



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control: Reparación Directa
Expediente: 110013336038201700024-00
Demandante: Fundación Integral para la Salud y la Educación Comunitaria del Magisterio – FINSEMA IPS
Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social y otros
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.1.- Pretensiones

A través del presente medio de control, la parte demandante persigue los siguientes pronunciamientos principales y subsidiarios:

1.1.1.- Pretensiones principales

1.1.1.1.- Declarar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y al señor **LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ**, administrativa y extracontractualmente responsable, bajo el título de imputación de daño especial, por el daño antijurídico causado a la **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO – FINSEMA – IPS**, en la operación administrativa materializada en la intervención y liquidación de **SOLSALUD EPS. S.A.**

1.1.1.2.- Que como consecuencia de lo anterior se les condene al pago de i) \$178.213.653, correspondiente a los servicios de salud prestados a **SOLSALUD E.P.S. S.A.**, reclamados en acreencia No. A04.91, graduada a través de la Resolución No. 003299 del 2014; y al pago de ii) \$1.991.463.892 reclamados en la acreencia No. A03.92, graduada a través de la Resolución No. 3300 de 2014. Así mismo, pide que se le condene al pago de los daños materiales (lucro cesante, daño emergente y pérdida de oportunidad) que se logren demostrar en el proceso.

1.1.1.3.- Que se condene al pago de los intereses comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

1.1.1.4.- Que se ordene la indexación de los rubros solicitados.

1.1.1.5.- Que se condene al pago de los gastos del proceso y en especial los gastos de honorarios pagados a los apoderados.

1.1.1.6.- Que se condene en costas y agencias en derecho.

1.1.2.- Primera pretensión subsidiaria

1.1.2.2.- Declarar que la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, se han enriquecido sin justa causa, en razón al no pago de los servicios prestados por **FINSEMA IPS** a **SOLSALUD EPS. S.A.**

1.1.3.- Segunda pretensión subsidiaria

1.1.3.1.- Declarar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y al señor **LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ** administrativa y extracontractualmente responsable, bajo el título de imputación de daño especial, por el daño antijurídico causado a la **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO - FINSEMA - IPS**, por la tardía intervención y consecuente liquidación a la que sometió a **SOLSALUD E.P.S. S.A.**

1.1.4.- Tercera pretensión subsidiaria

1.1.4.1.- Declarar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** y al señor **LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ** administrativa y extracontractualmente responsable, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por el daño antijurídico causado a la **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO - FINSEMA - IPS**, por la tardía intervención y consecuente liquidación a la que sometió a **SOLSALUD E.P.S. S.A.**

1.1.5.- Pretensión de condena de las pretensiones subsidiarias.

1.1.5.1- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones subsidiarias, se condene a los demandados al pago de i) \$135.633.520, reconocidos por el agente liquidador a favor de **FINSEMA IPS** en la Resolución No. 003299 del 29 de mayo del 2014, mediante la cual se graduó la acreencia No. A04.91; así como que se les condene al pago de ii) \$843'282.211, reconocidos por el agente liquidador a favor de **FINSEMA IPS** en la Resolución No. 003300 del 29 de mayo del 2014, mediante la cual se graduó la acreencia No. A03.92.

1.2.- Fundamentos de hecho

El Despacho los resume de la siguiente manera:

1.2.1.- **SOLSALUD EPS S.A.**, era una Entidad Privada Promotora de Salud, constituida como sociedad anónima, creada por organizaciones sociales, instituciones de salud y educación, fondos de empleados, cooperativas y entidades sin ánimo de lucro, autorizada para administrar el régimen contributivo y subsidiado, vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud, y con presencia en 3 regiones de país, norte, centro oriente y nororiente, en 22 departamentos y 357 municipios, con un total de 155.358 usuarios activos para el régimen contributivo y 1.173.017 usuarios activos para el régimen subsidiado.

1.2.2.- Entre la **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO FINSEMA IPS** y **SOLSALUD EPS S.A.** existieron, entre otros, 12 contratos de prestación de servicios con el fin de prestar los servicios de salud contemplados en el POS, en diferentes modalidades.

1.2.3.- Con Resolución No. 000671 del 27 de marzo de 2012, la Superintendencia Nacional de Salud, adoptó medida cautelar preventiva de toma de posesión inmediata de bienes, haberes y negocios de intervención forzosa para administrar de SOLSALUD E.P.S. S.A., entre otras, por i) el no pago de sus obligaciones a la red prestadora de servicios de salud, ii) falta de confiabilidad de sus estados financieros, iii) reiterados incumplimientos a las órdenes de la Superintendencia, iv) desconocimiento de las normas sobre contratación con las ESE y un margen de solvencia negativo. Desde ese momento, la EPS entró en proceso de intervención forzosa administrativa y se designó al Dr. Mario Alberto Posada Rojas, como interventor.

1.2.4.- Luego de sucesivas prórrogas, la Superintendencia Nacional de Salud con Resolución No. 735 del 6 de mayo de 2013, ordenó la toma de posesión inmediata y la intervención forzosa administrativa para liquidar a SOLSALUD EPS S.A., dado que esta no estaba en capacidad, dentro de un término razonable, de superar la mayoría de las circunstancias que motivaron la intervención, generando riesgos inminentes.

1.2.5.- Con Resolución No. 795 del 14 de mayo de 2013, la Superintendencia Nacional de Salud designó en calidad de Agente Especial Liquidador de SOLSALUD E.P.S. S.A., al Dr. Fernando Hernández Vélez, quien suscribió un contrato de mandato con la firma LEGAL STRATEGY SAS., en el cual dejó expresa consideración de que no se encontraba facultada para intervenir en los procesos judiciales en los que se ventilaran los intereses de la entidad a liquidar, pues el objeto era la administración del archivo de la extinta SOLSALUD EPS.

1.2.6.- Con Auto No. 001 del 1 de octubre de 2013, se dio inicio del proceso liquidatorio y a través de aviso emplazatorio publicado los días 15 y 29 de octubre del mismo año, se emplazó a todas las personas naturales o jurídicas que se considerasen con derechos a formular reclamaciones de cualquier índole, a fin de que las radicarán en el período comprendido entre el 29 de octubre y el 29 de noviembre de 2013.

1.2.7.- Con Resolución No. 3802 de 5 de junio de 2014, se declaró el desequilibrio económico entre los activos y pasivos de SOLSALUD EPS S.A., manifestando que el total de los activos disponibles de la entidad en liquidación ascendía a la suma de \$ 5.002.674.764, suma que estaba comprometida para el pago de los gastos necesarios para adelantar el proceso liquidatorio, el pago de obligaciones laborales y las reservas necesarias para la conservación del archivo, resultando insuficientes para pagar los créditos fiscales, parafiscales y de quinta clase reclamados de manera oportuna. Sin embargo, con Resolución No. 004478 del 5 de junio de 2014, el Agente Liquidador de manera irregular se facultó a sí mismo como “*mandatario con representación*”, para efectos de pronunciarse en relación con los recursos de reposición que se interpusieran contra las resoluciones expedidas en el proceso liquidatorio, una vez se terminara la existencia legal de aquella.

1.2.8.- Con Resolución No. 004984 del 06 de junio de 2014, el Agente Liquidador resolvió declarar terminada la existencia legal de SOLSALUD EPS S.A. EN LIQUIDACION, y luego de esto, a partir de la auto habilitación que se hizo como mandatario, sin ninguna facultad legal aparte de la que él mismo se atribuyó, siguió profiriendo y notificando actos administrativos inoponibles a las IPS acreedoras.

1.2.9.- El 15 de noviembre de 2013, la IPS demandante presentó oportunamente ante el Agente Liquidador de SOLSALUD, las siguientes reclamaciones: i) la No.

A04.91, por valor de \$178.2213.653, y ii) la No. A03.92. por valor de \$1.1991.473.892.

1.2.10.- Respecto de la acreencia No. No. A04.91, fue aceptada parcialmente en la Resolución No. 003299 del 29 de mayo del 2014, con la que se reconoció el valor de \$135.633.520, como crédito de quinta clase y se ordenó su incorporación a la masa liquidatoria.

1.2.11.- Respecto de la acreencia No. A03.92, fue aceptada parcialmente en la Resolución No. 003300 del 29 de mayo del 2014, con la que se reconoció el valor de \$843.282.211, como crédito de quinta clase y se ordenó su incorporación a la masa liquidatoria.

1.2.12.- Sin embargo, ambos reconocimientos se declararon créditos insolutos al no existir disponibilidad de recursos de SOLSALUD E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN por haberse agotado sus activos en los gastos necesarios para adelantar el proceso liquidatorio, el pago de las obligaciones laborales y en las reservas necesarias para la conservación del fondo acumulado del proceso.

1.3.- Fundamentos de derecho

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos diversas providencias del Consejo de Estado relativas a los títulos de imputación del daño especial y la falla en el servicio, e invocó los artículos 48, 49, 53 y 90 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Decreto 2462 de 2013, Decreto 506 de 20056, Ley 489 de 1998, Ley 1438 de 2011, entre otras.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- Ministerio de Salud y Protección Social

El apoderado de esta entidad contestó la demanda a través de documento radicado el 6 de abril de 2018¹, en el que adujo que no le constaban los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que no tienen fundamento jurídico; además, adujo que el supuesto daño antijurídico causado a la IPS demandante por ningún motivo le puede ser endilgado.

En ese sentido, planteo la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, en síntesis, porque dentro del marco de las funciones asignadas a esa Cartera no se encuentra prevista la de ejercer inspección, vigilancia y control a las entidades promotoras de salud cualquiera que sea su naturaleza, instituciones prestadoras de salud o entes territoriales, pues en virtud de la descentralización administrativa y por orden legal, tales funciones se encuentran asignadas a otras entidades del sector público como son las superintendencias, excepción que fue declarada fundada en auto de 19 de octubre de 2020.

Como argumentos de fondo, también alegó la “inexistencia de nexo causal”, insistiendo en que el daño no le puede ser enrostrado; la “inexistencia de solidaridad” y de “obligación”, aseverando que no tiene ningún tipo de relación con la EPS liquidada ni tampoco es responsable de sus actuaciones u omisiones. Finalmente, planteó el “cobro de lo no debido” indicando que no le asiste el deber legal de pagar la indemnización que acá se pretende, ya que no fue empleador de la demandante ni tuvo incidencia en las gestiones administrativas de la extinta SOLSALUD EPS.

¹ Documento digital “023ContestacionDeLaDemanda” del C4.

2.2.- Superintendencia Nacional de Salud

El apoderado judicial designado por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD contestó la demanda con escrito radicado el 9 de mayo de 2018², por medio del cual adujo ser parcialmente ciertos los hechos narrados en la demanda y manifestó su oposición a las pretensiones argumentando que no existe nexo causal entre el daño que se demanda y el adelantamiento de las funciones de su representada, pues de haberse configurado algún daño antijurídico, este solo pudo haberlo generado un tercero, para este caso, el agente especial liquidador quien es independiente y autónomo en la dirección del proceso liquidatorio.

Aseguró que la parte actora desconoce en qué consisten las funciones de inspección, vigilancia y control, y para ello aclaró que la Superintendencia demandada no ejerce como coadministradora de las EPS ni mucho menos de las IPS, hospitales o clínicas, y según la norma vigente al momento de la liquidación, Decreto 1018 de 2007, no se establecía que la Superintendencia estuviera facultada para ser parte del proceso de liquidación ya que esta función estaba a cargo del Agente Especial Interventor; al mismo tiempo alegó que para este caso no concurren los presupuestos para declarar la responsabilidad de la Administración, pues el supuesto daño que se demanda, si existió, no fue causado por la demandada.

Dentro del mismo escrito propuso los medios exceptivos que denominó:

.- “Cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud”: Relata *grosso modo* las acciones que efectuó su representada frente a SOLSALUD EPS desde el año 2006 hasta su liquidación, y concluye con ello que, al contrario de lo manifestado por la demandante, la Superintendencia sí ejerció sus funciones de inspección, vigilancia y control de forma prolija y no incurrió en falla en el servicio, pues una vez tuvo conocimiento de las irregularidades que presentaba la EPS vigilada acudió a esta para subsanarlas y salvar la entidad vigilada, pero la misma no logró hacerlo, por lo que tuvo que ser liquidada. Además, cuestiona que en la demanda no se precisan circunstancias de tiempo, modo y lugar de los presuntos incumplimientos de las funciones, y no describe una conducta activa o pasiva diferente a la que le compete al agente especial liquidador, razón por la que indica que el daño que se demanda no le debe ser imputado.

.- “Falta de legitimación en la causa por pasiva”: Se planteó bajo el argumento de que la Superintendencia Nacional de Salud no está legitimada para responder por las conductas desplegadas por el Agente Especial Liquidador y/o Interventor, ya que fue él bajo su autonomía quien expidió los actos administrativos que declararon insolutos algunos créditos reconocidos en el proceso liquidatorio, decisiones que no fueron cuestionadas ni enjuiciadas ante la jurisdicción por la ahora demandante. Esta excepción fue declarada infundada en auto de 19 de octubre de 2020.

.- “Los actos y/o omisiones del agente especial son autónomos e independientes de la Superintendencia Nacional de Salud”: Fundada en que es el agente especial liquidador de SOLSALUD EPS, como representante legal de la misma y en su condición de auxiliar de la justicia, el único facultado para el reconocimiento de las acreencias adeudadas por la EPS con las entidades prestadoras de salud, por lo que acotó que fue él quien con sus acciones pudo causar el daño que

² Documento digital “025ContestacionDeLaDemanda”, del C4.

ahora se demanda de manera libre y bajo su responsabilidad, aunado a que no actúa en nombre de la Superintendencia demandada. Por ello, aseguró que la Superintendencia Nacional de Salud no es responsable de actos emanados de terceros, en este caso, del agente especial liquidador.

.- “Inexistencia de la obligación”: Basada en que su representada no tiene la obligación de pagar los perjuicios económicos causados a la actora al no pagársele las sumas de dinero que ahora reclama, ya que no es la llamada a cumplir las obligaciones asumidas por SOLSALUD EPS con la convocante, pues no tiene la calidad de contratante ni de deudora, mismas que no pueden atribuírsele así cumpla funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la EPS liquidada.

.- “Inexistencia del nexo o relación de causalidad”: Soportada en que la Superintendencia no ha realizado un hecho dañoso, toda vez que no fue la entidad que negó el reconocimiento de las acreencias sobre las cuales se predica la demanda, por lo que mal podría afirmarse que existía causalidad entre la supuesta omisión que consiste en el rechazo o no pago de la reclamación presentada al Agente Especial Liquidador dentro del proceso de liquidación de SOLSALUD EPS S.A y el daño, esto es, la presunta no cancelación de obligaciones.

.- “hecho de un tercero”: Apoyada en que es el agente especial liquidador de la EPS, como representante legal de la misma y en su condición de auxiliar de la justicia, el único facultado para el reconocimiento de las acreencias adeudadas por la EPS con las entidades prestadoras de salud. Por ello, aseguró que la Superintendencia Nacional de Salud no es responsable de actos emanados de terceros, en este caso, del agente especial liquidador, pues no estaba dentro de sus funciones tomar parte sobre las decisiones o pronunciamientos emitidos por dicho agente.

.- “Inexistencia del daño especial”: Soportada en que la responsabilidad objetiva por daño especial no puede ser aplicada al caso concreto, dado que el presunto daño que se demanda fue causado por el Agente Especial Liquidador quien fue quien decidió pagar o no las acreencias que hacen parte del proceso liquidatorio. Además, indicó que como en la demanda no se hace referencia a alguna acción u omisión de la Superintendencia Nacional de Salud, mal podría imputársele el daño generado por el no pago de una acreencia al interior del proceso de liquidación forzosa, máxime porque no está facultada para ello.

.- “Inexistencia del enriquecimiento sin justa causa”: Basada en que este título de imputación tampoco se configura en el caso de marras; si bien es cierto el demandante aduce que la hoy liquidada SOLSALUD EPS S.A., no realizó el pago de las acreencias por prestación de servicios médicos a sus afiliados, también lo es que esos pagos no los recibió la Superintendencia Nacional de Salud, por lo cual se desvirtúa el hecho que la entidad se haya enriquecido frente a esa presunta falta de pago.

.- “Genérica”: Por medio de la cual pide que se declare probada cualquier excepción que sin haberse alegado se encuentre configurada en el trámite del proceso.

3.- Legal Strategy SA.

La apoderada de la sociedad vinculada contestó la demanda a través de documento radicado el 12 de octubre de 2018³, en el que calificó de innecesaria

³ Documento digital “027ContestacionDeLaDemanda” del C4.

su vinculación dado que considera que cualquier decisión que se tome en este asunto no la afectará, en atención a que tiene prohibido utilizar los recursos obtenidos del mandato suscrito con SOLSALUD S.A. EPS, para el pago de acreencias o decisiones judiciales, entre otras. De igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que estas deben ser probadas, circunstancia que no encuentra acreditada, y que en todo caso las resultados del proceso en nada pueden comprometer su responsabilidad.

Como medio de defensa, propuso las excepciones que denominó:

.- “Inoponibilidad de las pretensiones a Legal Strategy SAS”: Fundada en que, según las pretensiones de la demanda, su representada no está llamada a ser condenada en este asunto ya que es una empresa privada que no ejerce funciones públicas, y su actuar no puede ser catalogado como una falla en el servicio, sobre todo porque su actuar no estuvo relacionado con los supuestos fácticos con los que se pretende edificar la responsabilidad de la administración.

.- “Nadie está obligado a lo imposible”: Basada en que en el improbable caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda, las condenas no pueden ser oponibles a su representada, dado que el supuesto daño se generó en actuaciones en las que esta nada tuvo que ver, pues no profirió acto administrativo alguno, no es sucesor procesal de SOLSALUD EPS SA, la capacidad de reconocer acreencias y pagarlas recae exclusivamente en el Agente Especial Liquidador, además, Legal Strategy SAS no recibió recursos para efectuar pagos, entre otras.

.- “Indebida escogencia del medio de control y caducidad”: Excepciones que fueron declaradas infundadas en auto de 19 de octubre de 2020.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada el 28 de agosto de 2016⁴ ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiéndole al Despacho de la Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada, quien con auto de 15 de diciembre de 2016 declaró la falta de competencia de esa corporación judicial para conocer el asunto de la referencia y ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá de la Sección Tercera, por lo que fue asignado a este Despacho el 25 de enero de 2017⁵. La demanda fue inadmitida el 3 de marzo de 2017 por contener defectos formales.

Con escrito de 21 de marzo de 2017⁶, la parte demandante subsanó la demanda y presentó reforma a la misma, por ello, con auto de 29 de septiembre de 2017⁷, se admitió el medio de control de reparación directa interpuesto por la FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO – FINSEMA – IPS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y el señor LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ, y se dispuso que se hicieran las notificaciones del caso.

Conforme lo previsto en los artículos 199 y 172 del CPACA, la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y la sociedad vinculada LEGAL STRATEGY SAS contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal.

⁴ Documento digital “005ActaDeReparto”, del C1.

⁵ Documento digital “010ActaDeReparto”, del C1.

⁶ Documento digital “003ReformaDeDemanda”, del C4.

⁷ Documento digital “005AutoAdmisorio”, del C4.

Sin embargo, luego de surtirse el trámite procesal para el emplazamiento del demandado LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ, este sujeto procesal presentó oportunamente recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, mismo que se desató en el auto de 23 de septiembre de 2019⁸, con el que se dispuso reponerlo, en el sentido de desvincular del proceso como demandado al señor Luis Fernando Hernández Vélez.

Con auto de 19 de octubre de 2020⁹, se resolvieron las excepciones previas propuestas por las demandadas y el tercero interviniente. En efecto, se declararon infundadas las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud y las de “Indebida escogencia del medio de control y caducidad del medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho”, propuesta por la entidad vinculada Legal Strategy S.A.S.; de otro lado, se declaró probada la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” planteada por el Ministerio de Salud y Protección Social y se terminó el proceso en su contra.

La audiencia inicial tuvo lugar el 27 de mayo de 2021¹⁰, diligencia en la que se evacuaron los tópicos de saneamiento, no hubo excepciones previas que resolver, se fijó el litigio y se exhortó a las partes a conciliar sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio. De igual forma, se decretaron los medios probatorios solicitados por las partes.

La audiencia de pruebas fue celebrada en 2 oportunidades, esto es, el 2 de septiembre¹¹ y el 18 de noviembre de 2021¹², diligencias en las que se incorporó al expediente las pruebas documentales recaudadas; en la última, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Superintendencia Nacional de Salud

El apoderado judicial de esta entidad formuló sus alegatos de conclusión el 25 de noviembre de 2021¹³, escrito con el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó denegar las pretensiones de la misma al considerar que durante el transcurso del proceso quedó plenamente demostrado que su representada ejerció sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre SOLSALUD EPS durante toda su existencia, de manera diligente y oportuna, ajustando su actuar a las normas Constitucionales y Legales que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, agregó que los procesos de intervención forzosa para administrar y posteriormente para liquidar a SOLSALUD EPS, fueron adelantados por los Agentes Especiales Interventores y Liquidadores, quienes no ostentaron la condición de empleados o contratistas de la Superintendencia demandada, respecto de quienes no existe ninguna relación de subordinación o dependencia, constituyendo sus decisiones actos administrativos que gozan de plena presunción de legalidad, por lo que no se puede concluir alguna falla en la prestación del servicio, ni ningún otro título de imputación que permita endilgarle responsabilidad a esa Entidad.

⁸ Documento digital “016Providencia”, del C7.

⁹ Documento digital “022Providencia”, del C7.

¹⁰ Documento digital “14.- 27-05-2021 AUDIENCIA INICIAL”, del C8.

¹¹ Documento digital “29.- 02-09-2021 AUDIENCIA DE PRUEBAS”, del C8.

¹² Documento digital “40.- 18-11-2021 AUDIENCIA DE PRUEBAS”, del C8.

¹³ Documento digital “44.- 25-11-2021 ALEGATOS SUPERSALUD”, del C8.

Aclaró que la Superintendencia Nacional de Salud es un ente eminentemente técnico-administrativo que se encarga de inspeccionar, vigilar y controlar *ex post* el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, adelantando investigaciones administrativas ante la ocurrencia de incumplimientos por parte de sus vigilados, imponiendo las sanciones a que haya lugar y ordenando correctivos hacia futuro para alcanzar la consecución de los fines del Estado, en el ejercicio de funciones propias de policía administrativa; agregó que no se constituye como coadministradora o superior jerárquico de sus vigiladas, ya que estas son entidades autónomas e independientes que dictan sus propias directrices para el manejo de sus negocios.

En cuanto al supuesto retardo en el cumplimiento de funciones que alega la parte demandante, dijo que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, este tipo de responsabilidad no es absoluta y de operación automática, sino que para su configuración se debe en primer lugar probar su ocurrencia y en segundo lugar se debe realizar un análisis ineludible que permita establecer si el retardo es injustificado, situación que claramente no ocurre en este caso, pues consideró que, por el contrario, lo que demuestran las pruebas es que existió un actuar diligente y oportuno, por lo que este argumento no tiene sustento alguno, sobre todo porque el proceso de liquidación forzosa administrativa no contempla un término legal para ser desarrollado.

Agregó que la oportunidad en el caso bajo estudio no se puede determinar desde el punto de vista subjetivo del demandante, pues la Superintendencia Nacional de Salud no ejerce sus funciones para proteger exclusivamente los derechos de los acreedores, sino para proteger los derechos de la colectividad en su conjunto, especialmente el derecho a la salud de los ciudadanos, así como la estabilidad y equilibrio del sistema de salud, y es desde esa óptica que se debe analizar si su actuar fue oportuno o no, pues si se tomaran medidas apresuradas y en violación del debido proceso de los vigilados, como a juicio del demandante debió haber hecho, son claras las consecuencias que de ello se desprenderían pues tomar una decisión tan drástica como liquidar una EPS no es una tarea fácil por los volúmenes de información que se deben analizar.

2.- Parte demandante

El apoderado judicial de la demandante rindió sus alegatos de conclusión el 2 de diciembre de 2021¹⁴, con los que además de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, indicó que en el proceso de liquidación forzosa de SOLSALUD EPS se le causó un daño especial, pues si bien su adelantamiento estuvo acorde con la normativa que lo regula, existió un daño antijurídico que se concretó en la aceptación parcial y la posterior declaratoria insoluble de las acreencias reconocidas por parte del Agente Liquidador a favor de FINSEMA IPS, generando un detrimento patrimonial por el no pago de sus créditos.

De otro lado, aunque reconoce que en este asunto solo se debe aplicar el título de imputación del daño especial, también acude al de la falla en el servicio, el que argumenta en la supuesta demora en la vigilancia y control en la que incurrió la demandada, en primer lugar, porque la Superintendencia Nacional de Salud materializó la insolvencia de SOLSALUD EPS generando con ello un detrimento patrimonial al demandante por el no pago de las acreencias a las que tenía derecho por haber prestado un servicio, y en segundo lugar, porque no se observa que haya protegido los derechos de las prestadoras del servicio al interior del proceso liquidatorio, pues de haberse garantizado, seguramente se habrían reconocido y pagado en su totalidad los créditos.

¹⁴ Documento digital “57.- 02-12-2021 ALEGATOS DTES”, del C8.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto, conforme lo señalado en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del CPACA.

2.- Problema Jurídico

En audiencia inicial de 27 de mayo de 2021, el problema jurídico se planteó así:

“El litigio se circunscribe a determinar: (i) Si la Superintendencia Nacional de Salud es extracontractual y administrativamente responsable de los perjuicios reclamados por el demandante con ocasión a la operación administrativa materializada en la intervención y liquidación de SOLSALUD E:P.S S.A; (ii) Si la Superintendencia Nacional de Salud se enriqueció sin justa causa por el no pago de servicios prestados por FINSEMA IPS a SOLSALUD E.P.S. S.A., y (iii) Si la Superintendencia Nacional de Salud es extracontractual y administrativamente responsable, a título de falla probada del servicio y/o daño especial, por los daños antijurídicos causados a FINSEMA IPS por la tardía intervención y consecuente liquidación estatal a que se sometió a SOLSALUD E.P.S. S.A.”

3.- Generalidades de la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado

El artículo 90 de la Carta Política consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado, la cual enseña:

“**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. (...)”

La anterior disposición constitucional, es la base fundamental para establecer la imputación de responsabilidad de las entidades públicas por la acción, omisión u operación administrativa que cause un daño antijurídico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado, en los siguientes términos:

“La imputación del daño a la Administración es más que la sola relación entre el hecho y el daño. La atribución de responsabilidad de la administración requiere un título y de dicho título es precisamente la acción o la omisión por parte de la autoridad encargada de la prestación del servicio, es decir, que no basta con que exista un daño sufrido por una persona para que éste sea indemnizado, es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir atribuir jurídicamente al estado”.¹⁵

Se desprende, en consecuencia, que para que se pueda imputar responsabilidad a los agentes estatales a causa de un daño antijurídico, se requiere que confluyan tres elementos de manera concurrente: el hecho, el daño antijurídico y el nexo causal entre este y aquél.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia 15199 del 23 de noviembre de 2005. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

Por otra parte, la teoría de responsabilidad de la Administración ha acogido dos criterios básicos: la responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, y la responsabilidad objetiva, por daño especial o riesgo excepcional, caso este último en el cual no es relevante para determinar la configuración del mismo la “*subjetividad de la conducta de la entidad demandada*”, estableciéndose como únicos elementos de exoneración, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero y la fuerza mayor.

Entonces, para que se abra paso la responsabilidad del Estado, el juez administrativo debe verificar la existencia del daño antijurídico, como primer elemento de la responsabilidad y, una vez constatada su existencia, debe determinar si le es imputable o no a la entidad demandada, dado que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar, para ello la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha encargado de determinar que, para que el daño antijurídico sea indemnizable, requiere que éste se estructure cabalmente, para lo cual dispuso que por “*tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura.*”¹⁶

Así, para que el Estado indemnice el daño causado al administrado, es necesario que además de ser antijurídico, haya sido causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, *Vr. Gr.*, que el daño se haya ocasionado como consecuencia de una conducta desarrollada por una autoridad pública o una omisión o ausencia de cumplimiento de sus funciones. Es decir, que concurren la causalidad material - *imputatio facti* y la atribución jurídica - *imputatio iuris*.

La imputabilidad, como se vio, no solamente tiene un componente jurídico, que surge de la conducta asumida por la Administración frente a sus deberes funcionales, sino que también tiene un ingrediente fáctico, circunscrito a la relación de causalidad que debe existir entre la acción o la omisión de la autoridad y la producción del daño que denuncia la parte demandante haber sufrido. Esto lleva al plano del *onus probandi*, dado que a la misma le incumbe probar que los hechos lesivos sucedieron bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar denunciadas, en virtud a que la mera afirmación, en estos casos, resulta insuficiente para dar por establecidos los hechos.

En sentencia de 13 de abril de 2016¹⁷, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció frente al principio de imputabilidad así:

“Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implican la “atribución”, lo que denota en lenguaje

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Sentencia de 1º de agosto de 2016. CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación: 66001-23-31-000-2009-00171-01 (40943)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 51561.

filosófico jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

(...)

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible.

(...)

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”¹⁸.

Atendiendo a las condiciones concretas en las que se haya producido el hecho, el Despacho deberá entonces adaptar el régimen de responsabilidad al caso concreto. Así, cuando el daño se produzca como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas se aplicará el régimen de daño especial; cuando éste proviene de la realización de actividades peligrosas donde predomine el riesgo se aplicará la teoría del riesgo excepcional. Pero, en todo caso, el daño no es imputable al Estado si se evidencia que fue producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, toda vez que con ello no se configura el nexo causal entre el hecho que se imputa a aquél y el daño¹⁹.

En el caso de falla del servicio, como título para imputar responsabilidad al Estado, se configura por alguno de los siguientes supuestos: (i) retardo, (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia, u (iv) omisión o ausencia del mismo.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que:

“El retardo se da cuando la Administración actúa 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.”²⁰

Así las cosas, en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla del servicio, adicional al daño antijurídico se requiere que este se haya

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁹ Al respecto, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de noviembre 11 de 2009 (expediente 17393) y de abril 28 de 2005 (expediente 15445).

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”. CP: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de abril de 2011, Radicación: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

configurado porque la entidad demandada haya actuado de manera tardía, irregular, ineficiente o que no haya actuado.

4.- Responsabilidad del Estado por daño especial

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que este título de imputación es residual y excepcional, cuando la responsabilidad de la administración no puede ser decantada bajo la falla del servicio o el riesgo excepcional. En efecto dijo: *“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”*²¹.

Así, ha dicho la alta corporación judicial que la teoría del daño especial tiene su fundamento en la equidad, puesto que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad. Sobre este daño, la doctrina también ha señalado que hace parte del principio básico de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, pues mientras un ciudadano soporta las mismas cargas públicas que los demás, nada puede reclamar al Estado, pero de llegar a soportar una carga especial surge el deber por parte de este último de indemnizar.

Lo anterior lleva a la aseveración de que el daño especial se presenta cuando existe ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, de tal forma que la antijuricidad del daño dependerá exclusivamente de tal desequilibrio y deberá tener las características de anormalidad y especialidad, ya que si a un administrado se le coloca en circunstancias que saca del estándar o lo diferencia o distingue de manera negativa respecto del grupo de ciudadanos que se encuentran en la misma situación fáctica o jurídica, se abre entonces el deber de reparar aquel daño que de contera se torna en antijurídico.

En este sentido se concluye que el daño especial enmarca una actuación legítima del Estado, que causa el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, y debe estar revestido de certeza para ser indemnizado, pues no puede tratarse de un daño genérico o hipotético sino de un daño específico que afecta un derecho consolidado.

5.- Del enriquecimiento sin justa causa.

El Consejo de Estado²² ha establecido que se configura el enriquecimiento sin causa como fuente de obligación cuando se cumplan con los siguientes requisitos: *“(i) la existencia de un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja positiva— o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno —ventaja negativa—, (ii) el empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido, (iii) la ausencia de causa jurídica, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto, iv) que el*

²¹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “A”. Sentencia de 12 de febrero de 2014. Exp. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250. CP: Hernán Andrade Rincón.

²² Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección “A”, CP: María Adriana Marín, sentencia de 6 de febrero de 2020. Rad. 05001-23-31-000-2009-01208-01(46361)

demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos y, v) la *actio in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.”.

6.- Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud

La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, y le corresponde la inspección, vigilancia y control de las empresas promotoras de salud, como actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tales competencias se encuentran definidas en el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007²³, en virtud del cual la inspección implica actividades de seguimiento, monitoreo y evaluación tendientes a solicitar, confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de los entes vigilados. A su vez, el artículo 37 *ibidem*, definió los ejes del sistema de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, así:

“ARTÍCULO 37. EJES DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

1.- Financiamiento. Su objetivo es vigilar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud.

2.- Aseguramiento. Su objetivo es vigilar el cumplimiento de los derechos derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud.

3.- Prestación de servicios de atención en salud pública. Su objetivo es vigilar que la prestación de los servicios de atención en salud individual y colectiva se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

4.- Atención al usuario y participación social. Su objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de

²³ ARTÍCULO 35º: 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, técnicocientífica, 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 éste.

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.

Seguridad Social en Salud, así como los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de igual forma promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario del servicio de salud.

5.- Eje de acciones y medidas especiales. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Salud, deberá decidir sobre su liquidación.

6.- Información. Vigilar que los actores del Sistema garanticen la producción de los datos con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia.

7.- Focalización de los subsidios en salud. Vigilar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y la aplicación del gasto social en salud por parte de las entidades territoriales...” (Subraya fuera de texto)

Por su parte el Decreto 2462 de 7 de noviembre de 2013, establece competencias específicas de control y vigilancia en torno a las prestadoras de servicios de salud, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 23. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA PARA PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD. Son funciones de la Dirección de Inspección y Vigilancia para prestadores de Servicios de Salud, las siguientes: (...)

9. Realizar los estudios para la expedición del concepto previo para decretar la intervención o la toma de posesión para administrar a los Prestadores de Servicios de Salud.

10. Realizar las actividades de inspección y vigilancia sobre los Prestadores de Servicios de Salud, en relación con el cumplimiento de las normas del Sistema de Seguridad Social en Salud que regulan la generación, flujo, administración, recaudo y pago oportuno y completo de los aportes y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

11. Verificar que la información de carácter financiero y presupuestal de los Prestadores de Servicios de Salud, reflejen su situación financiera y los resultados de operación y recomendar al Superintendente Delegado las decisiones que se deban adoptar...”

De lo anterior se desprende que la Superintendencia Nacional de Salud tiene como objetivo la inspección y vigilancia sobre los Prestadores de Servicios de Salud, en relación con los recursos del sector salud, y se destaca que sus funciones se refieren a i) vigilar la prestación eficiente del servicio de salud, ii) garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios, iii) vigilar la aplicación del gasto social, y iv) adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa.

7.- Caso en concreto

La sociedad FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO – FINSEMA – IPS, reclama la reparación del daño económico sufrido al no recibir el pago de las acreencias que tenía respecto de los servicios de salud prestados a SOLSALUD EPS S.A., toda vez que se declararon insolutas en el proceso de liquidación forzosa de dicha sociedad al evidenciarse, entre otros, el desequilibrio económico de esta. Para ello, pide que se declare la responsabilidad de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD a título de daño especial, por los daños causados con la operación administrativa materializada en la intervención y liquidación de Solsalud EPS S.A.

Al mismo tiempo, y como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que la demandada se ha enriquecido sin justa causa, en razón al no pago de los servicios prestados por la FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO – FINSEMA – IPS, a SOLSALUD EPS S.A.; también como pretensión subsidiaria solicita se declare la falla en el servicio de la demandada por los daños antijurídicos causados a la IPS demandante por la tardía intervención y consecuente liquidación estatal a que se sometió a dicha sociedad.

5.1.- Hechos probados

De los medios probatorios recabados para resolver el problema jurídico planteado líneas atrás, se destacan los siguientes:

1.- Contrato suscrito entre SOLSALUD EPS y la Fundación Integral para la Salud y la Educación Comunitaria del Magisterio – FINSEMA – IPS, para la prestación de servicios de salud, así como un gran volumen de facturas²⁴.

2.- Resolución No. 00671 de 27 de marzo de 2012²⁵, “*Por medio de la cual se adopta MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA DE TOMA DE POSESIÓN INMEDIATA DE LOS BIENES. HABERES Y NEGOCIOS Y DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA ADMINISTRAR EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO EPS Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO EPSS DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD EPS S.A. con NIT. 804.001.273-5. COMO INSTITUTO DE SALVAMENTO Y PROTECCION DE LA CONFIANZA PÚBLICA*”, la cual tuvo la finalidad de establecer la situación real de la intervenida, lograr el cabal cumplimiento de su objeto social y garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, con la observancia de las normas que rigen para el Sistema General de Seguridad Social en Salud y lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como quiera que de la visita ordenada en el auto No. 00366 de 28 de julio de 2011, el Comité de Intervenciones concluyó que el Programa de EPS del régimen contributivo y subsidiado de Solsalud EPS, generan un riesgo inminente al aseguramiento en salud, a la prestación de los servicios de salud ofertado a sus usuarios, a su estabilidad financiera y por ello al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para ello, estableció el termino de 2 meses, prorrogable por un término igual, con el fin de determinar si la EPS debía liquidarse o si se podían tomar las medidas necesarias para que continuara desarrollando su objeto social, además, se tomaron otras determinaciones. No obstante, sus efectos fueron

²⁴ Capeta “MEDIOS”, del C2.

²⁵ Documento digital “Resolución 000671 de 2012”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

prorrogados a través de la Resolución No. 2321 del 2012²⁶, por 6 meses, y Resolución No. 106 del 25 de enero 2013²⁷, por 1 año.

2.- Resolución No. 00735 de 10 de 6 de mayo de 2013²⁸, “*Por medio del cual se ordena la Toma de Posesión de Bienes Haberes y Negocios y la Intervención Forzosa Administrativa para Liquidar el PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EPS Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPSS DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD EPS S.A., identificado con NIT. 804.001.273-5.*”. Esta decisión se fundó en que a pesar de adelantar todas las acciones necesarias para superar los hallazgos que fundamentaron la toma de posesión para administrar, estos no se superaron, destacando los informes presentados por el Contralor y el Agente Especial Administrador, quienes concluyeron que la intervenida presentaba falta de oportunidad y calidad en la prestación del servicio de salud, haciendo que sus afiliados tuvieran que recurrir en muchas oportunidades a la acción de tutela para lograr atención médica o entrega de medicamentos, lo cual va en contra del derecho fundamental a la salud.

3.- Resoluciones Nos. 1428 de 31 de julio de 2013²⁹ y 1474 de 12 de agosto de 2013³⁰, que resolvieron recursos de reposición contra la anterior determinación y la mantuvieron incólume.

4.- Informe Final de Rendición de Cuentas del Proceso Liquidatorio de Solsalud EPS S.A.³¹

5.- Resolución No. 003802 de 5 de junio de 2014³², “*POR LA CUAL EL AGENTE ESPECIAL LIQUIDADOR SE PRONUNCIA EN RELACIÓN CON LAS RECLAMACIONES EXTEMPORANEAS Y EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS ORDINARIOS, DE EJECUCIÓN, FISCALES YO SANCIONATORIOS QUE CURSAN O LLEGAREN A NOTIFICARSE EN CONTRA DE SOLSALUD E.P.S. S.A. EN LIQUIDACIÓN*”, y con la que i) declaró como insolutos los créditos fiscales, parafiscales y de quinta clase reclamados de manera oportuna y reconocidos mediante acto administrativo en el proceso liquidatorio, en especial por el agotamiento total de los activos disponibles de SOLSALUD EPS S.A. en Liquidación; ii) rechazó las obligaciones litigiosas y declaró la imposibilidad material y financiera de SOLSALUD EPS S.A. En Liquidación de constituir la reserva técnica y económica que dispone el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010; iii) rechazó totalmente los créditos reclamados de manera extemporánea; y iv) ordenó la depuración y castigo contable en la contabilidad de SOLSALUD EPS S.A. En Liquidación de todas aquellas obligaciones en contra de la intervenida que no fueron reclamadas de manera oportuna ni de manera extemporánea y que se encuentran registradas en los estados financieros.

6.- Resolución No. 004964 del 6 de junio de 2014, suscrita por el Agente Liquidador de SOLSALUD EPS En Liquidación, a través de la cual se declara terminada su existencia legal³³.

²⁶ Documento digital “Resolución 002321 de 2012”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

²⁷ Documento digital “Resolución 000106 de 2013”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

²⁸ Documento digital “Resolución 000735 de 2013”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

²⁹ Documento digital “Resolución 001428 de 2013”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

³⁰ Documento digital “Resolución 001474 de 2013”, visible en la carpeta “MEDIOS”, del C4.

³¹ Documento digital “PRUEBAS Y ANEXOS”, visible en el “CUADERNO2” de la carpeta “28.- 02-09-2021 PRUEBA EXPEDITENTE TRIBUNAL SANTANDER”, del C8.

³² Página 778 del documento digital “PRUEBAS Y ANEXOS”, visible en el “CUADERNO2” de la carpeta “28.- 02-09-2021 PRUEBA EXPEDITENTE TRIBUNAL SANTANDER”, del C8.

³³ Página 31 a del documento digital “015Recursos”, del C7.

7.- Resolución No. 003299 del 29 de mayo de 2014³⁴, “POR LA CUAL SE DETERMINA, CALIFICA Y GRADÚA UNA ACREENCIA OPORTUNAMENTE PRESENTADA CON CARGO A LA MASA LIQUIDATORIA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. S.A. EN LIQUIDACION”, suscrita por el Agente liquidador de SOLSALUD EPS, y a través de la cual aceptó parcialmente la acreencia presentada de manera oportuna por FINSEMA IPS, ordenando su incorporación a la masa liquidatoria de dicha sociedad como crédito de **quinta clase** por el valor de \$135.633.520 teniendo como radicado No. A04.91; igualmente declaró como créditos insolutos los valores reconocidos a través de esta resolución, al no existir disponibilidad de recursos, al haber agotado sus activos en los gastos necesarios para adelantar el proceso liquidatorio, en el pago de las obligaciones laborales y en las reservas necesarias para la conservación del fondo acumulado del proceso liquidatorio; así mismo, declaró liquidados todos los acuerdos de voluntad y/o contratos suscritos.

Y dentro de sus antecedentes, destacan las causas de la suspensión y liquidación de SOLSALUD EPS, con las que se adujo lo siguiente:

“De la supresión y liquidación de la entidad: En el estudio de evaluación técnica realizado por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme consta en la Resolución No. 735 de 2013, se estableció que la entidad ha presentado déficit operacionales, de tal manera que no le han permitido ni financiar ni pagar sus gastos de funcionamiento, así como proveer los suministros y elementos mínimos necesarios para garantizar una adecuada atención a los usuarios afiliados, y de contera se presenta una deficiente prestación de los servicios de salud a su cargo. Que la conclusión a la cual llega la Superintendencia Nacional de Salud luego de concluida la fase de intervención para administrar es la liquidación de SOLSALUD E.P.S. S.A., como quiera que no tiene una posibilidad financiera viable para atender sus pasivos.

De conformidad con lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de los preceptos constitucionales previstos en los artículos 48, 49, 365 y en el parágrafo 2° del Artículo 233 de la Ley 100 de 1993, el inciso 1° del Artículo 6° del Decreto 506 de 2005, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, tiene la facultad de tomar en posesión a las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud de cualquier naturaleza, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud (atención a la población afiliada) y/o los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Mediante la Resolución N° 00671 del 27 de marzo de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud, adopto medida cautelar preventiva de los bienes, haberes y negocios de la intervención forzosa administrativa para administrar el PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO E.P.S. Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO E.P.S.S. DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD EP.S. S.A. identificada con el NIT: 804.001.273-5, por el término de dos (2) meses prorrogables; término que fue prorrogado mediante Resoluciones N° 001391 del 25 de Mayo de 2012, N° 002321 del 26 de Julio de 2012, N° 000106 del 25 de Enero de 2013, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud.

No obstante lo anterior, por medio de la Resolución 735 de 6 de Mayo de 2013 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la **intervención Forzosa Administrativa para Liquidar** el PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO E.P.S. Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN

³⁴ Página 4 a 104 del documento digital “002Pruebas”, del C2.

SUBSIDIADO E.P.S.S. DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD EPS S.A., identificada con el NIT: 804.001.273-5.

Con fundamento en lo anterior, el RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE a la intervención forzosa administrativa para liquidar el PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO E.P.S. Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO E.P.S.S. DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. S.A., identificada con el NIT: 804.001.273-5, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto No. 1015 de 24 de mayo de 2002 y en el artículo 1 del Decreto 3023 del 11 de diciembre de 2002, es el previsto en la Resolución No. 735 del 6 de mayo de 2013, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, en el Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), modificado a su vez por la Ley 510 de 1999 y lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 y las disposiciones que las modifiquen, sustituyan, complementen, adicionen o reglamenten y cuando estas normas, hacen referencia a la Superintendencia Financiera de Colombia se debe entender que dicha referencia se hace a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

1.3. De la representación de la entidad: Mediante la Resolución No. 795 del 14 de mayo de 2013 la Superintendencia Nacional de Salud designó en calidad de Agente Especial Liquidador del PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO DE LA E.P.S.S. SOLSALUD E.P.S. S.A. al doctor FERNANDO HERNÁNDEZ VÉLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 4.612.426 de Popayán. En cumplimiento de lo anterior el 16 de mayo de 2013, mediante el Acta S.D.M.E. 013 de 2013 el doctor FERNANDO HERNANDEZ VELEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 4.612.426 de Popayán tomó posesión del cargo ante la Superintendente Delegada para las Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud. (...)"

8.- Resolución No. 003300 del 29 de mayo de 2014³⁵, “POR LA CUAL SE DETERMINA, CALIFICA Y GRADÚA UNA ACREENCIA OPORTUNAMENTE PRESENTADA CON CARGO A LA MASA LIQUIDATORIA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. S.A. EN LIQUIDACION”, suscrita por el Agente liquidador de SOLSALUD EPS, a través de la cual se aceptó parcialmente la acreencia presentada de manera oportuna por FINSEMA IPS, ordenando su incorporación a la masa liquidatoria de SOLSALUD EPS En Liquidación, como crédito de **quinta clase** por el valor de \$843.282.211, teniendo como radicado No. A03.91; igualmente, declaró como créditos insolutos los valores reconocidos a través de esta resolución, al no existir disponibilidad de recursos de SOLSALUD EPS En Liquidación, al haber agotado sus activos en los gastos necesarios para adelantar el proceso liquidatorio, en el pago de las obligaciones laborales y en las reservas necesarias para la conservación del fondo acumulado del proceso liquidatorio; así mismo, declaró liquidados todos los acuerdos de voluntad y/o contratos suscritos, entre otras determinaciones.

5.2.- Sobre la responsabilidad de la demandada y el daño antijurídico

Si bien la parte demandante invoca diferentes títulos de imputación para sacar adelante sus pretensiones, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, se tiene que todos estos buscan la indemnización de un daño antijurídico que encuentra su génesis en un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo. Así, para que estos prosperen, tiene un requisito en común principal que es la comprobación de la ocurrencia de un daño antijurídico y que este le pueda ser endilgado a la entidad demandada.

³⁵ Página 106 a 348 del documento digital “002Pruebas”, del C2.

En ese sentido, se tiene que el primer elemento de la responsabilidad del Estado es el daño antijurídico, y solo una vez verificada su existencia, es procedente continuar con el estudio de los demás elementos que la componen, como quiera que es requisito indispensable de la obligación de reparar. Por ello, el deber del juez en estos asuntos recae en constatar su ocurrencia y la parte demandante debe demostrar i) el daño, ii) la antijuridicidad del mismo, es decir que no tenga el deber jurídico de soportarlo, iii) que se hubiera lesionado un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iv) que el daño fuera cierto, es decir, que se pudiera apreciar material y jurídicamente.

Bajo esta premisa y una vez analizado el material probatorio, se concluye que en este asunto la parte demandante no logró demostrar la ocurrencia de un daño catalogable como cierto y antijurídico. Esto, por cuanto funda su demanda en el menoscabo patrimonial derivado del no pago de sus acreencias en el proceso de liquidación forzosa administrativa de SOLSALUD EPS, no obstante, esta es una carga que está en el deber jurídico de soportar, pues, siguiendo el precedente jurisprudencial sobre la materia, al tener la IPS demandante la condición de acreedora de quinta clase, se encontraba obligada a soportar su no pago derivado del agotamiento de los activos de SOLSALUD EPS, máxime porque en el *sub lite* no quedó demostrado que la acción u omisión de la Superintendencia Nacional de Salud fuera la causa eficiente del déficit operacional y financiero que obligó a su liquidación, encontrando una insuficiencia de los activos para pagar a la demandante las acreencias que le fueron reconocidas por el Agente Especial Liquidador.

En este sentido, no se puede ignorar el precedente vertical de esta jurisdicción en casos como el que ahora se estudia, donde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera ha considerado que no existe daño antijurídico cuando dentro del proceso de liquidación forzosa no se logran los pagos de todos los acreedores derivado del agotamiento de los activos de las EPS liquidadas, ya que las entidades están obligadas en su condición de acreedoras a soportar el no pago.

Por ejemplo, relacionado con la antijuridicidad del daño en estos asuntos, el Tribunal dijo:

“3.5.1.1- La fuente de la obligación de soportar el no pago de sus acreencias, para los titulares de créditos reconocidos en proceso de liquidación forzosa, encuentra en la ley, es así que el artículo 293 del Decreto-ley 663 de 1993, define el proceso de liquidación, como 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, y advierte que el pago se realizará hasta la concurrencia de sus activos, debiendo preservar la igualdad entre los acreedores, salvo que se trate de créditos que confieren privilegios de exclusión o categoricen como preferentes por la ley, y armoniza el artículo 300 *Ibidem*, como quiera que reitera respecto de estos últimos, que en caso de liquidación, los créditos serán pagados siguiendo las reglas de prelación previstas por la ley, e igual prescriben los artículos 294 y siguientes del Código Civil”³⁶.

En otra oportunidad, concluyó en similares términos:

“Entonces, se reitera que la fuente de la obligación de soportar el no pago de las acreencias que fueron reconocidas a favor de la fundación demandante por parte del Agente liquidador de la EPS Humana Vivir dentro del proceso de la liquidación forzosa se encuentra establecida en la ley (Decreto ley 663 de 1993) donde se define el proceso de liquidación, su finalidad, entre otras

³⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, M.P. María Cristina Quintero Facundo, Radicado: 250002336000-2016-01604-00, Sentencia del 20 de febrero de 2019.

situaciones, advirtiéndose que el pago de los pasivos se realizará hasta la concurrencia de sus activos, y conforme a la prelación prevista por la ley, por esto, agotados los activos de la EPS Humana Vivir, no es antijurídico, el hecho del no pago de los créditos que reconocidos dentro del proceso liquidatorio quedaron insolutos, caso de la acreencia de la aquí accionante, que por cuantía de \$534.939.514 y \$272.507 corresponde al valor reconocido en el proceso liquidatorio de EPS Humana Vivir³⁷

De igual forma, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido una postura similar. Veamos:

“En conclusión, si bien en el presente caso se demostró que las acreencias reconocidas a favor de la Fundación Salud de los Andes se declararon insolutas, lo cierto es que no se trató de un daño antijurídico, pues el no pago de los créditos fue consecuencia de la normativa que regía el asunto, como pasa a explicarse. (...)”

Como consecuencia, la falta de pago de las acreencias no constituye un daño antijurídico, en tanto no fue resultado de una irregularidad de la Superintendencia Nacional de Salud en el marco del proceso de liquidación, sino porque el proceso liquidatorio no contaba con recursos, contingencia que fue el resultado de la aplicación de la normativa establecida para tal fin.

Con anterioridad al nacimiento de la obligación que la referida EPS tenía con la Fundación Salud de los Andes, en nuestro ordenamiento jurídico se encontraba prevista la prelación de créditos, en virtud de la cual, en caso de liquidación, el pago se efectuaría de conformidad con la naturaleza de la deuda y hasta el agotamiento de los recursos previstos para tal fin, reglas a las que la parte actora se sujetó, pues de manera libre decidió contratar con tal entidad y, en esa medida, asumió el riesgo sobre la cartera o cuentas por cobrar, lo que es inherente a los créditos comerciales, sin que en nuestro ordenamiento jurídico se encontrara alguna disposición que le impusiera a la Superintendencia Nacional de Salud el deber de pagarlos³⁸.

La anterior tesis resulta aplicable a este caso, pues de acuerdo con lo señalado en la Resolución No. 00735 de 2013, la liquidación de Solsalud EPS estaba sujeta a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por la Ley 510 de 1999, cuyo artículo 25 prevé que los créditos serán pagados siguiendo las reglas de prelación previstas por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico, la prelación de créditos está consagrada en el artículo 2493 del Código Civil, que establece como causas “*el privilegio y la hipoteca*”.

En virtud de los artículos 2494 a 2511 del Código Civil, “*gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase*”. En la categoría de primera clase están los créditos laborales, fiscales y parafiscales³⁹; como de segunda clase se encuentran los prendarios⁴⁰; tercera clase los hipotecarios⁴¹; y cuarta clase los “*de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios*”.

En cuanto a los créditos de quinta clase, como el que tenía FINSEMA IPS, respecto de la masa de bienes de la EPS SOLSALUD, el artículo 2509 del C.C. señala que estos comprenden los que no gozan de preferencia y se cubren “*a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada sin consideración a su fecha*”.

³⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, M.P. José Élvor Muñoz Barrera. Radicado: 25000-23-36-000-2018-000582, Sentencia de 15 de octubre de 2020.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de mayo de 2021, exp: 65.995.

³⁹ Según lo dispuesto en el artículo 2495 del C.C.

⁴⁰ Artículo 2497 *ibídem*.

⁴¹ Artículo 2499 *ibídem*.

De lo anterior, es dable concluir que fue en virtud de la prelación legal de créditos que la obligación de la sociedad demandante quedó insoluble, pues, por ser de quinta clase, no gozaba de ningún privilegio para ser pagada, sino que estaba supeditada a que sobraran recursos del pago previo de los créditos privilegiados como los de primera, segunda y cuarta clase, y los hipotecarios de tercera clase, lo que no ocurrió⁴².

Entonces, dado que los elementos materiales probatorios recabados de manera regular y oportuna en el expediente no permiten al Despacho concluir que el perjuicio económico que sufrió FINSEMA IPS, se torne en antijurídico, pues fue el resultado de la liquidación forzosa administrativa de su deudor, está obligada en su condición de acreedora de quinta clase a soportar su no pago, pues según la normativa que regula la materia, dichos pagos estaban supeditados al agotamiento de los activos de la EPS intervenida, ya que según lo dispuesto en el Decreto ley 663 de 1993⁴³, en el proceso de liquidación el pago de los pasivos se realiza hasta la concurrencia de los activos y conforme a la prelación prevista por la ley, por esto, se insiste, agotados los activos de la EPS SOLSALUD, no se torna en antijurídico el hecho del no pago de los créditos que reconocidos dentro del proceso liquidatorio quedaron insolubles.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la parte demandante alega como pretensión principal el título de imputación del daño especial por el mero hecho de que los activos en el proceso de liquidación no alcanzaron para satisfacer su acreencia, para el Despacho las pruebas son insuficientes para edificar este tipo de responsabilidad objetiva, como quiera que no se vislumbra que a FINSEMA – IPS se le haya impuesto en el proceso administrativo una carga anormal o excesiva respecto a otros acreedores en idénticas condiciones, y que por ello se pueda hablar del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir, su acreencia fue calificada como pasivo de la masa de liquidación de la entidad que se encuentra sometida al proceso de intervención administrativa y recibió el mismo trato de los acreedores de quinta clase, lo que lleva a la conclusión que esa especial circunstancia es una carga jurídica que debe ser asumida por los acreedores de un proceso concursal.

En otras palabras, no se puede afirmar una carga excesiva frente a los derechos económicos de la demandante, pues tuvo la oportunidad legal de comparecer al proceso de liquidación forzosa administrativa, y, según la naturaleza de su crédito estuvo en igualdad de condiciones con quienes estaban en su misma situación, y al no gozar de ningún privilegio, su pago dependía de que la masa de la liquidación no se agotara, situación que además de no ser objetada por la parte actora al interior de ese proceso, tampoco constituye una situación anormal o especial que lleve al pensamiento de que se le colocó en una circunstancia diferente a la de los demás y que por ello se le vio afectada negativamente.

Por ello, el hecho de que el patrimonio y los remanentes de la EPS se hubiesen destinado a los créditos privilegiados, como los de carácter laboral no vulneró el principio de igualdad de la demandante y no constituyó irregularidad alguna. Por tanto, este título de imputación no tiene la virtualidad de prosperar.

De otro lado, subsidiariamente alega la parte demandante un supuesto enriquecimiento sin justa causa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud por el no pago de los servicios prestados por FINSEMA IPS a la extinta

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de mayo de 2021, exp: 65.995

⁴³ *Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.*”

SOLSALUD EPS liquidada. Sin embargo, esta pretensión tampoco puede prosperar por cuanto las pruebas incorporadas al proceso no demuestran un enriquecimiento injustificado por parte de la demandada, pues si bien es cierto que existió un empobrecimiento de FINSEMA IPS a quien se le reconocieron unos créditos que corresponden al valor insoluto y reconocido en el proceso liquidatorio de SOLSALUD EPS, no se demostró un correlativo enriquecimiento de la Superintendencia Nacional de Salud.

De igual forma, tal como se dijo atrás, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que para que el enriquecimiento sea fuente de obligación debe demostrarse *la ausencia de causa jurídica*, situación que no podría alegarse en el *sub examine* como quiera que la afectación económica de FINSEMA IPS tuvo su fundamento en la Ley, pues se insiste, los titulares de créditos reconocidos en proceso de liquidación forzosa se encuentran obligados a soportar el no pago de sus acreencias, cuando éste deriva del agotamiento de los activos de la masa de la liquidación.

Finalmente, alega subsidiariamente la parte actora un daño especial y una falla en el servicio por la supuesta tardía intervención y consecuente liquidación de SOLSALUD EPS, pretensiones que tampoco serán abrazadas por el juzgado, ya que no se dijo de manera concreta en qué habría consistido la falla del servicio alegada, pues la parte actora se limitó a sostener de manera genérica que incumplió los deberes a su cargo en cuanto a los recursos del sistema, afirmación que carece de sustento probatorio, pues por el contrario, las pruebas allegadas demuestran que la demandada sí actuó de forma diligente en el ejercicio de sus funciones; y porque tal situación, como ya se dijo, no puso a la demandante con una carga anormal o especial que le haya causado un daño antijurídico.

Las resoluciones allegadas al expediente muestran que, mediante auto del 28 de julio de 2011 la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de su facultad de inspección, ordenó la práctica de una visita integral a SOLSALUD EPS, en la que se verificaría sus condiciones de operabilidad, el manejo de la contratación, su estado financiero, organización de la información, entre otros, mismas que se llevaron a cabo el 1° y el 6 de agosto siguiente, cuyos resultados fueron reportados en un informe preliminar, en virtud del cual se le solicitó a la EPS que allegara la información que estimara pertinente para desvirtuar las irregularidades advertidas.

La Superintendencia Nacional de Salud, una vez evaluados los descargos presentados por de SOLSALUD EPS frente a la auditoría practicada y, en ejercicio de sus competencias de control, adoptó la medida cautelar de toma de posesión inmediata de la entidad para efectos de administración, a través de la Resolución 671 del 27 de marzo de 2012, cuyos efectos fueron prorrogados a través de las Resoluciones 2321 del 2012 y 106 del 25 de enero 2013.

La intervención forzosa administrativa para administrar mostró que era inviable que SOLSALUD EPS ejerciera su objeto social y que no podía garantizar la adecuada prestación del servicio de salud con la observancia de las normas que rigen para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que ordenó su liquidación con Resolución 0735 del 6 de mayo de 2013 y dentro del trámite adelantado para tal fin, el liquidador, a través de las Resoluciones No. 003299 y 003300 de 29 de mayo de 2014, calificó y graduó las acreencias de la demandante.

Como se dijo líneas atrás, a la Superintendencia Nacional de Salud le corresponde la inspección, vigilancia y control de las empresas promotoras de salud, competencias que se encuentran definidas en el artículo 35 de la Ley

1122 de 2007, y que a juicio de la parte actora no se cumplieron debidamente. No obstante, aunque la parte demandante aduzca que la Superintendencia Nacional de Salud omitió ejercer tales funciones ante SOLSALUD EPS, no indicó de forma concreta en qué consistió esa omisión, sino que de manera genérica adujo que se intervino tardíamente y que esa situación llevó a la liquidación de la intervenida, afirmación que carece de respaldo jurídico y probatorio, pues lo que indican las pruebas es que la entidad demandada sí procedió en los términos que le correspondía, ya que aun cuando se intervino para poder salvar su objeto social, su realidad operacional y financiera apuntaban más a su extinción que a su permanencia en el sistema.

Así mismo, las pruebas que obran en el expediente sí llevan a la conclusión de que la Superintendencia Nacional de Salud ejerció las funciones de inspección, vigilancia y control que tenía frente a SOLSALUD EPS, al punto que ordenó medidas previas para establecer el estado real de la intervenida, luego su intervención administrativa con el fin de administrar y posteriormente su liquidación, determinaciones cuya legalidad no fueron cuestionadas por la parte actora, acciones que según las pruebas por lo menos iniciaron el 28 de julio de 2011, sin que la parte demandante haya demostrado irregularidad alguna antes de esta data que pudiera dar cuenta de que aun sabiendo sobre alguna anomalía, la Superintendencia demandada no haya ejercido sus funciones.

Ahora, la parte demandante también sostiene que la medida de liquidación fue desproporcionada porque del análisis de los diferentes actores del Sistema de Seguridad Social en Salud se observaba que existían otras EPS en iguales o peores situaciones que SOLSALUD EPS, con márgenes de solvencia negativos y que aún siguen vigentes como el caso de SALUDCOOP EPS. Este argumento tampoco fue mínimamente probado y es un hecho notorio que si bien la intervención para administrar esa EPS se alargó más en el tiempo, también fue objeto de liquidación forzosa administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo que el planteamiento no cuenta con un asidero jurídico sólido que permita demostrar una falla en el servicio.

Así, el material probatorio obrante en el expediente no permite concluir que el momento en que la Superintendencia Nacional de Salud decidió intervenir a SOLSALUD EPS, lo hizo de manera tardía, pues no existe un plazo legal en que se deban ejecutar las funciones de vigilancia y control, y lo que cuentan las diferentes resoluciones allegadas, es el arduo trabajo que se adelantó para poder determinar si debía liquidarse o no la EPS intervenida forzosamente.

Con todo, si la parte actora pretendía endilgar el no pago de sus acreencias en el proceso liquidatorio de SOLSALUD EPS a supuestas demoras en las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud, debió argumentar en qué consistían y probar sus dichos, por el contrario, las pruebas aportadas al expediente no demuestran que la manera y el tiempo en el que se intervino forzosamente la EPS liquidada fuese la causa eficiente de su extinción, ni mucho menos la razón por la cual la misma no pagó las desudas que tenía con sus acreedores, pues si bien la Superintendencia demandada actúa en el Sistema de Seguridad Social en Salud, no se le puede responsabilizar por cualquier anomalía en los negocios que celebran sus vigiladas, pues esto atina más a negocios privados, y las funciones designadas a la demandada se dirigen más a mantener el normal desarrollo y sostenimiento del sistema primordialmente en cuanto a la prestación de los servicios asociados al sistema de seguridad social en salud.

Así las cosas, el Despacho concluye que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas ya que el pago de las acreencias a favor de la demandante no era una obligación de resultado o una situación protegida y garantizada por el

ordenamiento jurídico, sino que el no pago de las acreencias está inmerso dentro de los riesgos normales que las sociedades asumen en sus contratos, al igual que en los trámites de la liquidación forzosa administrativa por el agotamiento de recursos de la sociedad intervenida, lo que si bien es un daño en el patrimonio de la demandante, no lo torna en antijurídico, ya que no se logró demostrar que la Superintendencia Nacional de Salud haya incurrido en omisión de sus funciones de inspección, vigilancia y control, pues finalmente el impago de tales acreencias fue el resultado de la normativa que regía el trámite de la liquidación forzosa administrativa, marco jurídico que en ningún modo obliga a la entidad accionada a tener que garantizar el pago de todas las obligaciones asumidas por las entidades sobre las cuales ejerce sus atribuciones legales.

Además, porque esta carga no resulta anormal o desproporcionada como quiera que tampoco se logró determinar que se le haya dado un trato disparate con respecto a otros acreedores de quinta clase, por lo que resulta ser esta situación una carga jurídica que debe ser asumida por los acreedores de un proceso concursal sometido a igualdad de condiciones. En ese orden de ideas, se tiene que las pruebas y argumentos expuestos en el *sub lite* no son suficientes para edificar la pluralidad de títulos de imputación que invocó la parte demandante.

Por lo anterior, se declararán probadas las excepciones denominadas “Cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud”, “Inexistencia de la obligación”, “Inexistencia del nexo o relación de causalidad”, “Inexistencia del daño especial”, “Inexistencia del enriquecimiento sin justa causa”, toda vez que no se logró acreditar que la entidad demandada deba asumir con su patrimonio la pérdida económica de la demandante, pues no se probó que la Superintendencia Nacional de Salud incurrió en una falla del servicio, enriquecimiento sin justa causa o en un daño especial del cual deviniera el daño alegado.

6.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”. En este caso no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, pues no se observa ningún comportamiento procesal que así lo indique.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “Cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud”, “Inexistencia de la obligación”, “Inexistencia del nexo o relación de causalidad”, “Inexistencia del daño especial”, “Inexistencia del enriquecimiento sin justa causa” formuladas por la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**. En consecuencia, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda de Reparación Directa formulada por **FUNDACIÓN INTEGRAL PARA LA SALUD Y LA EDUCACIÓN COMUNITARIA DEL MAGISTERIO – FINSEMA – IPS**.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ORDENAR la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia al poder presentada por el Dr. **CRISTHIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ DÍAZ** identificado con C.C. No. 80.853.119 y T.P. No. 195.680 del C.S. de la J., quien se venía desempeñando como apoderado judicial de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**⁴⁴.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

JFAT

Correo Electrónicos
Demandante: info@abogadoresresponsable.com; gerencia@finsema.com, diabogada@hotmail.com; juridicajps@juridicajps.com, rtatisg@gmail.com, rdy3004@hotmail.com
Demandada: snotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co; mgrimaldo@supersalud.gov.co, cristian.rodriguez@supersalud.gov.co.
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co

⁴⁴ Documento digital “59.- 14-12-2021 RENUNCIA SNS”, del C8.

Firmado Por:
Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bdda5eea876d446c09f799cf626cac1e7ef1ffc96ebb5bb7e8bd1d44b4364032**

Documento generado en 05/06/2023 09:09:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>