera deja de operar: se habla entonces de la intervención con cierre de puertas...”. (Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto, “Sistemas Financieros”, Biblioteca Felabán, 1994, pág. 465).

presente caso, pese a que en aquella providencia se examinó un proceso de liquidación forzosa adelantado por intervención de la Superintendencia Financiera, resulta una referencia importante para el presente caso, toda vez que las normas que rigen este tipo de procedimientos cobijan no solo a las entidades vigiladas del sector financiero, sino también a las vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de la remisión expresa establecida en el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994, previamente transcrito.

Al respecto el máximo “Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló:

*“Para adelantar la toma de posesión con fines liquidatorios y la consecuente liquidación forzosa administrativa, existe un cuerpo normativo especial que regula en forma integral el procedimiento a seguir (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF)<sup>25</sup>, y que establece los principios y reglas que los rigen, los cuales se pueden resumir así:*

*i.) Sólo puede adoptarse por las causales previstas en la ley.*

*ii.) Tiene por objeto la protección del sistema financiero y de los depositantes y ahorradores con el fin de que puedan obtener el pago de sus acreencias con cargo a los activos de la entidad y, si es del caso, al seguro de depósito.*

*iii.) Las decisiones que se adopten deben tener en cuenta la posibilidad real de subsanar las causas que dieron lugar a la toma de posesión y la necesidad de evitar situaciones que pongan en juego la estabilidad del sector financiero y de la economía en general; la decisión es de cumplimiento inmediato;*

*iv.) Corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designar al agente especial (con posterioridad a la Ley 45 de 1990 pues antes lo hacía la Superintendencia Bancaria) quien ejercerá funciones públicas transitorias y desarrollará las actividades que le sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad (a partir de la Ley 30 de 1993), y podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas son adelantados por los liquidadores y se rigen en primer término por sus disposiciones especiales, y en las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplican las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos (art. 293 num. 2o. del Decreto 663 de 1993)”.*

*vii.) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras debe realizar el seguimiento de la actividad del agente especial liquidador, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la entidad objeto de administración, mientras no se decida su liquidación.*

*viii.) Se deben propiciar mecanismos de solución en la liquidación que permitan la participación del sector privado.*

*ix.) Las medidas que se adopten pueden incluir, entre otras, la reducción de capital, la emisión y colocación de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, la cesión de activos o pasivos, las fusiones o escisiones, el pago de créditos por medio de la entrega de derechos fiduciarios en fideicomisos en los cuales se encuentren los activos de*

<sup>25</sup> Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que, “...Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial...”(...) Se trata, por esta vía extrema, de solucionar con carácter definitivo los vínculos económicos resultantes entre los activos de una entidad que capta recursos provenientes del ahorro público o privado y los acreedores de la misma, siempre que las actividades de la primera queden comprendidas en las específicas hipótesis que dan lugar a la toma de posesión, con fines de liquidación, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; con ello se quiere desatar una situación de crisis, que obliga a tomar posesión de la entidad y a desplazar a sus administradores e inclusive a los propietarios de la misma, para impedir los efectos masivos y generalizables de la situación anormal.” Sentencia C-248 de 26 de mayo de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

la entidad, el pago anticipado de los títulos, la creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica con el objeto de procurar la optimización de la gestión de los activos para responder a los pasivos, y la cancelación de gravámenes sobre bienes de la entidad, sin perjuicio del privilegio del acreedor sobre el valor correspondiente.

ix.) La liquidación de los activos de la entidad, cuando sea del caso, se debe realizar a través de mecanismos de mercado y en condiciones que permitan obtener el valor en el mismo de dichos activos.

x.) Puede suspenderse el proceso cuando las circunstancias así lo justifiquen.

xi.) Se deben realizar las actividades destinadas a culminar la liquidación, cuando existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas, que podrán incluir, entre otras, la adjudicación de los activos remanentes a los acreedores como pago de sus créditos o a los accionistas, si es del caso, o la entrega de dichos activos a una determinada entidad en la cual aquellos y éstos, si es del caso, convengan.

xii.) La toma de posesión y en general los procesos concursales no impiden cumplir las operaciones realizadas por la entidad o por cuenta de ella en el mercado de valores, cuando ello sea conveniente para la misma.

xiii.) De las reclamaciones que se presenten oportunamente se debe dar traslado a los interesados y sobre ellas deberá decidir el agente especial por acto administrativo que se notifica por edicto.

xiv.) Se deben aplicar los mecanismos para compensar con cargo a los activos de la entidad la pérdida de poder adquisitivo o los perjuicios por razón de la pérdida de rendimiento que puedan sufrir los depositantes, aborradores o inversionistas por la falta de pago oportuno (pago por desvalorización monetaria previsto a partir del Decreto 1730 de 1991).

xv.) Durante todo el proceso, incluyendo la administración de la entidad o su liquidación, podrán celebrarse acuerdos entre los acreedores y la entidad intervenida, aprobados por el voto favorable del 51% de las acreencias y como mínimo de la mitad más uno de los acreedores, incluyendo en este cómputo el valor de los depósitos en que el fondo se haya subrogado. En los demás aspectos dichos acuerdos se sujetarán en lo pertinente a las normas del régimen concordatario.

xvii.) Las medidas que se adopten deben tener en cuenta la necesidad de proteger los activos de la entidad y evitar su pérdida de valor.

De otra parte, en el marco normativo citado<sup>26</sup>, el proceso de liquidación forzosa administrativa se desarrolla de acuerdo con las siguientes etapas y actividades:

- a) Realización de actos previos, relacionados con los conceptos (junta asesora de la Superintendencia) y aprobaciones (Ministro de Hacienda y Crédito Público) anteriores o simultáneos a la adopción de la medida<sup>27</sup>;
- b) expedición del acto administrativo que ordena la toma de posesión y la liquidación;
- c) ejecución y notificación del acto que ordena la medida;
- d) emplazamiento a los acreedores de la entidad en liquidación (avisos);
- e) presentación y traslado de reclamaciones;
- f) calificación y graduación de las reclamaciones presentadas oportunamente, esto es orden de restitución y prelación de créditos para pago siguiendo las reglas previstas en la ley;
- g) recursos contra la resolución de calificación y graduación de reclamaciones, en el caso de que se interpongan;
- h) pago de seguros de depósitos;
- i) inventarios, esto es, valoración de activos de la entidad intervenida, que incluye los trámites de notificación del acto que acepta la valoración del inventario y la decisión;
- j) enajenación de activos de la entidad en liquidación;
- k) restitución de sumas y bienes excluidos de la masa de liquidación;
- l) provisión para restitución de sumas excluidas de la masa de la liquidación;
- m) pago de los créditos a cargo de la masa de la liquidación;
- n) provisión para el pago de créditos a cargo de la masa de liquidación;
- ñ) pago del pasivo cierto no reclamado;
- o) pago de desvalorización monetaria (si existiere remanente para cubrirlo);
- p) medidas ante activos no entregados o situaciones indefinidas;
- q) convocatoria de la asamblea de accionistas de la entidad en liquidación (en caso de que subsistan activos se podría nombrar liquidador para

<sup>26</sup> El Artículo 300 del EOSF establecía de manera detallada las etapas del proceso liquidatorio, sin embargo, fue modificado integralmente por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 y el procedimiento y etapas desarrollado en el Decreto 2418 de 1999, en especial, en su artículo 5.

<sup>27</sup> A partir de la Ley 510 de 1990, para que la Superintendencia Financiera pueda ordenar la iniciación del proceso de liquidación forzosa administrativa, requiere el concepto previo del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

*continuar con el proceso); y r) terminación de la existencia legal de la sociedad, expedición del acto, inscripción en el registro mercantil y publicación.*

*Finalmente, la Ley 510 de 1999 (arts. 23 y 25), modificó ciertos aspectos de las etapas del proceso liquidatorio y estableció entre otras medidas de singular importancia para culminar el proceso, las siguientes:*

*i) La entrega al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con destino a la reserva correspondiente, de las sumas que correspondan a pasivos no reclamados oportunamente por los acreedores o los accionistas durante el proceso de liquidación, según sea el caso; ii) La reapertura de la liquidación cuando con posterioridad a la declaración de terminación de la existencia legal de una persona jurídica se tenga conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de tal entidad, o de situaciones jurídicas no definidas, con el exclusivo fin de liquidar dichos activos o definir tales situaciones jurídicas; iii) La fijación de un plazo máximo de cuatro (4) años para adelantar el proceso de liquidación forzosa administrativa, sin perjuicio de que el gobierno lo pueda prorrogar por un término mayor, en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación (art. 23 ejusdem).<sup>28</sup>*

Con base en lo expuesto, se puede concluir que los procesos de intervención y liquidación forzosa de las entidades o empresas vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud, tienen como objeto por una parte la protección de los derechos de los usuarios y afiliados, así como el buen uso de los recursos que estas administran, y busca que estas se puedan recuperar, y cuando esto no se logra, que en el proceso de liquidación se respeten los derechos e intereses de los acreedores de estas entidades.

Para la resolución del caso bajo estudio, es de señalar, que el proceso de liquidación forzosa no lo adelanta de manera directa la Superintendencia Nacional de Salud (o la Superintendencia Financiera frente a las entidades que vigila), sino que éste es llevado a cabo por un **agente especial liquidador**, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 291 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), agente liquidador que puede ser una persona natural o jurídica.

La figura del agente especial liquidador, ha sido examinada por el Consejo de Estado<sup>29</sup>, en sentencia del 8 de julio de 2016, en la que señaló:

*“El liquidador dentro de los procesos de liquidación administrativa forzosa tiene la naturaleza de particular en el ejercicio de funciones públicas.*

*Para arribar a esa conclusión, precisa señalar que el artículo 1 del Decreto 788 de 1998, por el cual se modificó el Decreto 1922 de 1994, que a su vez reglamentó la intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, dispuso que a partir de la vigencia del primer decreto en cita las funciones de intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las Empresas Promotoras de Salud y las*

<sup>28</sup> Esta misma filosofía normativa se utilizó por la Ley 1105 de 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 21 modificó el Decreto Ley 254 de 2000 -aplicable a las entidades públicas de la Rama Ejecutiva-, en el sentido de fijar un plazo máximo e improrrogable de dos años, contados a partir de la vigencia de la citada ley, para que las entidades públicas que se encontraban en proceso de liquidación, sin un plazo establecido al momento de regir el citado decreto, culminaran dicho proceso.

<sup>29</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección "B", C. P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Proceso No. 17001233100020040016901 (34.715), sentencia del 8 de julio de 2016.

*Instituciones Prestadoras de Salud, cualquiera que fuera su naturaleza jurídica, se ejercerían por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.*

*En ese orden, el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994 dispuso “que los procedimientos administrativos para la intervención o toma de posesión para liquidar una entidad promotora de salud, serán en lo que sea pertinente, los previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen”<sup>30</sup>. En la misma Dirección, los artículos 1 de los Decretos 1015 y del Decreto 3023 de 2002, que reglamentaron los artículos 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 200131, dispusieron que la Superintendencia Nacional de Salud aplicaría en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas, entre ellas, las Empresas Promotoras de Salud de cualquier naturaleza, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.*

*Por su parte, el numeral 1 del artículo 295 del Decreto 663 de 1993 prescribe:*

*1. Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación (...) (se destaca).*

*De lo anterior se desprende con meridiana claridad que los liquidadores son particulares en ejercicio de funciones públicas. En esa línea, dentro de la liquidación forzosa administrativa de una entidad prestadora de servicios salud, donde la Supersalud la intervino y ordenó su liquidación, como ocurre en el sub lite, esta Corporación tuvo la oportunidad de reiterar el anterior entendimiento, así<sup>32</sup>:*

*Como lo ha señalado el Consejo de Estado, los actos de los liquidadores en los procesos de liquidación administrativa forzosa, corresponden a actuaciones de particulares en ejercicio de funciones administrativas que, en los términos del artículo 82 del C.C.A., entran dentro del ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.*

*“Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponde dirimirlos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspende en ningún caso el proceso liquidatorio. Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procede el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procede recurso alguno.(...)El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos que expida en los términos y condiciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que se disponga expresamente lo contrario. Si la liquidación se ajusta al inventario aprobado por los acreedores, y a las normas legales que la rigen, no habrá lugar a impugnar la liquidación por parte de terceros”.(.....). Cft. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 16 de enero de 2003. C.P. Dr. Darío Quinónez).*

*Los actos demandados, como producto de actuaciones del liquidador dentro del trámite de la liquidación forzosa son actos administrativos que, por lo mismo, están sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa.*

<sup>30</sup> Esa fue precisamente la intervención que ordenó la Superintendencia Nacional de Salud respecto del régimen contributivo de la Entidad Promotora de Salud de Caldas S.A. E.P.S. de Caldas S.A., a través de resolución n.º 235 del 19 de febrero de 2003 (fls. 242 a 249, c. ppal).

<sup>31</sup> Esa norma, en su parte pertinente, prescribe: “La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la Intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos”.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de marzo de 2005, exp. 25000-23-24-000-2002-90388-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

*En esos términos, como se está ante una controversia de la cual es parte un particular en ejercicio de funciones públicas, es claro que corresponde su conocimiento a esta jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.*

*(...)*

*Por último, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 295 del Decreto Ley 663 de 1993<sup>33</sup> las decisiones definitivas del liquidador son actos administrativos que pueden demandarse ante esta jurisdicción. La Corte Constitucional en sentencia C-248 de 1994, declaró inexecutable el último inciso del referido numeral<sup>34</sup> del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), que pretendía cerrar el paso a las demandas contra los actos administrativos del liquidador ante esta jurisdicción. En esa oportunidad, la Alta Corporación sostuvo<sup>35</sup>:*

*“Sin embargo la parte acusada del numeral 2o. de este artículo es inexecutable porque lo que va a decidir el juez es justamente si la liquidación se ajusta a la ley, y por lo tanto esta situación no puede señalarse como presupuesto de la acción. En realidad se está desconociendo con la norma el derecho de acceso a la justicia y, por lo tanto, se declarará inexecutable.*

*(...)*

*Debe tenerse en cuenta que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que las controversias respecto de los actos de carácter administrativo proferidos por el liquidador, deben ser controvertidos ante la jurisdicción administrativa, y "no suspenderán en ningún caso el proceso liquidatorio", afirmando así la naturaleza y objeto del proceso de liquidación, en cuanto a una rápida determinación de los activos y el pago del pasivo externo, conservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de los privilegios que establece la ley.”*

*En esos términos, vistas las pretensiones de la demanda se tiene que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo procesal idóneo para obtener la finalidad de la demanda presentada.*

#### **4.3. Desarrollo del proceso de liquidación forzosa administrativa de ES MAS SALUD**

Revisado el expediente se encuentra que la intervención a la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD, se llevó a cabo de la siguiente manera y etapas, lo cual se desprende principalmente del resumen presentado en la Resolución No. 253 de 31 de mayo de 2005 emitida por el agente especial liquidador (fls. 51-53):

1. El 26 de marzo de 2001 la Superintendencia Nacional de Salud, profirió la Resolución No. 0481 (fls. 138-140), por la cual se revocó la autorización para administrar y operar el régimen subsidiado a la MEPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD.

<sup>33</sup> Dicha norma prescribe: "2. Naturaleza de los actos del liquidador. Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimirlos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio. // Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno. // Las decisiones sobre aceptación, rechazo, calificación o graduación de créditos, quedarán ejecutoriadas respecto de cada crédito salvo que contra ellas se interponga recurso. En consecuencia, si se encuentran en firme los inventarios, el liquidador podrá fijar inmediatamente fechas para el pago de tales créditos. Lo anterior, sin perjuicio de resolver los recursos interpuestos en relación con otros créditos y de la obligación de constituir provisión para su pago en el evento de ser aceptados. // El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos que expida en los términos y condiciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que se disponga expresamente lo contrario (...)".

<sup>34</sup> El aparte en mención prescribe: "Si la liquidación se ajusta al inventario aprobado por los acreedores, y a las normas legales que la rigen, no habrá lugar a impugnar la liquidación por parte de terceros".

<sup>35</sup> En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de junio de 2014, exp. 34.899, M.P. Hernán Andrade Rincón.

2. Mediante Resolución No. 1052 de 1 de junio de 2001 (fls. 61-67 y 141-143), la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión para liquidar la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD.
3. A través de la Resolución No. 1053 de 1 de junio de 2001 (fls. 68-70), la Superintendencia Nacional de Salud designó a la firma BANCA Y GESTIÓN LTDA, identificada con NIT 800.244.465-0 como agente especial para adelantar el proceso de liquidación de la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD.
4. Durante el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2001 y el 18 de julio de 2001 **se emplazó a las personas que se consideraban con derecho a presentar reclamación en la entidad intervenida**, según se indicó en la Resolución No. 253 del 31 de mayo de 2005 (fl. 51).
5. El día 28 de febrero de 2003 el mencionado agente liquidador profirió la Resolución No. 001 por la cual se resolvieron las reclamaciones de créditos presentadas oportunamente, los bienes que integraron la masa de la liquidación y los excluidos de ella, las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de la liquidación y el orden de restitución, los créditos aceptados y rechazados contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de los mismos, su cuantía y la prelación para el pago y los privilegios o preferencias que la Ley establece y las objeciones presentadas dentro del término de traslado, notificándose este acto administrativo con fundamento en el artículo 45 del C.C.A. (fl. 51).
6. Contra la referida Resolución No. 001 procedía el recurso de reposición y de los recursos presentados se corrió traslado a los interesados por el término de 5 días, según el artículo 5º del Decreto 2418 de 1999, los cuales fueron resueltos por medio de las Resoluciones No. 002 a 238, 242, 244, 245, 247 y 250 a la 252, las cuales fueron notificadas de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del C.C.A. (fl. 51). Según recuento realizado en la mencionada Resolución N o. 253 de 31 de mayo de 2005.
7. A través de las Resoluciones No. 239, 240 de 2003, 246 de 2004 y 248 de 2005 se realizó el pago a los acreedores (fl. 51 Vto.).
8. El 20 de mayo de 2005 se aprobó la correspondiente rendición de cuentas (fl. 53).
9. Que estando en firme la rendición de cuentas presentada por el liquidador, esta se elevó a escritura pública en cumplimiento del artículo 52 del Decreto 2211 de 2004 (fl. 53).

10. Que el 31 de mayo de 2005 se declaró terminada la existencia legal de la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD EN LIQUIDACIÓN a través de la Resolución No. 253 del 31 de mayo de 2005 (fls. 51 – 53).

De lo anteriormente expuesto advierte el Despacho que la toma de posesión y liquidación de la empresa ES MAS SALUD ESS se llevó a cabo entre el 1º de junio de 2001 y el 31 de mayo de 2005 (exactamente dentro del término de los 4 años dispuesto en el artículo 23 de Ley 510 de 1999), fecha en que se declaró la terminación de la existencia de la empresa, y si bien de acuerdo las documentales obrantes a folios 27 a 31 del expediente contentivo del proceso laboral con radicado No. 2003 – 0218 allegado en calidad de préstamo por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja, se encuentra acreditado que el accionante presentó reclamación de sus prestaciones sociales y el correspondiente recurso de reposición ante el agente liquidador, que fuera resuelto mediante oficio con consecutivo No. 072 del 19 de mayo de 2003, no se encuentra demostrado que el actor haya presentado la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos emitidos por el agente especial liquidador que considera vulneraron sus derechos e intereses.

Asimismo, se encuentra que la demanda ordinaria laboral a la que hace referencia el apoderado de la parte actora, obrante dentro del expediente No. 2003-0218 fue radicada como se señaló líneas arriba el día 24 de septiembre de 2003, fecha para la cual ya había tenido lugar el emplazamiento efectuado por el agente liquidador BANCA Y GESTIÓN para presentar reclamaciones contra la EPS en liquidación. Además de lo anterior, advierte el Despacho que si bien en la sentencia del Tribunal Superior de Tunja se condenó a la empresa ES MAS SALUD EN LIQUIDACIÓN, también es cierto que dicho fallo fue proferido el día 12 de junio de 2008, fecha para la cual ya había sido declarada la terminación de la existencia de la EPS tantas veces citada, como se observa en la Resolución No. 253 del 31 de mayo de 2005 (fls. 51 – 53).

##### **5. Las funciones y responsabilidades de la Superintendencia Nacional de Salud frente al proceso de liquidación forzosa administrativa de las Empresas bajo su vigilancia**

De conformidad con lo hasta aquí señalado, es claro que el proceso de liquidación forzosa no lo adelanta en su totalidad la Superintendencia Nacional de Salud, sino que es llevado

a cabo por un agente especial liquidador, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 291 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

La responsabilidad y funciones de la Superintendencia Nacional de Salud en este tipo de procedimientos fue un tema ampliamente analizado por el Consejo Estado en sentencia del 8 de julio de 2016,<sup>36</sup> donde al respecto consideró:

*“Los artículos 48, 49 y 365 Superiores señalan que es obligación del Estado garantizar para todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la Seguridad Social. Así mismo, indican que le corresponde delimitar las políticas para la prestación de dicho servicio ya que se trate de una finalidad inherente al modelo de Estado adoptado en la Constitución Política de 1991. También señalan que el servicio de seguridad social podrá ser prestado por los particulares; ahora, el control, inspección y vigilancia sobre esa actividad compete al Presidente de la República según lo dispone el numeral 22 del artículo 189 de la Carta Política<sup>37</sup>, función ésta que podrá ser delegada, entre otras, a las Superintendencias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 489 de 1998<sup>38</sup>.”*

*En ese orden, es preciso señalar que el artículo 31 del Decreto 1922 de 1994<sup>39</sup> estableció que la competencia para intervenir o tomar posesión de las Entidades Promotoras de Salud para liquidarla correspondía al Ministerio de Salud; sin embargo, el artículo 1 del Decreto 788 de 1998 dispuso que “[a] partir de la vigencia del presente decreto las funciones de intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se ejercerán por la Superintendencia Nacional de Salud, sin perjuicio de las demás facultades atribuidas al Ministerio de Salud en el Decreto 1922 de 1994”. En la misma línea, el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 reiteró esa competencia.*

*Por su parte, precisa reiterar que el artículo 32 del Decreto 1922 de 1994 dispuso “que los procedimientos administrativos para la intervención o toma de posesión para liquidar una entidad promotora de salud, serán en lo que sea pertinente, los previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen”<sup>40</sup>. Igual disposición se reprodujo en los artículos 1 de los Decretos 1015 y del Decreto 3023 de 2002, aun cuando refirieron también a la aplicación de la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que los modifiquen y desarrollen.*

*El último Decreto en mención, esto es, el Decreto 2418 de 1999<sup>41</sup>, en su artículo 5, prescribió que dentro de las etapas del procedimiento liquidatorio se deben emplazar a todas las personas que se consideren con derecho a formular reclamaciones en contra la entidad intervenida, con el fin de que presenten prueba siquiera sumaria de sus créditos y en el evento de derechos incorporados en títulos valores presenten el original del título (literal c). Ese mismo artículo también dispone sobre el término para presentar esas reclamaciones, su traslado y la decisión de las mismas (numerales 2, 3 y 5).*

*De igual forma, señala el artículo en mención que si “el liquidador dudare de la procedencia o validez de cualquier reclamación, la rechazará” (literal c) numeral 5). En tal sentido, debe tenerse en cuenta que las*

<sup>36</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B”, C. P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Proceso No. 17001233100020040016901 (34.715), sentencia del 8 de julio de 2016.

<sup>37</sup> Dicha norma prescribe: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.”

<sup>38</sup> Ese artículo señala: “DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política”.

<sup>39</sup> Esa norma dispuso: “El Ministerio de Salud o la autoridad en quien éste delegue podrá intervenir o tomar posesión de una entidad promotora de salud para liquidarla cuando se haya revocado la autorización para funcionar o haya incurrido en una causal de liquidación de conformidad con sus estatutos o con su régimen legal”.

<sup>40</sup> Esa fue precisamente la intervención que ordenó la Superintendencia Nacional de Salud respecto del régimen contributivo de la Entidad Promotora de Salud de Caldas S.A. E.P.S. de Caldas S.A., a través de resolución n.º 235 del 19 de febrero de 2003 (fis. 242 a 249, c. ppal).

<sup>41</sup> Precisa advertir que aun cuando el referido decreto fue derogado por el artículo 64 del Decreto 2211 de 2004, es la normatividad aplicable al presente asunto, toda vez que los actos administrativos demandados se expidieron en el año de 2003.

*acreencias reclamadas deben ser ciertas y con prueba al menos sumaria de ellas<sup>42</sup>. La certeza que exige de esas obligaciones, mutatis mutandi, guarda relación con la claridad que se exige de los títulos ejecutivos<sup>43</sup>, toda vez que además de tener pruebas sobre su existencia, al menos sumaria, deben aparecer determinadas, es decir, que la prestación sea fácilmente inteligible y entendible en un solo sentido. Vale aclarar que resulta pertinente la remisión a los títulos ejecutivos, en atención a que el proceso liquidatorio hace exigibles todas las obligaciones de la intervenida, aun cuando estén sometidas a plazo, como se verá más adelante. Además, se requiere probar sumariamente su cumplimiento, para definir el monto del pago que debe asumir el patrimonio en liquidación. Ante la ausencia de esas condiciones, el liquidador bien podrá rechazar los créditos reclamados.*

*Igualmente, el citado artículo del Decreto 2418, en su numeral 24 definió los gastos de administración de la liquidación, así:*

*Gastos de administración de la liquidación. Los créditos que se causen durante el curso de la liquidación por concepto de salarios, prestaciones sociales y aquellos en los que se incurra para la realización o recuperación de activos y conservación de archivos se pagarán de preferencia como gastos de administración de la liquidación. Igual tratamiento recibirán los honorarios profesionales que se causen con ocasión del proceso, los pagos a los auxiliares de la justicia y todos aquellos que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras determine mediante instructivos de carácter general que por su naturaleza constituyen gastos de funcionamiento.*

*De la anterior norma se desprende que son gastos de administración de la liquidación los siguientes: (i) los créditos por concepto de salarios y prestaciones sociales que se causen durante el curso de la liquidación; (ii) los créditos en que se incurra para la realización o recuperación de activos y conservación de archivos que se causen durante el curso de la liquidación; (iii) los honorarios profesionales que se causen con ocasión del proceso de liquidación; (iv) los pagos a los auxiliares de la justicia que se causen durante y con ocasión de la liquidación, y (v) todos aquellos que la Supersalud señale como tales y que por su naturaleza constituyan gastos de funcionamiento.*

*Como se observa la constante para que esos gastos sean considerados como de administración de la liquidación es que se causen o tengan su origen en esta y, en general, constituyan gastos de funcionamiento de la intervenida.*

*De otro lado, los artículos 116 y 117 del Decreto Ley 663 de 1993, modificados por los artículos 22 y 23 de la Ley 510 de 1999, así como sus normas reglamentarias, regulan los efectos que producen la toma de posesión y la liquidación en relación con las obligaciones de la intervenida, entre los cuales están:*

*(i) La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles. Esto último, en atención al carácter ejecutivo y universal del proceso liquidatorio<sup>44</sup>, hasta el punto que aún sin que se venzan los plazos podrán hacerse exigibles las obligaciones, sin perjuicio de que se trata de una petición antes de tiempo, en tanto no pierden la calidad de acreedores. Lo anterior con el fin de evitarles el perjuicio de que cuando se hagan exigibles sus créditos el patrimonio del deudor haya disminuido o desaparecido (literal b) del artículo 117 del 1993).*

*(ii) Los depositantes y los acreedores, incluidos los garantizados, quedarán sujetos a las medidas que se adopten para la toma de posesión, por lo cual para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que*

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de junio de 2014, exp. 34.899, M.P. Hernán Andrade Rincón. En esa oportunidad, se dijo: "Se precisa que las acreencias ciertas necesariamente debían ser presentadas y tramitadas dentro del procedimiento de liquidación forzosa, teniendo en cuenta que de acuerdo con el mismo se convocaba a la presentación de "todo tipo de acreencias", tuvieran o no el respaldo de títulos ejecutivos y que para presentar la reclamación se requirió únicamente "prueba sumaria" de la obligación" (se destaca).

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de octubre de 1999, exp. 16.868, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad la Sala precisó que la obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título; es clara cuando además de expresa aparece determinada en el título, es fácilmente inteligible y se entiende en un solo sentido; y es exigible cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o condición.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia C-248 del 26 de mayo de 1994, exp. D-447, M.P. Fabio Morón Díaz. En esa oportunidad, la Corte al pronunciarse sobre la constitucionalidad de varios artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sostuvo: "Es evidente que el proceso administrativo de liquidación forzosa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad legal especial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido de los pasivos externos a cargo de la respectiva entidad, hasta la concurrencia de sus activos".

*dispongan frente a la entidad intervenida, deberán hacerlo dentro del proceso de toma de posesión y de conformidad con las disposiciones que lo rigen (literal b) del artículo 16 del Decreto Ley 663 de 1993).*

*(iii) En las reclamaciones que fueron oportunamente presentadas pero rechazadas, el beneficiario deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución que así lo dispuso, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, si ello es aún posible, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad. Si hubiere vencido la oportunidad para la restitución de sumas y bienes excluidos de la masa, así como para el pago de los créditos a cargo de la masa de liquidación, según el caso, se procederá a su cancelación de acuerdo con las disponibilidades de la entidad intervenida (literal a) del artículo 19 del Decreto 2418 de 1999<sup>45</sup>).*

*(iv) Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado (literal b) del artículo 19 del Decreto 2418 de 1999).*

*(v) Cuando haya obligaciones condicionales (que no tienen prueba sumaria o su existencia o validez están en duda, es decir inciertas) o litigiosas se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará en mandato fiduciario (literal c) del artículo 19 del Decreto 2418 de 1999).*

*(vi) La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión por razón de obligaciones anteriores a dicha medida (literal d) del artículo 16 del Decreto Ley 663 de 1993)*

*De lo hasta aquí expuesto se concluye que (i) los acreedores de la entidad sometida a la liquidación forzosa administrativa deben hacer valer sus reclamaciones dentro del procedimiento y bajo la normatividad especial que rige como consecuencia de esa medida, teniendo en cuenta el carácter imperativo y preferente de dicha legislación; (ii) una vez decretada la apertura de la liquidación forzosa administrativa, tiene lugar la pérdida de competencia por parte de la jurisdicción ordinaria para conocer acerca de los procesos de ejecución y de las reclamaciones causadas con fecha anterior a aquella en que se ordenó la liquidación, siempre que estas últimas cuenten al menos con prueba sumaria de la obligación<sup>46</sup>, y, por último, (iii) aquellos acreedores que no cuentan con obligaciones ciertas a su favor y, por consiguiente, están sometidos a controversia sobre la existencia de su derecho, se clasifican como contingentes, evento en el cual deben acudir a incoar la acción ordinaria ante el juez competente, con el propósito de que se defina la existencia de la obligación<sup>47</sup>”.*

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, ordenó la toma de posesión para liquidar la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD y designó a la firma BANCA Y GESTIÓN LTDA como agente especial liquidador, siendo esta firma la encargada de llevar a cabo todas las etapas inherentes a la liquidación de la mencionada empresa, que tuvo como culminación la Resolución No. 253 del 31 de mayo de 2005, mediante la cual el

<sup>45</sup> Decreto reglamentario del artículo 24 de la Ley 510 de 1999 que modificó el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que a su vez regulaba sobre los principios de la toma de posesión. Igualmente, vale señalar que el referido Decreto fue derogado por el Decreto 2211 de 2004, pero como los actos administrativos demandados se expidieron en el 2003 no resulta aplicable.

<sup>46</sup> Sobre el alcance de prueba sumaria, la Corte Constitucional en sentencia T-199 del 4 de marzo de 2004, exp. T-808634, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, aun cuando en sede del proceso liquidatorio adelantado por la Supersociedades, pero igualmente extensibles al presente asunto, precisó: "De igual forma, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>46</sup>, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las condiciones de cualquier otra prueba, es decir que sea pertinente o conducente, esto es, que sea adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos (...) En este orden de ideas le corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, entidad que actúa como Juez en estos trámites entrar a analizar caso por caso la situación que alega cada acreedor del concursado, así como la validez jurídica que ofrecen los documentos que aporta para demostrar la existencia de sus respectivos créditos según lo establecido en las normas legales que regulan el procedimiento correspondiente<sup>46</sup>."

<sup>47</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de junio de 2014, exp. 34.899, M.P. Hernán Andrade Rincón.

citado agente liquidador declaró terminada la existencia legal de la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD EN LIQUIDACIÓN.

Sobre lo anterior, debe agregarse que con fundamento a la extensa normatividad a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia, el agente liquidador es el encargado de la expedición de los actos administrativos que deban proferirse dentro del proceso de liquidación forzosa, y como se ha dicho, es un particular que ejerce funciones públicas de manera transitoria, y por lo tanto responsable de los perjuicios que por su acción u omisión pueda causar, a la empresa intervenida, así como a los socios de la misma, y a terceros como pueden ser los trabajadores o acreedores de la entidad a liquidar, situaciones que no son imputables a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, no obstante, la función de la mencionada superintendencia no se limita a la designación del liquidador, dado que también le compete el control y seguimiento sobre las actuaciones del liquidador.

**6. La responsabilidad del Estado por falla del servicio en los procesos de intervención y/o liquidación forzosa administrativa de empresas, aplicada al caso concreto.**

El señor FELIX JOSE ESTUPIÑAN, solicita se declare administrativamente responsable a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por los perjuicios causados, por falla o falta del servicio al ordenar la liquidación de la EMPRESA ES MAS SALUD y al liquidarla erróneamente, sin que se estableciera un rubro para pagar las sentencias judiciales.

Sobre este tipo de responsabilidad, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2007<sup>48</sup> se pronunció:

*“Observa la Sala que las acusaciones realizadas en la demanda versan sobre la existencia de unos supuestos perjuicios ocasionados por presuntas conductas culposas, negligentes e irregulares cometidas por las entidades demandadas en el proceso de liquidación de la sociedad intervenida, es decir, que el título de imputación elegido por el grupo actor corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación Estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración. Así las cosas, no debe perderse de vista que para la prosperidad de la acción de grupo y, por ende, para que el sentenciador pueda ordenar la reparación pretendida, deben estar acreditados con las pruebas que obran en el proceso los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual por falla del servicio a saber: i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado, que afecta de forma individual a una pluralidad de sujetos; ii) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y iii) la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. Por lo demás, como criterio de identificación para la determinación de la falla*

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

*del servicio, en forma constante la jurisprudencia ha dicho que, por regla general, "...las obligaciones a cargo de la administración (...) deben ser determinadas, especificadas, por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo haya de ejecutar..."*

(...)

*Respecto de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en los procesos de liquidación forzosa administrativa con ocasión del retardo o mora de la administración, es menester distinguir dos hipótesis: a) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados de acuerdo con la legislación en la que no se establecía un término o plazo para su culminación o terminación, evento en el cual para que se estructure la responsabilidad por falla del servicio, corresponde al demandante demostrar la demora injustificada de la administración, es decir, el actor tiene la carga de probar no sólo el retardo administrativo sino que éste no tiene justificación; b) Aquellos procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades iniciados bajo la legislación que estableció o fijó un término de culminación (4 años prorrogables a juicio del Gobierno Nacional, según el art. 23 No. 2 de la Ley 510 de 1999), caso en el cual para que surja la responsabilidad por falla del servicio, incumbe al actor tan sólo probar el vencimiento del plazo sin que la administración haya terminado el respectivo proceso, es decir, el incumplimiento del término para expedir del acto administrativo que lo finalice; y a la administración le corresponderá demostrar la justificación de la mora o que ésta no le es imputable por concurrir un eximente de responsabilidad. Así pues, la diferencia entre uno y otro evento para estructurar la falla del servicio que compromete la responsabilidad del Estado por mora administrativa, estriba en el régimen jurídico aplicable al proceso de liquidación respecto de si este fijó o no un plazo perentorio para su finalización, lo cual tiene repercusiones en la carga de la prueba, en tanto en el primer evento, es decir, cuando no existía un plazo determinado en la ley, el onus probandi de la injustificación de la mora incumbe al actor; y en la segunda, esto es, a partir del establecimiento del término para tal efecto, el onus probandi se trasladó al demandado, a quien le corresponderá establecer cuál fue la causa de la tardanza y acreditar si ella se encuentra justificada, es decir, deberá probar si actuó con la diligencia y cuidado que le eran exigibles en consideración a las específicas y concretas circunstancias de la situación o que existió una causa extraña que propició la misma, dado que al actor sólo le bastará probar el incumplimiento del deber jurídico u obligación de la Administración de resolver dentro del plazo determinado en la ley o reglamento y la relación entre aquél y el daño percibido para configurar o comprometer la responsabilidad de la entidad pública.*

En providencia más reciente<sup>49</sup>, la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió a este tipo de responsabilidad de la siguiente manera:

*"Las superintendencias, entonces, tienen a su cargo el ejercicio de una modalidad de la policía administrativa cual es la función de inspección, vigilancia y control de diversos ámbitos de actividad de las personas, en los precisos términos dispuestos por la ley o por la correspondiente delegación o desconcentración de funciones originariamente atribuidas al Presidente de la República, legalmente autorizadas (...) Las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las superintendencias, en general y de la Superintendencia de Sociedades, en particular, encuentran fundamento constitucional, en el marco de la Carta Política vigente con anterioridad al año de 1991, en lo que preceptuaba el numeral 15 del artículo 120, por cuya virtud correspondía al Presidente de la República "ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes", mientras que en el contexto de la Constitución Política actualmente vigente son los ordinales 8 y 19 del artículo 150 de la Constitución, en armonía con lo previsto en los numerales 24 y 25 del artículo 189 ibídem, las disposiciones que prevén que corresponde al Congreso de la República expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realicen o desarrollen las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, así como sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles. (...)*

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A" Sentencia del 3 de octubre de 2012. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000232600019950093601.

*Como se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo del presente pronunciamiento, el propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan —constitucionales, legales y reglamentarias—, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judice pudiere consistir en hacerle asumir obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daños a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, sólo puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso (i) que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y (ii) que esa falla en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se deprecia.*

*Tal ha sido el entendimiento de la Sala, expresado de forma prístina en el pronunciamiento que se cita a continuación:*

*“Como se advierte, la inspección y vigilancia de la actividad de intermediación que desarrollan los particulares se concretaba en la expedición de directrices técnicas, realización de visitas, otorgamiento de autorizaciones, e imposición de medidas cautelares y de sanciones a las entidades que incumplieran las normas, con el objeto de que los actos que realizaran dichas entidades fueran siempre transparentes y no afectaran los intereses de los terceros más allá de los resultados que se derivaran de su gestión en el libre mercado.*

*Esa labor de inspección que ejercía la Superintendencia Bancaria no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que tal labor se concretaba a controlar que el ejercicio de dicha actividad se desarrollara conforme a la ley, y en la medida en que así no se hiciera, a adoptar de manera oportuna los correctivos e imponer las sanciones de rigor.*

*En síntesis, la actividad financiera que desarrollan los particulares está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado por los daños que se derivaran de actuaciones irregulares de quienes ejercen dicha actividad se produce siempre que la entidad estatal incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones que le corresponden como autoridad de policía administrativa, pero cuando se demuestre que de haberse dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares”<sup>50</sup> (subrayas fuera del texto original).*

*No alberga hesitación alguna la Sala en el sentido de que en casos como el sub lite resulta necesario situar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, es decir sustentada en la falla en el servicio, pues “La función de supervisión no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes, inversores o aseguradores contra cualquier pérdida, sino en asegurar el cumplimiento de las normas del sector”<sup>51</sup>; no puede perderse de vista que el contenido obligatorio a cargo de la Administración en este tipo de supuestos consiste en procurar la salvaguarda —so pena de la adopción de las medidas o de la imposición de las sanciones a las cuales legalmente hubiere lugar— “[d]el cumplimiento de la ley más no el éxito económico de la inversión” Por consiguiente, “quien sufre pérdidas como consecuencia del juego del mercado dentro de los límites de la legalidad tiene el deber jurídico de soportar el daño”<sup>52</sup>.*

*Ello si se tiene en cuenta, además, que cuando las víctimas que acuden a la Jurisdicción en busca de la reparación de los daños que les fueron irrogados son usuarios o terceros damnificados por el actuar de la sociedad vigilada, lo primero que se observa es el hecho de que quien produce directamente el daño no es el Estado —el cual sólo desarrolla en tales eventos labores de supervisión—, sino un tercero, que es justamente la compañía intervenida; es ella la que ocasiona, de manera directa, los daños a sus clientes, de suerte que, por regla general,*

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG); Actor: Antiguos Asociados de Cupocredito y otros.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier y FRANCO GOMEZ, Catalina, Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cit., pp. 536-537.

<sup>52</sup> Idem.

frente al Estado debe examinarse si se estructura un hecho de tercero como eximente de responsabilidad. De este modo, el título de imputación del daño al Estado únicamente podría ser —se itera— la falla del servicio constituida por la omisión de la entidad oficial supervisora en el cumplimiento de sus deberes legales.

Contrario sensu, si la Superintendencia acredita haber desplegado de manera diligente, prudente, cuidadosa, objetiva y suficientemente justificada sus labores de inspección, vigilancia y control, demuestra haber hecho un ejercicio razonado, ponderado, sustentado en hechos concretos y debidamente motivado de los márgenes de apreciación que el ordenamiento jurídico le confiere frente a este tipo de situaciones, sencillamente no cabrá declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en consideración a que los daños sufridos por los clientes o usuarios de la sociedad vigilada no resultan jurídicamente imputables a la entidad pública accionada; dicho de otro modo,

“... las obligaciones de la administración al ejercitar estas facultades discrecionales son de medios, y no de resultados. La administración está obligada a desplegar todas las actividades necesarias para elaborar los aludidos criterios técnicos, objetivos y razonables de decisión: incorporar al expediente administrativo toda la información técnica, económica, jurídica, etc, que resulte relevante, identificar todos los derechos e intereses jurídicos implicados, y llevar a cabo un juicio de ponderación entre ellos, como resultado del cual se adopten las correspondientes decisiones. Lo que la administración no puede garantizar, en todos los casos, es que las determinaciones, de este modo adoptadas, conducirán, necesariamente, a la salvación de la entidad intervenida o, más genéricamente, a la indefectible consecución del objetivo propuesto con la medida elegida. En ese orden de ideas, la administración puede acreditar que ha cumplido con el contenido obligacional que la ley le impone en esta materia, demostrando que ha ejercitado las facultades discrecionales que se le atribuyen, de la manera que se ha descrito en precedencia: instruyendo un procedimiento administrativo serio, completo, en el que se incorpore toda la información relevante, se pondere entre todos los derechos e intereses jurídicos implicados, y se establezca un criterio técnico, objetivo y razonable de decisión, que no se demuestre que es manifiestamente desproporcionado, arbitrario o irrazonable”<sup>53</sup> (énfasis añadido).

El descrito fue, por cierto, el esquema de razonamiento que siguió la Sección Tercera del Consejo de Estado para exonerar de responsabilidad a la Superintendencia de Sociedades en un caso que guarda una relevante analogía fáctica con el asunto sub iudice, pues se trataba de la demanda instaurada contra dicha entidad por varias personas que habían entregado, con el propósito de abonar al precio de unos terrenos que pretendían adquirir para la construcción de vivienda, dineros a una sociedad vigilada por la Superintendencia que defraudó a los accionantes; en aquella ocasión, la Sección Tercera sostuvo lo siguiente:

“Con fundamento en el anterior recuento normativo acerca de la competencia y facultades de inspección y vigilancia atribuidas a la Superintendencia de Sociedades y así mismo frente a las distintas actuaciones cumplidas por dicha entidad, deduce la Sala que por parte de la misma no se dieron las omisiones constitutivas de la falla del servicio, generadora, según los demandantes, de los perjuicios a ellos ocasionados”.

Así las cosas, del amplio recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto, tenemos que el título de imputación que rige la responsabilidad del estado con ocasión o relación a la intervención o liquidación forzosa de una persona jurídica de derecho privado, es la falla del servicio, como acertadamente lo señaló la parte actora en el libelo introductorio.

Ahora bien, para imputarse la falla del servicio, debe en primer lugar acreditarse i) la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, ii) la conducta activa u omisiva de la autoridad que lo infiere; y iii) la relación de causalidad entre ésta y

<sup>53</sup> *Ibíd.*

aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia, defecto o ausencia del servicio. Adicionalmente, para que proceda la declaratoria de responsabilidad deberá comprobarse que pese a que exista daño y una eventual conducta omisiva de la autoridad administrativa, el origen del daño no provenga de una causa extraña, como puede ser la actuación determinante de un tercero.

Frente al daño, el actor señala que este se determina en los perjuicios materiales y morales al no haber podido hacer efectiva la condena impuesta a su empleador por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Circuito de Tunja.

En efecto, examinado el expediente No. 2003-00218 allegado en calidad de préstamo, se encuentra que en efecto mediante sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja el día 15 de julio de 2005, se declaró la existencia de relación laboral entre la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MÁS SALUD – ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES + SALUD y el señor Félix José Estupiñan (fls. 87 – 95 C. 1 del expediente No. 2003-0218), providencia que fue remitida en grado de consulta al Tribunal Superior de Tunja, el cual con sentencia del 12 de junio de 2008 resolvió además de lo dicho por el *a quo* "condenar a la Empresa Solidaria de Salud, Es Mas Salud, Organización Cooperativa Es Mas Salud en liquidación- a pagar a favor de su extrabajador Félix José Estupiñan, por concepto de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios insolutos e indemnización por terminación del contrato en forma unilateral y sin justa causa, la suma de 2'658.149,99, cantidad a la que se le descuenta el valor consignado por la demandada de \$1'260.038 (folio 76), quedando un saldo a favor del trabajador de \$1'398.111,99 ...". Sobre la mencionada suma debía pagarse la indexación correspondiente, y las costas de la primera instancia que fueron liquidadas y aprobadas en la suma de \$425.000. (fls. 13 – 25 C. 2 del expediente No. 2003-0218 y fls. 100-102 del C. 1 del mismo expediente).

De acuerdo a lo anterior, es claro que el perjuicio material perseguido por el actor se circunscribe a las sumas que se desprenden de la condena contenida en la sentencia de segunda instancia del mencionado proceso laboral, en cuanto a los perjuicios morales, señaló en la demanda que "se vio afectado moralmente con la pérdida sin justa causa de su empleo, pues esta fue sorpresiva, de un momento a otro ya no tuvo para mantener su hogar, a su esposa ni a sus hijos, no consiguió empleo y fue víctima de gran cantidad de necesidades económicas"; de manera sucinta se dirá que tales perjuicios morales no

fueron demostrados con el acervo probatorio recaudado, además, es claro que de haberse comprobado tampoco son atribuibles a la entidad demandada, toda vez, que la Superintendencia Nacional de Salud, no ejerció como empleadora del demandante.

Al respecto, encuentra el Despacho que la relación laboral que fue reconocida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito y por el Tribunal Superior de Tunja entre el señor FELIX JOSE ESTUPIÑAN y la EMPRESA DE SALUD ES MAS SALUD ORGANIZACIÓN COOPERATIVA ES+SALUD, se dio entre el 1 de febrero de 1999 y el 31 de mayo de 2001 (fl. 14 C. 2 del expediente No. 2003-0218), y que el señor Félix José Estupiñan radicó la demanda del proceso 2003-0218 solo hasta el día 24 de septiembre de 2003, como se observa en sello de recibido visto a folios 11 y 12 del C. 1 del expediente No. 2003-0218.

Por su parte, el apoderado de la parte actora en el hecho No. 4 del escrito de demanda de la presente acción indica que *"mi poderdante se acercó a las oficinas de BANCA Y GESTIÓN en la ciudad de Bogotá **el día 14 de abril de 2010** para que dicha empresa cancelara la sentencia objeto de esta demanda..."* (Negrilla fuera el texto), sobre lo cual este Despacho remitió el Oficio No. OGPC-1167 a la Superintendencia Nacional de Salud (fl. 119), solicitándole a la misma que indicara si el accionante realizó algún trámite con el fin de que se le efectuara el pago ordenado en la sentencia judicial de fecha 12 de junio de 2008, y en respuesta a este la entidad con oficio radicado el 25 de enero de 2017 (fl. 126) señaló:

*"Le informo que esta Entidad desconoce el proceso laboral en mención, por cuanto no fue demandada, ni llamada en garantía en dicho proceso. De otra parte, de conformidad con la documental allegada, se observa que la Superintendencia Nacional de Salud, nunca fue parte en el proceso 2003-00218, ni menos condenada por tal razón..."*

En cuanto al segundo elemento de responsabilidad, este es la conducta irregular, defectuosa, activa u omisiva de la autoridad que infiere el daño, el Despacho advierte que no se logró demostrar, lo cual se desprende de las siguientes consideraciones.

Como ha quedado establecido, la Superintendencia Nacional de Salud no tiene como función la de adelantar la liquidación forzosa de las entidades por ella vigiladas, sino que su función se limita a designar al agente especial liquidador, así como ejercer el control y seguimiento sobre las actuaciones del liquidador, y de esta forma para imputar responsabilidad por falla del servicio a la entidad demandada, con ocasión del mencionado proceso liquidatorio, debe comprobarse que esta omitió alguna de sus

funciones o las realizó de manera irregular, defectuosa, inadecuada o descuidada, lo cual no se señaló en la demanda ni se logró acreditar en el plenario.

Adicionalmente, tampoco se acreditó ni se expresó en la demanda que el actor hubiere solicitado a la Superintendencia demandada que interviniera en virtud de sus funciones de control y seguimiento sobre el proceso de liquidatorio o sobre las decisiones que se estuvieren tomando por parte del agente especial liquidador, por alguna actuación ilegal o irregular del mismo, y que en tal sentido se hubiese presentado omisión alguna.

De esta forma, tal como lo evidencian las diferentes resoluciones que hacen parte de las pruebas documentales allegadas, la liquidación de la empresa ES MAS SALUD no fue adelantada por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, sino por la sociedad BANCA Y GESTIÓN LTDA, y como se desprende del basto marco normativo y jurisprudencial analizado, el agente especial liquidador, es un particular en ejercicio de funciones públicas transitorias, es decir, un tercero ajeno al presente proceso, a quien el actor no imputó responsabilidad alguna.

En el mismo sentido, se advierte que el actor pudo en primer lugar, con el fin de prevenir el daño que pretende se repare, solicitar que se reabriera el proceso liquidatorio en los términos del numeral 4 del artículo 300 del Decreto Ley 663 de 1993, el cual señala:

*“Artículo 300.- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 606 de 1998, Modificado por el art. 25, Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: Etapas del Proceso Liquidatorio (...)*

*4. **La liquidación podrá reabrirse** cuando con posterioridad a la declaración de terminación de la existencia legal de una persona jurídica se tenga conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de tal entidad, **o de situaciones jurídicas no definidas**. En este caso la reapertura se realizará por el término que señale el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y tendrá por objeto exclusivo liquidar dichos activos o definir tales situaciones jurídicas. (Subrayado y Negrilla fuera de texto original)*

A su vez, como ya se expuso, los actos administrativos emitidos por los agentes liquidadores, dentro de los procesos de liquidación forzosa administrativa son susceptibles de control jurisdiccional, y si el actor consideraba que estos actos eran contrarios a derecho, o que adolecían de cualquier vicio o causal de nulidad, oportunamente pudo haberlos demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dirigiendo la respectiva demanda principalmente contra el mencionado agente especial liquidador que en este caso se trata de la sociedad BANCA Y

GESTION LTDA, como otra forma de prevenir el daño alegado, omisión del actor que no es imputable a la entidad demandada.

Así las cosas, en cuanto al argumento del accionante, que señala que la falta o falla del servicio se da en razón a que la empresa ES MAS SALUD ESS fue liquidada erróneamente, cabe resaltar lo dispuesto en los Decretos 1922 de 1994, 788 de 1998, Decreto 663 de 1993 artículo 116, Decreto 2418 de 1999, que sirvieron de fundamento para que la Superintendencia Nacional de Salud tomara la decisión de revocar la autorización para administración y operar el régimen subsidiado a la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA "ES + SALUD", a través de la Resolución No. 0481 de 2001 (fls. 138 – 140), que cita:

*“...que en conclusión la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA “ES + SALUD” no cumple todos y cada uno de los requisitos por el Decreto 1804 de 1999 y, en consecuencia procede la revocatoria de la autorización para administrar y operar el régimen subsidiado”*

Frente a lo anterior, el apoderado actor no señaló la situación de la cual se pudiera inferir la supuesta falla del servicio cometida por parte de la demandada, así como tampoco aportó prueba alguna que dejara ver el incumplimiento de las cargas de la Superintendencia en lo referente al proceso liquidatorio que concluyera con la terminación de la existencia de la EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ES MAS SALUD, ORGANIZACIÓN COOPERATIVA "ES + SALUD", pues como se observa en el expediente de la referencia, las documentales solicitadas a la parte accionante no fueron tramitadas ni allegadas al plenario, además que el Despacho con proveído del 3 de febrero de 2017 decidió prescindir de los testimonios solicitados por el actor, atendiendo a que no se justificó siquiera sumariamente la inasistencia de los testigos a la diligencia de recepción de testimonios (fl. 134).

Por otra parte, de conformidad con el artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se debe precisar que los procesos de liquidación forzosa administrativa, son de *carácter concursal y universal, y tienen como finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de algunos privilegios legales de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos*, sin que dichos procesos garanticen el pago o satisfacción de la totalidad de obligaciones y acreedores de las entidades intervenidas, por esto es

claro que las intervenciones empresariales ordenadas por las Superintendencia y llevadas a cabo por los agentes especiales liquidadores, deben procurar por la recuperación de la empresa intervenida y el cumplimiento de sus obligaciones económicas, sin que se asegure el cumplimiento de estos objetivos, siendo este tipo de actividades de medios y no de resultados.

Corolario de todo lo anterior, y al no encontrarse configurados los requisitos señalados en la Ley y la Jurisprudencia para establecer una falla del servicio, dentro del *sub examine* se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

## **7. Costas**

Finalmente, la Sala observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el *sub lite* ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

## **F A L L A:**

**Primero.-** **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

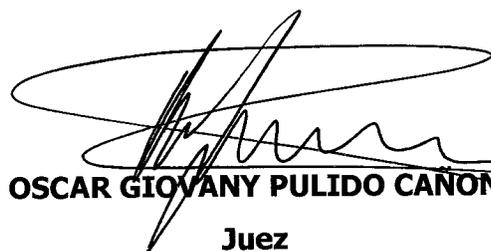
**Tercero.-** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

**Cuarto.-** En firme esta providencia, por secretaria dispóngase lo necesario para la devolución del expediente del proceso ordinario laboral con radicado No. 15001310500120030021800 allegado en calidad de préstamo en dos cuadernos por parte del Juzgado Primerio Laboral del Circuito de Tunja, dejándose las constancias y anotaciones a que haya lugar.

**Quinto.-** Cumplido lo anterior archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

**Sexto.-** **Aceptar** la renuncia de poder presentada por el abogado **PEDRO ALONSO CASTELBLANCO TORRES**, como apoderado de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

**Notifíquese y cúmplase.**



**OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÓN**  
Juez