



Bogotá, diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

JUEZ	ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
MEDIO DE CONTROL:	Reparación Directa
RADICACIÓN No.:	110013343064-2016-00481-00
DEMANDANTE:	Servicios Especializados FCB S.A.S
DEMANDADO:	Ministerio de Salud y Protección Social y otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 50**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 18 de agosto de 2016, la Sociedad Servicios Especializados FCB SAS, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, EL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA) y LA RAMA JUDICIAL**, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare la responsabilidad de la Nación -Ministerio de Salud y Protección Social y del Fondo de Solidaridad y Garantía- Fosyga, de la Superintendencia Nacional de Salud y de la Rama Judicial, por el daño antijurídico sufrido por la parte actora, con ocasión del desbordamiento en las funciones delegadas a SOLSALUD EPS SA, en material de salud, por la ineficacia del mecanismo de recobro, situación que causó finalmente el desequilibrio financiero al que se vio sometida, y la consecuencial orden de liquidación de la entidad.

Solicitó se condene a las entidades demandadas al pago de daños materiales en la modalidad de lucro cesante en la suma de \$156.036.682.

En subsidio, se declare la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del Estado y detrimento de la entidad demandante, toda vez que, en aras de la prestación del servicio de salud a la población colombiana en las condiciones impuestas por el sistema, las cuales se encontraban por fuera de las funciones que les habían sido delegadas, se vio disminuido el patrimonio de forma injustificada.

1.2. HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos de la demanda, en los cuales el demandante fundamenta sus pretensiones, se resumen a continuación:

- SOLSALUD EPS S.A, se constituyó legalmente como una sociedad anónima promotora de salud, vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud.
- Mediante Resolución 0478 del 23 de abril de 1996 de la Superintendencia Nacional de Salud, se habilitó a SOLSALUD EPS S.A., para la administración del régimen contributivo y mediante Resolución 1155 del 17 de septiembre de 1997, para la administración del régimen subsidiado.
- Desde el momento de su entrada en funcionamiento como EPS SOLSALUD prestó el plan obligatorio de salud en las zonas encomendadas, no siendo objeto de ningún llamado de atención por parte de los organismos de vigilancia y control del sistema.
- SOLSALUD nunca alcanzo un equilibrio financiero entre activos y pasivos sino que, por el contrario, su operación paulatinamente entró en un estado de detrimento financiero.
- La Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución N° 735 de 2013 estableció que la EPS SOLSALUD S.A presentaba déficit operacional, por lo que ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar; razón por la que no se le ha permitió financiar ni pagar sus gastos de funcionamiento, así como tampoco proveer los suministros y elementos mínimos necesarios para garantizar una adecuada atención a los usuarios afiliados, dando como resultado la liquidación de SOLSALUD por no tener posibilidad financiera viable para atender sus pasivos.
- Por resolución No. 00671 del 27 de marzo de 2012, la Superintendencia Nacional de Salud adoptó 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. de la Sociedad Solidaria de Salud SOLSALUD E.P.S. S.A. por el término de dos meses, término que fue prorrogado por las resoluciones N° 001391 del 25 de mayo de 2012, N°002321 del 26 de julio de 2012 y N° 000106 del 25 de enero de 2013, proferidas por la Superintendencia de Salud.

-. La Sociedad Servicios Especializados FCB S.A.S, se hizo parte en el proceso de intervención de Solsalud EPS S.A, y presentó reclamaciones por los servicios prestados que no habían sido cancelados por la Sociedad intervenida.

-. A través de la resolución N° 3802 de 5 de junio de 2014 "*por la cual el agente especial liquidador se pronuncia en relación con las reclamaciones extemporáneas y en relación con los proceso ordinarios, de ejecución, fiscales y/o sancionatorios que cursan o llegaren a notificarse en contra de SOLSALUD EPS S.A. en liquidación, identificada con el Nit: 800.001.273-5*" quedó en firme la imposibilidad (declaratoria de créditos insolutos) de constituir reserva de ningún tipo de condena en contra de SOLSALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN por el agotamiento total de sus activos disponibles, la cual se publicó el domingo 08 de junio de 2014 en el diario La República y en la página web: www.solsalud.com.co-.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1- Nación Ministerio de Salud y Protección Social – Fosyga- hoy Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Adres- (fl. 588- 601 C. Principal).

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto carecen de fundamento legal y constitucional.

Propuso como excepciones:

-. Inexistencia de falla del servicio por el incumplimiento del deber obligacional de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud; de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 de la ley 1753 de 2015 la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fue creada como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada entre otras funciones, de administrar los recursos del extinto Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y dentro de sus funciones no se encuentra prevista la de ejercer inspección, control y vigilancia a las entidades promotoras de salud, incluso de encontrarse bajo la medida de toma de posesión ya sea para fines de administración o liquidación,

instituciones prestadoras de salud o entes territoriales y mucho menos de las relaciones civiles y comerciales que se susciten entre ellas.

Desde la expedición de la Ley 715 de 2001, a la Superintendencia Nacional de Salud le fue asignada la competencia de la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo, como los dispone el artículo 68 de la citada Ley.

Ahora bien, mediante la Ley 1122 de 2007 se creó el sistema de inspección, vigilancia y control del sistema de seguridad social en salud, como un conjunto de normas, agentes y procesos articulados entre sí, el cual estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales sin perjuicio de las asignadas al Instituto Nacional de Salud y al Invima.

Consideró que el Ministerio de Salud y Protección Social- Fosyga hoy ADRES no tiene dentro de sus competencias legales ni reglamentarias, ninguna relacionada con la inspección, control y vigilancia que se ejerce frente a los agentes especiales de la liquidación o respecto de las entidades Promotoras de Salud, por lo que las pretensiones de la demanda se encuentran llamadas al fracaso.

- Los actos del agente especial interventor son autónomos e independientes del Ministerio de Salud y Protección Social; indicó que teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Salud por medio de la resolución No. 795 del 14 de mayo de 2013 nombró como agente liquidador al señor Fernando Hernández Vélez, es evidente que no es el Ministerio de Salud la que nombra, nombra o designa al agente especial liquidador y por consiguiente, no es posible afirmar que esta tenga vínculo legal, contractual o laboral con el Minsalud.

Adujo que el procedimiento mediante el cual se adelanta la medida de liquidación forzosa administrativa de Solsalud EPS, encuentra sus principios en el artículo 291 del estatuto orgánico del Sistema Financiero, el cual dispone que los agentes especiales desarrollaran las actividades que les sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad.

A la luz de las disposiciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero decreto Ley 663 de 1993, artículo 295, el agente especial liquidador y/o interventor designados y posesionados por la Superintendencia Nacional de Salud, son particulares que ejercen funciones públicas transitorias, sometidos al régimen de los auxiliares de la justicia, sin que para ningún efecto pueda reputarse trabajador o empleado de la entidad en intervención y goza de total y completa autonomía en la toma

de sus decisiones dado que ejerce las funciones de representante legal de la entidad objeto de la toma de posesión.

Indicó que la ADRES en ningún momento puede ser llamada a asumir la responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia de los perjuicios ocasionados por el no cumplimiento de lo ordenado por el acto administrativo expedido por el Agente Especial Liquidador en el cumplimiento de sus funciones, que ejerce bajo su propia e inmediata responsabilidad.

-. Inexistencia de la obligación contractual a cargo del ADRES- quien no es deudor no tiene obligación de pago de la obligación al acreedor; argumentó que en relación con el perjuicio que reclama la parte actora respecto de sus derechos económicos al no pagársele las sumas de dinero reclamadas, este no puede ser atribuido al Ministerio de Salud y Protección Social- Fosyga hoy Adres, que no es la llamada al cumplimiento de las obligaciones civiles asumidas por Solsalud EPS S.A. con las actoras, por el contrario, no puede desconocerse el principio de legalidad al que se encuentra sujeta, como tampoco el principio claramente aplicable al caso del efecto relativo de los contratos, para concluir de manera equivocada que el Ministerio de Salud deba asumir el pago de las relaciones contractuales con un tercero.

-. El daño reclamado no ha sido sufrido por la actora- carácter personal del daño e inexistencia del daño; arguyó que, la parte actora al exigir el pago de la obligación contractual en donde los sujetos de la obligación son Solsalud EPS S.A. y la Sociedad Servicios especializados FCB en la cual la Adres no es parte, solo puede ser atribuida a su contratante y no al Ministerio de Salud- Fosyga hoy Adres.

-. Inexistencia de nexo de causalidad; señaló que las causas que conllevaron a la liquidación d Solsalud EPS S.A. además del déficit financiero, se encuentran relacionadas con componentes técnico científicos de aseguramiento y garantía de la prestación del servicio público de salud, en los dos regímenes subsidiado y contributivo, en donde incumplió de manera reiterada órdenes impartidas por la Superintendencia Nacional de Salud y el incumplimiento de información al órgano de control, que impedía conocer la verdadera situación de la entidad promotora de salud. Al respecto, la Superintendencia, fue clara al concluir en la resolución No. 000671 del 27 de marzo de 2012 que "*...de conformidad con las condiciones y bajo parámetros en que actualmente se encuentra operando el programa de entidad promotora de salud del régimen contributivo EPS y El programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado EPS de la Sociedad Solidaria de Salud Solsalud EPS SA dichos programas generan un riesgo inminente, no solo en el aseguramiento en salud y la prestación de servicios*

de salud ofertados a su población afiliada, sino también es su estabilidad financiera, y la del propio sistema general de seguridad social en salud, hecho por el cual la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra obligada a adoptar medidas necesarias tendientes a superar dicha situación máxime cuando los hallazgos antes referidos, desprenden sin lugar a equívocos la existencia de suspensión en el pago de sus obligaciones de incumplimiento reiterado a las ordenes e instrucciones de la Superintendencia Nacional de Salud debidamente expedidas por ésta, de violación a la Ley, y de graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Nacional de Salud que, a juicio de ésta no permite conocer adecuadamente la situación real de la entidad, en virtud de la vista ordenada por medio del Auto No. 000366 del 28 de julio 11 de 2011, configurándose por ende, las causales a que se refiere los literales a), d), e) y h) del numeral 1 del artículo 114 de la Ley 663 de 1993, modificando por el artículo 20 de la Ley 510 de 1999 adicionado por los artículos 32,33 y 34 de la Ley 795 de 2003".

Adujo que la ausencia de nexo causal radica en que los actos que conllevaron a la liquidación de Solsalud EPS S.A. no son de orbita funcional del Ministerio de Salud, por el contrario, los motivos que ordenaron la toma de posesión para administrar y liquidar son atribuibles a terceros, el ente territorial, así como la propia administración de Solsalud EPS S.A., ya que fue desarrollada de manera negligente, omitiendo reportar información la cual conllevó a que no se pudiera desconocer su estado financiero, de manera que el presunto daño ocasionado no recae en la Adres, es imputable de manera exclusiva a terceros.

- Inexistencia de solidaridad de las obligaciones del agente especial liquidador y el Ministerio de Salud y Protección Social; no existe solidaridad en el pago de la obligación, por no existir fuente legal, convencional o testamentaria, conforme lo exige la ley.

- Ausencia de nexo causal por ausencia de violación del principio de legalidad de la regulación del mecanismo de recobro por parte del Ministerio de Salud y Protección Social; argumentó que el Decreto Ley 1281 de 2002, por el cual se expidieron las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación, en su artículo 15 dispone la necesidad de protección de los recursos públicos con destinación específica; en desarrollo de esta norma el Ministerio de Salud hoy Adres, ha dispuesto que todas las cuentas que pretenden satisfacer y financiar con cargo a los recursos del FOSIGA, deben surtir proceso de recepción, análisis, pago o devolución y la revisión minuciosa tanto jurídica, médica, administrativa y financiera de los soportes y las condiciones en las cuales se realiza el recobro que llevan a

concluir la pertinencia de reconocer o rechazar los valores recobrados, y con lo cual se garantiza la adecuada utilización y flujo de los recursos.

Señaló que, los cuestionamientos y manifestaciones de la actora en el sentido de que el mecanismo de recobro y la regulación normativa serían los determinantes o causantes de la situación a las que se ha visto avocada Solsalud EPS S.A. y al presunto eventual o consecuente daño antijurídico que se pretende demandar, no es cierto, ni se encuentra fundamentado y no resulta en consecuencia legítimo válido ni admisible.

1.3.2.- Nación- Ministerio de Protección Social (fl. 614 – 634 C.1)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que de conformidad con la ley 1735 de 2015, dispuso en su artículo 66 la creación de la Administración de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social – ADRES. Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Esta entidad tienen como objetivo administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financian el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), los cuales confluirán en la Entidad.

Indicó que en virtud de la entrada en operación de la ADRES el 1 de agosto de 2017, se suprimió el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sector Salud-Fosyga y con este la Dirección de Administración de Fondos del Ministerio de salud y Protección Social tal y como lo señala el artículo 5 del decreto 1432 de 2016, modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017, así cualquier referencia hecha a dicho Fondo o a las subcuentas que lo conformaban a la referida Dirección, se entenderán a nombre de la nueva entidad.

Consideró que la entidad responsable de asumir la defensa por los presuntos daños causados a la sociedad demandante, no es el Ministerio de Salud y Protección Social, como quiera que a partir del 1 de agosto de 2017 no es competencia de esa cartera ministerial representar judicialmente a la ADRES.

Indicó que existe un control de tutela ejercido por el órgano central frente a las entidades descentralizadas que forman parte del mismo, destinado solo a asegurar y constatar que las funciones que adquieran ellas por

especialidad cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, sin tener en facultad legal para extender su autoridad respecto a su autonomía administrativa, menos aun tratándose de aquellos actos o competencias que por autoridad de la ley les incumba desarrollar en forma independiente en razón al fin para el cual fueron creadas; así el control de tutela que el ministerio ejerce frente al ADRES o frente a la Superintendencia Nacional de Salud no impida que pueda intervenir en los procesos relacionados con la administración de los recursos de la Seguridad Social en Salud o con los procesos de liquidación forzosa administrativa.

Propuso como excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva; consideró que como quiera que los presuntos hechos y omisiones se relacionan con el Fondo de Solidaridad y Garantías del sector Salud FOSYGA, cuyas funciones se encuentran en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, no con la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, este último no puede ser legalmente vinculado como parte pasiva; no teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en las presuntas acciones u omisiones, no puede afirmarse que éste deba asumir algún tipo de responsabilidad, máxime cuando en los términos del artículo 66 de la Ley 1735 de 2015, es la Administradora de los Recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, la encargada de administrar recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

- Indebida integración del contradictorio- solicitud de vinculación como litisconsorcio necesario por pasiva; señaló que analizadas las funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema general de Seguridad Social en salud- ADRES- y a la luz de lo pretendido por el demandante le asiste un interés directo a la ADRES, por lo que solicitó vincularla al proceso.

- Inexistencia de nexo causal y consecuente ausencia de responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social; argumentó que el Ministerio de Salud y Protección Social como órgano de dirección en materia de salud, solo está llamado a desarrollar las atribuciones que por mandato constitucional y legal le han sido conferidas, en caso contrario, ninguna razón tendrían la existencia de un organismo especializado, si el ente rector además de fijar los respectivos parámetros y límites, asumieron los deberes propios o que por delegación han sido asignados a dicha entidad en razón a su naturaleza.

- Cobro de lo no debido; no es plausible que un órgano del orden nacional como el Ministerio de Salud y Protección Social asuma el pago de

obligaciones que en términos de la ley son de competencia de otras entidades.

- Inexistencia de obligación; el Ministerio de Salud y Protección Social no es responsable de la situaciones u omisiones de una entidad adscrita con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 68 de la ley 489 de 1998.

1.3.3.- Parte demandada Rama Judicial (fl. 646- 649)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que no le constan los hechos de la demanda.

Formulo las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva; por cuanto la Rama Judicial no medió en intervención alguna en desarrollo de las actuaciones que produjeron el presunto daño antijurídico reclamado por la parte actora

- Ausencia de causa petendi; en el entendido que no se dan los presupuestos requeridas para la estructuración de la falla en el servicio alegada, no existe un daño antijurídico causado al demandante, ni nexo de causalidad.

1.3.4.- Parte demandada Superintendencia Nacional de Salud (fl. 654- 663)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Indicó que, la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones legales de inspección, vigilancia y control, inició actuación administrativa frente a las actuaciones de Solsalud EPS S.A.

Argumentó que las Superintendencias Delegadas para la Atención en Salud y para la Generación y Gestión de Recursos Económicos remitieron el informe final de visita el 25 de noviembre de 2011, en el cual se concluyó que Solsalud EPS SA no cumplía con la acreditación y mantenimiento del margen de solvencia con las disposiciones relativas a reservas provisiones, operaciones financieras y de inversiones, evidenciándose una disminución del 90% en la cuenta de inversiones, existían diferencias en la información financiera de las vigencias 2008 y 2009, existencia de embargos sobre las cuentas corrientes, no recuperación oportuna de cartera a cargo del FOSYGA y de las entidades territoriales, falta de depuración y legalización de los anticipos y avances, existencia de cuentas por pagar a los prestadores y proveedores superiores a 30 días, ausencia de red de alto costo, mora en la suscripción de contratos con los prestadores, entre otras.

Con base en los anteriores hallazgos la Superintendencia Nacional de Salud emitió la resolución No 000671 del 27 de marzo de 2012, por medio de la cual se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para administrar a Solsalud EPS S.A.

La Superintendencia Delegada de Medidas Especiales, informó que encontró dentro del archivo del proceso liquidatorio el auto No. 002 del 29 de noviembre de 2013 expedido por el agente liquidador, "por medio del cual se da traslado de los créditos reclamados de manera oportuna dentro del proceso liquidatorio del programa de entidad promotora de salud del régimen contributivo EPS y el programa de entidades salud del régimen subsidiado EPSS de la sociedad solidaria de salud Solsalud EPS S.A en liquidación; estudiado el actuar de la Superintendencia Nacional de Salud frente a Solsalud EPS S.A hoy liquidada se observó que no existió falla en el servicio, pues la entidad ejerció de manera diligente sus funciones de inspección, vigilancia y control desde el mismo momento en que tuvo conocimiento de las irregularidades presentadas al interior de la vigilada.

Indicó que, conforme a los artículos 294 y 295 del estatuto financiero el agente liquidador es responsable de las decisiones y actuaciones que adopte en ejercicio de las facultades administrativas que le fueron conferidos, en este sentido en caso de haberse causado daños a la parte actora con el actuar del agente liquidador, la responsabilidad por los mismos recae directamente sobre dicho agente no sobre la SNS.

Propuso como excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva; argumentó que la SNS no tienen entre sus funciones ni competencias ejecutar, ni avalar, ni mucho menos pagar recobros que presentan las EPS y tampoco recibir dineros por dicho concepto para los medicamentos o procedimientos no POS, de conformidad con la resolución No. 3099 de 2008 modificada por la resolución No. 5395 de 2013.

- Inexistencia de nexo causal; indicó que las actuaciones de la Superintendencia Nacional de Salud se desplegaron en cumplimiento de normas constitucionales y legales que delimitaron sus funciones, y no tuvieron relación directa ni indirecta con los hechos narrados por la parte actora, y dado que la SNS no adelantó el proceso de liquidación de Solsalud S.A, no se puede afirmar que existe causalidad entre el actuar de la SNS y el presunto daño inferido, no existió desbordamiento en las funciones delegadas a Solsalud EPS S.A en materia de salud y menos existió ineficacia del mecanismo de recobro.

- Inexistencia de la obligación en los recobros y pago de acreencias entre vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud; arguyó que el presunto daño no puede ser atribuido a la SNS, pues éste es un organismo de inspección, control y vigilancia y quien decide al interior del proceso liquidatorio pagar o no determinadas obligaciones a acreedores es el agente especial nombrado para tal fin.

- Inexistencia de enriquecimiento sin causa; la SNS no es la encargada de la administración ni el recaudo de los recursos provenientes de los recobros con cargo a los recursos de las subcuentas de compensación o solidaridad del FOSYGA, sino que estas se realizan a través de las solicitudes presentadas por las EPS ante el FOSYGA o entidades territoriales según sea el caso (ADRES), por lo que la SNS no tienen injerencia en la recepción y disposición de los recursos del recobro.

1.5 TRÁMITE PROCESAL

1.4.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 18 de agosto de 2016, (f. 542 C. 2), y a través de auto del 26 de octubre de 2017 se admitió disponiendo su notificación al Ministro de Salud y Protección Social, al Director del Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA al director ejecutivo de la Rama Judicial, y al Superintendente Nacional de (fls. 557- 559 C.2).

Mediante auto de fecha 19 de abril de 2018 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial. (fl. 678 C.2).

El 27 de junio de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 683 a 690 C. 3.), en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través de las entidades demandadas debe proceder a la declaración de responsabilidad por el daño antijurídico sufrido por el demandante SERVICIOS ESPECIALIZADOS FCB S.A.S. por el desbordamiento en las funciones delegadas a SOLSALUD EPS S.A. (liquidada), en materia de salud por la ineficacia del mecanismo del recobro, ya que la misma generó un desequilibrio financiero de SOLSALUD EPS S.A..”

El 30 de mayo de 2019, se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 784- 785 C.3), se precluyó el periodo probatorio, convocando a las partes para que aportaran sus escritos de alegatos de conclusión.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1.- Superintendencia Nacional de Salud (fl 788- 792 C.3) señaló que la entidad es un organismo de inspección control y vigilancia y dentro del proceso de intervención forzosa no es quién adelantó el reconocimiento y pago de las acreencias dentro del proceso liquidatorio, pues esto es función del agente especial liquidador.

Señaló que la pretensión del pago solidario de las acreencias dejadas de pagar por la prestación de los servicios de salud a los afiliados de la EPS Solsalud liquidada no cuentan con asidero jurídico pues la SNS no fue la que contrató los servicios del demandante.

1.6.2.- Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES (fl. 792- 826 C.3) ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.6.3.- Rama Judicial (fl. 827-833 C.3) indicó que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a prosperar pues, el reconocimiento de las sumas de dinero, estaban en cabeza de autoridades diferentes a la Rama Judicial, por lo que insistió en la configuración de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.6.4.- Minsiterio de Salud y Protección Social (fl. 834 – 838 C3) ratifico los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Legitimación en la causa

En el presente proceso comparecen como demandadas la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, El Fondo de Solidaridad Y Garantía (Fosyga) hoy ADRES y la Nación -Rama Judicial.

Tal y como lo ha precisado de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, existen dos tipos de legitimación, una de hecho, que

surge de la formulación de hechos y pretensiones en contra de la parte pasiva, y otra la material, asociada directamente a la participación en los hechos objeto de la *litis* que habrían ocasionado el daño y que constituyen condición necesaria para la prosperidad de aquellas.

En este orden de ideas, la demanda a una persona por un daño y la solicitud del resarcimiento correspondiente supone la legitimación en la causa por pasiva de hecho, sin que implique per se responsabilidad pues ello solamente es posible al momento de proferir decisión de fondo, con base en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así las cosas, la legitimación en la causa por pasiva de hecho, supone la capacidad para ser parte y acudir directamente al juicio de responsabilidad, en orden a ejercer el derecho de defensa frente a los hechos y pretensiones formuladas por el extremo activo, en tanto que la legitimación material en la causa implica un estudio de fondo, en cuya virtud se establece si existió o no una participación efectiva del demandado en la producción de un daño antijurídico.

En el caso particular, la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra legitimada en la causa por pasiva de hecho, pues de lo narrado en la demanda, se desprende que, la parte demandante le imputa la falta de aceptación de la totalidad de los valores reclamados en el proceso de intervención forzosa de la EPS Solsalud S.A, generando un detrimento patrimonio a la entidad demandante Servicios Especializados FCB SAS, como se advirtió en la celebración de la audiencia inicial.

En relación con la legitimación en la causa material por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud, se advierte que, del análisis de las piezas procesales que obran en el proceso, no salta a la vista razón alguna por la cual se pueda concluir que la Superintendencia Nacional de Salud no tenga un interés sustancial en las resultas del proceso y, por el contrario, de un simple análisis -como el que corresponde en esta oportunidad procesal- de las pretensiones y de los hechos descritos en la demanda, así como de las normas que regulan la materia, se observa que dicha entidad tiene como función intervenir en los procesos liquidatarios de las empresas prestadoras de salud.

El Decreto 788 de 1998 se refirió a las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, en relación con las Instituciones Prestadoras de Salud y las Empresas Prestadoras de Salud, en los siguientes términos:

"Artículo 1. 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" (se destaca).*

Por su parte, la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en cuanto a los recursos y competencias en materia de salud, además de otras disposiciones, estableció el ejercicio de la potestad de mediar del Estado, y expresas competencias para la intervención forzosa administrativa para administrar y para liquidar las entidades de la salud, en los siguientes términos:

*"Artículo 42 Competencia en salud por parte de la Nación. (...) 42.8 Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento**. El Gobierno Nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva (...)"*

"(...)

*"Artículo 68 (...) **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" (se destaca).*

Por lo que, frente a la SNS, encuentra el Despacho que existe legitimación en la causa material por pasiva, por cuanto dentro del proceso de intervención forzosa adelantado por la entidad consideró la parte actora sufrió un daño antijurídico por el detrimento patrimonial derivado de la no aceptación de la totalidad de reclamaciones económicas presentadas en la liquidación de la EPS Solsalud S.A.

Si bien es cierto como lo argumentó en la contestación de la demanda, los actos administrativos generadores de daño fueron proferidos por el agente especial liquidador designado, también es cierto que en casos parecidos al que hoy nos ocupa, el Consejo de Estado, ha estudiado que a la Superintendencia le asiste la obligación del control de legalidad de los actos del agente liquidador, por lo que estaría legitimada en la causa por pasiva:

"Durante la intervención forzosa administrativa, el liquidador ejerció funciones públicas administrativas y, en desarrollo de ellas, expidió actos administrativos que producen efectos jurídicos y son susceptibles de control judicial aun cuando la EPS esté extinta en la actualidad. [...] Resulta claro que la labor de la Superintendencia no es sólo de designación del liquidador sino de control sobre sus actuaciones, lo cual implica que deba estar vinculada al proceso de la referencia en orden a que se pronuncie sobre la legalidad de las decisiones que se censuran. En atención a lo anterior la Sala encuentra que, contrario a lo considerado por el a quo, no hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva pues resulta claro que aun cuando ya finalizó el proceso liquidatorio de Solsalud EPS, los actos censurados son susceptibles de control judicial!"

Ahora bien respecto de la legitimación de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, hay que señalar que el artículo 8º de la Ley 10º de 1990 atribuye al Ministerio de Salud la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y como función, la responsabilidad de "[...] formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema" y el Decreto 2164 de 1992 "Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud", dispuso en su artículo 2º numeral 12 que corresponde al Ministro del ramo ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y en tal virtud, es función suya "Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento y las que deberán ser adecuadas o desarrolladas por las entidades y organismos públicos y privados del sector salud en relación con los temas y regímenes tarifarios para la prestación de servicios de salud, conforme a las normas legales que regulan la materia."

En éste orden de ideas y como quiera que la parte actora reclama en el presente medio de control la ineficacia del mecanismo de recobro que generó su detrimento patrimonial por el no pago de los servicios prestados que no se encontraban en el plan obligatorio de salud, pues consideró que para la época de los hechos existían vacíos normativos para la reclamación y pago de los cobros, función que era del resorte del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que en este evento, dicha cartera ministerial cuenta con legitimación material por pasiva.

De otro lado frente al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), de conformidad con el artículo 21 del decreto 1429 del 2016, modificado por el artículo 1 del decreto 546 de 2017, la ADRES entró en vigencia el 1º de agosto de 2017, cuando se suprimió el FOSYGA:

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00723-01

“ARTÍCULO 1º. Modifíquese el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 21. Período de transición. *La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES asumirá la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1º de agosto de 2017*

Desde la publicación del presente decreto y hasta la fecha señalada, la Entidad deberá realizar las acciones necesarias para asumir las citadas funciones”.

Y conforme al artículo 2.6.4.3.5.1.4. del decreto 2265 de 2017, le compete a la ADRES el pago de las solicitudes de recobro:

“Proceso de verificación, control y pago. La ADRES adoptará el procedimiento para la verificación de la acreditación de los requisitos esenciales para el pago de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC, así como para el pago de las solicitudes de recobro que resulten aprobadas.

Sin embargo, lo que se debate en el presente medio de control es la ineficacia del mecanismo de recobro, por vacíos normativos que desencadenaron en el detrimento patrimonial de la sociedad demandante por el no pago de las sumas reclamadas en el proceso de intervención forzosa de la EPS Solsalud, y en dicha intervención la ADRES no hizo parte.

Toda vez que ante la ADRES se tramitan las solicitudes de recobro previo a la intervención forzosa de la entidad, una vez intervenida la EPS, el reconocimiento y pago de las deudas son función del agente interventor y no de la ADRES, esto en virtud de los artículos 291, 295 y 296 del Decreto 663 de 1993 y las Resoluciones 461 de 2015 y 2599 de 2016, como quiera que el agente especial interventor actúa como administrador de la EPS intervenida, en calidad de particular que ejerce funciones públicas de manera transitoria y la responsabilidad del Estado en sus actuaciones como administrador.

Por lo que considera el Despacho que frente a la ADRES, no existe legitimación en la causa material por pasiva en el presente asunto, como quiera que no hizo parte del proceso de intervención forzosa de Solsalud EPS S.A., ni le competía en dicho proceso el pago de los recobros, pues dicha facultad estaba a cargo del agente especial interventor.

Ahora respecto a la Nación -Rama Judicial, el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 prevé tres frentes o títulos generadores de responsabilidad, a saber: - Error jurisdiccional - Privación injusta de la libertad - Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. La norma en mención dispone:

"ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales".

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. Y, el artículo 66 de la misma normatividad, señala:

"ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley".

Estima el Despacho que en el presente evento la Nación -Rama Judicial no cuenta con legitimación materia por pasiva, toda vez que no se configura ninguno de los tres supuestos para endilgarle responsabilidad, en la medida que no se acusa alguna falla dentro de un trámite judicial, es decir, no se endilga responsabilidad por la función de administrar justicia, por lo que se declarará la falta de legitimación.

2.3.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto las entidades demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la sociedad demandante, por el desbordamiento en las funciones delegadas a SOLSALUD EPS S.A. (liquidada), en materia de salud y la ineficacia del mecanismo del recobro, que generó el desequilibrio financiero de SOLSALUD EPS S.A y su liquidación en detrimento patrimonial de la sociedad demandante.

Examinar si la pretensión subsidiaria de la parte actora en cuanto solicitó declarar la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del Estado y detrimento de la entidad demandante, está llamada a prosperar.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.6.- Hechos probados

-. La Sociedad Solsalud Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo y subsidiado fue matriculada en el registro mercantil el 18 de enero de 1996, y su registro fue cancelado por disposición del agente especial liquidador el 17 de junio de 2014, conforme al certificado de la Cámara de Comercio de Bucaramanga obrante a folio 535 a 536 C3.

-. Por resolución No. 000735 del 6 de mayo de 2013, con fecha de ejecutoria del 13 de septiembre de 2013 (fl. 487 C.3) la Superintendencia Nacional de Salud, 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 EPS y el programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado EPSS de la Sociedad Solidaria de Salud EPS S.A, por el término de dos (2) años (fl. 464- 486 C.3), dentro de los argumentos que se tuvieron en cuenta para la intervención de la sociedad se transcribe lo siguiente:

" De los informes remitidos por las Sociedades Delegadas de la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra que 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, a pesar de las acciones realizadas dentro del proceso de toma de posesión para administrar, no se han logrado superar las causales que dieron origen a la misma. Como lo afirma el contralor designado por esta Superintendencia, Crowe Horwathco S.A, 2 los estados financieros de la EPS presentan abstención de opinión por considerar que debido a la incertidumbre y efectos materiales que están pendientes por reconocer por parte se Solsalud a diciembre 31 de 2012, no proporcionarse una base razonable y adecuada para expresar su opinión. Adicionalmente informa que el margen de solvencia negativo, genera duda sustancial sobre la capacidad de la compañía para continuar operando como un negocio en marcha, toda vez que no se incluyeron la totalidad de los costos y gastos a corte 31 de diciembre de 2012"

Aunado a la anterior, SOLSALUD, presenta falta de oportunidad y calidad en la prestación del servicio, haciendo que sus afiliados tengan 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.

Ante la inminente afectación del aseguramiento en salud y de la garantía de la prestación de los servicios de salud y en cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 48, 49 y 365 de la Constitución Política en concordancia con la normatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se hace necesario ordenar toma de posesión para liquidar 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 SOCEIDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD EPS S.A" (FL. 481 c.3) (subrayado del despacho).

- . A través de auto 37 del 2007, la Dirección General Para la Inspección y Vigilancia de los Administradores de Recursos del Sector Salud de la Superintendencia Nacional de Salud, dispuso visita inspectiva por el término de cinco (5) a las contados a partir del 24 de Julio de 2007, a las Direcciones Seccionales de Salud de Guainía y Puerto Inírida, a la ESE Hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo, a las EPSs Caprecom, Saludcoop, Solsalud, la EPS Mallamás. (fl. 1 Cd archivo auto 37 de 2007 visible a folio 770 C.3).

- . Del 24 al 28 del mes de julio de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud realizó visita de inspección a Solsalud EPS regional Guainía, ordenada mediante auto 37 del 12 de julio, en la que se evidenciaron los siguientes hallazgos:

"(...) HALLAZGOS

Solsalud tiene actualmente un contrato con el Hospital Manuel Elkin Patarroyo por un valor \$5.000.000 mensual, para atención de régimen contributivo del primer nivel, en el momento de superar este monto se debe solicitar autorización para la prestación de los servicios de salud a la oficina centro de Bogotá, la cual es muy dispendiosa pues no existe una red directa con la oficina que autoriza.

A la fecha de visita Solsalud adeuda al Hospital Manuel Elkin Patarroyo la suma de \$140.724.932 por atención a afiliados del régimen contributivo.

Se presentaron varias quejas verbales de los usuarios que han pretendido retirarse de Solsalud por la demora en la asignación de citas y procedimientos médicos que en algunos casos son de más de un mes, pero la EPS ha puesto trabas y demoras para efectuar esta desvinculación.

Durante los meses de junio y julio de año en curso no hubo atención a los usuarios por problemas administrativos, adicionalmente Solsalud no tiene contratos para prestación de servicios de salud con

especialistas. (FL 1-3 Cd archivo anexo visita auto 37 de 2007 visible a folio 770 C.3.)

- Del 28 de noviembre al diciembre 2 de 2011, la Superintendencia Nacional de Salud realizó visita a Solsalud sede Bucaramanga – Santander, conforme a lo ordenado en auto No. 0782 del 25 de noviembre de 2011, en la que evidencio lo siguiente:

"4.2 RECOMENDACIONES

4.2.1 ASEGURAMIENTO

- Cumplir con lo establecido en la Resolución 01037 del 30 de julio de 2008 y en el Decreto 1485 de 1994, Título III, Capítulo 14, numeral 3, para lo cual la EPS debe tener usuarios solo en los territorios donde se encuentra autorizada para funcionar.

- Cumplir con lo establecido en el Decreto 4747 de 2007, en su artículo 4, parágrafo 1, donde se establece que: "En el diseño y organización de la red de prestación de servicios, incluyendo los servicios administrativo de contacto con el paciente, las entidades responsables del pago de los servicios de salud garantizarán los servicios de baja complejidad de manera permanente en el municipio de residencia de los afiliados, salvo cuando a juicio de éstos sea más favorable recibirlo en un municipio diferente con mejor accesibilidad geográfica.", ya que la EPS, no cuenta con contratación para garantizar el primer nivel de atención en los municipios donde cuenta con afiliados activos.

- Cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en el Decreto 4747 de 2007, en sus artículos 5, 6, 7 y 8 en lo relativo a la celebración de acuerdos de voluntades, ya que los contratos verificados no cuentan con la totalidad de los soportes establecidos en la normativa mencionada.

- Cumplir con lo establecido en la Resolución 1982 de 2010, en su artículo 6, donde se establece que las entidades: "para el control de la multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán efectuar cruces que consideren pertinentes a fin de garantizar afiliados únicos en sus bases de datos. Igualmente, efectuarán cruces y validaciones entre su base de datos y la información consolidada entregada por el Administrador Fiduciario del FOSYGA, con el objeto de remitir la información depurada", ya que al realizar el cruce de la base de datos se presentaron casos de homónimos, duplicidades y multifiliaciones.

□ Garantizar que los fallos de acciones judiciales de tutela emitidos a la entidad sean cumplidos de forma inmediata, pues la dilación de los procesos generan un mayor riesgo para la salud y vida del usuario, ya que la atención requerida por el mismo no se da de forma oportuna.

(...)

4.2.4 COMPONENTE FINANCIERO

□ Es necesario que SOLSALUD EPS S.A.

□ Realice los ajustes financieros necesarios y tendientes a cumplir con lo mencionado por los Decretos 574 y 1698 de 2007, en lo relacionado con la inversión obligatoria de las reservas técnicas, e informe estas medidas correctivas a la Supersalud.

□ La EPS debe mantener informada a la Supersalud sobre el resultado de las gestiones y respuestas que hayan dado el FOSYGA y el Ministerio de la Protección Social.

□ Explique las variaciones que se presentan las cuentas 1305050105 sub-cuenta en compensación y 1305050115 licencias de maternidad por cobrar, periodo a periodo y las gestiones de cobro realizadas para la recuperación de dichas cuentas.

(...)

□ Sobre el ingreso y gasto, es necesario que la EPS:

□ Informe a la Superintendencia Nacional de Salud por qué para el periodo 2010 – 2009 los ingresos operacionales disminuyen un 3%, mientras que el costo de ventas para el mismo periodo presentó un aumento del 0,3%.

□ Envíe una explicación clara sobre la disminución de los ingresos por Unidad de pago por capitación que para el 2010 en relación con el 2009 presentaron una disminución del 7,2% y el incremento del 31.5% en Recobros al FOSYGA.

□ Aclare la variación ascendente en la cuenta 5110 honorarios que pasa de una disminución del 1,3% al 2009 con relación al 2008 a un aumento del 25,6% del 2010 en relación con el 2009 y un aumento del 437% en tan solo 6 meses del 2011, especialmente en la subcuenta 511025.

□ Enviar a la Superintendencia Nacional de Salud una explicación sobre el o los conceptos que se encuentran registrados contablemente dentro de la cuenta 523595 Otros gastos por servicios que representa el 8,7% de la subcuenta.

□ De una explicación a la Superintendencia Nacional de Salud sobre el o los conceptos que se encuentran registrados contablemente dentro de la cuenta 529595 Otros gastos diversos que representa el 36% de la subcuenta.

- Aclare los conceptos y terceros a los que se les han cancelado multas sanciones y litigios que se registran contablemente en la cuenta 539520.
- Informar a la Supersalud sobre las estrategias que se han estudiado al interior de SOLSALUD EPS S.A. para la reducción de costos de operación o generación de ingresos operacionales, que permitan incrementar el margen bruto de operación y por ende la llegada de recursos al flujo de fondos, para incrementar el capital de trabajo, poder cumplir con sus obligaciones y garantizar la prestación del servicio a sus afiliados.
- Demostrar la constitución de la cuenta de alto costo y el giro de recursos que le corresponde efectuar de acuerdo con lo establecido en artículos 1, 5 y 6 del Decreto 2699 modificados por los artículos 2 y 3 del Decreto 3511 de 2009 y los registros de la distribución que efectúa el Convenio de Administración de la CAC.
- Explique claramente por qué en los periodos gravables 2009 y 2010 no se contabilizó impuesto de renta en la cuenta PUC 54 del sector, ya que el artículo 188 de Estatuto Tributario colombiano dice que los contribuyentes deben rentar a la Nación sobre una base presuntiva." (fl. 132-137 del archivo informe final Solsalud Marzo 2012 del cd visible a folio 770 del C.3).

- . Mediante resolución No. 0017508 del 29 de abril de 2014, expedida por el agente liquidador de la Sociedad Solidaria de Salud Solsalud E.P.S S.A en liquidación, aceptó parcialmente la acreencia presentada por la Sociedad de Servicios Especiales FCB SAS, por valor de \$69.189.324 (fl. 60- 153 C.1), en el texto de la resolución precisó los siguiente:

" (...) En todo caso, SOLSALUD EPS S.A EN LIQUIDACION ha dispuesto de un equipo humano y tecnológico amplio para la realización de una correcta auditoria a los documentos que reposaban en el archivo de la entidad y aquellos que fueron aportados por los presuntos acreedores de SOLSALUD EPS S.A (ahora en liquidación). De la labor desplegada se evidencio múltiples falencias en los documentos y sus soportes, ya que los mismos en varios eventos no estaban completos y dicha falencia no fue subsanada por el presunto acreedor al momento de radicar su presunta acreencia en el periodo comprendido del 29 de octubre al 29 de noviembre d 2013 de manera oportuna o del 2 de diciembre al 13 de diciembre de 2013 de manera extemporánea.

Por tanto, el Agente Especial Liquidador, con la finalidad de brindar seguridad jurídica, proteger el derecho a la igualdad de los acreedores y observar las disposiciones especiales y preferentes que

rigen el proceso liquidatorio de SOLSALUD EPS S.A EN LIQUIDACION , y teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponde en este caso al presunto acreedor, en virtud del principio general del derecho "affirmanti non neganti incumbit probatio", se pronunciará frente a cada acreencia reclamada teniendo en cuenta que los soportes de cada una de las acreencias sea completo y genere la certeza requerida para determinar la existencia y naturaleza del crédito respecto con la entidad en liquidación; caso contrario, de no ser completos o generar duda el Agente Especial Liquidador rechazará la presunta acreencia." (fl 144 C. 1). (Subrayado del Despacho)

- Por resolución No. 003413 del 30 de mayo de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S:A en liquidación, aceptó parcialmente la acreencia presentada de manera oportuna por la sociedad Servicios Especializados FCB SAS, y ordenó su incorporación en la masa liquidatoria de Solsalud EPS S.A , por valor de \$86.847.358 (fl. 195-335 C1); acto administrativo con fecha de ejecutoria 26 de junio de 2014 según la certificación obrante a folio 338 del C.1.

- Mediante resolución No. 003802 del 5 de junio de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S.A, declaró como insolutos, los créditos fiscales, parafiscales y de quinta clase reclamados de manera oportuna y reconocidos mediante acto administrativo en el proceso liquidatorio por el agotamiento de los recursos disponibles de Solsalud EPS en Liquidación (fl. 340- 426 C2), con fecha de ejecutoria 9 de junio de 2014, conforme a la certificación obrante a folio 429 del C.3)

- Por resolución No. 004964 del 6 de junio de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S.A, declaró terminada la existencia legal de la sociedad Solsalud E.P.S en liquidación. (fl. 430 a 457 C3)

- A través de la resolución No. 005133 del 18 de julio de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S.A en liquidación, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Especializada FCB SAS contra la resolución No. 001508, en el que se confirmó en su totalidad la resolución recurrida: (fl. 157-194 C.1)

3-. Caso concreto

A través del presente medio de control la parte actora procura obtener la declaratoria de responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social, por los perjuicios causados por la ineficacia del mecanismo de recobro, que desencadenó en detrimento patrimonial de la Sociedad Especializada FCB SAS, toda vez que dentro del proceso de intervención forzosa adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud en contra de Solsalud EPS S.A, la

las sumas reclamadas por la sociedad no fueron aceptadas en su totalidad dentro del proceso de intervención.

Igualmente consideró la parte actora que la intervención forzosa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, implicó daños patrimoniales a la Sociedad Solsalud EPS S.A, por los que debe responder.

De manera subsidiaria la sociedad demandante argumentó que el no pago de las acreencias reclamadas en el proceso de intervención forzosa de la sociedad Especializada FCB SAS, se constituyó en un enriquecimiento sin causa que las demandadas deben reconocer y pagar.

3.1 El Daño Antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el **daño antijurídico** como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"².

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe **"estar cabalmente estructurado, razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración"**³

² Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000- 2008-00974-01(38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

En el sub lite la parte actora hizo consistir el daño en que la sociedad demandante la Sociedad Especializada FCB SAS prestó sus servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de la sociedad Solsalud EPS S.A, la cual fue intervenida por la Superintendencia de Salud procedimiento en el cual se aceptó el pago parcial de las sumas reclamadas las cuales no han sido pagadas, generando el detrimento patrimonial de la sociedad actora. Todo esto derivado de la ineficacia del mecanismo de recobro que causó el desequilibrio financiero de la entidad intervenida, por ende, de la sociedad demandante.

Para acreditar el daño, se aportó:

-. Copia de la resolución No. 000735 del 6 de mayo de 2013, con fecha de ejecutoria del 13 de septiembre de 2013 (fl. 487 C.3) la Superintendencia Nacional de Salud, 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 EPS y el programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado EPSS de la Sociedad Solidaria de Salud EPS S.A, por el término de dos (2) años (fl. 464-486 C.3).

-. Copia de la resolución No. 0017508 del 29 de abril de 2014, expedida por el agente liquidador de la Sociedad Solidaria de Salud Solsalud E.P.S S.A en liquidación, aceptó parcialmente la acreencia presentada por la sociedad de servicios especiales FCB SAS, por un valor de \$108.390.055 de la cual se aceptó el pago de \$69.189.324 (fl. 60- 153 C.1).

-. Copia de la resolución No. 003413 del 30 de mayo de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S:A en liquidación, aceptó parcialmente la acreencia presentada de manera oportuna por la sociedad Servicios Especializados FCB SAS, por valor de \$353.711.819 y ordenó la incorporación en la masa liquidatoria de Solsalud EPS S.A , del valor de \$86.847.358 (fl. 195-335 C1).

-. Copia de la resolución No. 004964 del 6 de junio de 2014, el agente especial liquidador de Solsalud EPS S.A, declaró terminada la existencia legal de la sociedad Solsalud E.P.S en liquidación. (fl. 430 a 457 C3)

En este punto hay que señalar que el ordenamiento jurídico ha distinguido la procedencia de los medios de control a partir del origen del daño, es así como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se destina para aquellos eventos en los cuales los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo, mientras que el de reparación directa se dirige a debatir el daño causado por hechos, omisiones u operaciones administrativas.

Sin embargo, la regla anterior encuentra excepciones en la jurisprudencia; la primera, tiene que ver con los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y, la segunda, con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sobre la procedencia del medio de control de reparación directa para reclamar perjuicios ocasionados por actos administrativos legales el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, indicó que:

"Así, la Sala ha reconocido la viabilidad de la acción de reparación directa por los perjuicios causados por la expedición de un acto administrativo cuya legalidad no se discuta en el curso del proceso, puesto que se reconoce que el ejercicio de la función administrativa ajustado al ordenamiento jurídico puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos,- como es evidente, en esta hipótesis la procedencia de la acción de reparación directa depende principalmente de la ausencia de cuestionamiento respecto de la legalidad del acto administrativo que generó los perjuicios alegados por la parte actora" ⁴. (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, cuando se pretenda la reparación de un daño por la expedición de un acto administrativo considerado legal, el proceso deberá tramitarse bajo las reglas del medio de control de reparación directa y, en caso de debatirse algún vicio de nulidad, como se dijo, deberá tramitarse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso bajo estudio, si bien es cierto el daño alegado se desprende de las acreencias reconocidas en el proceso de intervención forzosa que la SNA adelantó en contra de la Solsalud EPS S.A., contenidas en actos administrativos, que no han sido pagadas; considera el Despacho que el asunto se enmarca dentro de las excepciones antes citadas en la jurisprudencia reseñada, toda vez que en el presente medio de control no se debate la legalidad de los actos administrativos, sino la ineficacia de los mecanismos de recobro que desencadenó en detrimento patrimonial de la Sociedad Especializada FCB SAS, al considerar que, dentro del proceso de intervención forzosa adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud en contra de Solsalud EPS S.A, las sumas reclamadas por la sociedad no fueron aceptadas en su totalidad dentro del proceso de intervención.

⁴ Sentencia de 13 de abril de 2013, exp. 26.437; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Acreditado el daño, se analizará si el mismo es atribuible a las entidades demandadas.

3.2.- Liquidación forzosa de entidades vigiladas en el sector salud

Los artículos 48, 49 y 36 de la Constitución Nacional disponen la obligación del Estado en garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la Seguridad Social y que corresponde al Estado delimitar las políticas para la prestación de dicho servicio, el cual podrá ser prestado por los particulares.

Ahora bien, el control, inspección y vigilancia sobre la prestación del servicio de salud, compete al Presidente de la República según lo establecido en el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución política, función que ha sido delegada a las Superintendencias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 489 de 1998.

A su vez, el artículo 3 del Decreto 1259 de 1994 define como función de la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control de las actividades que se desarrollan en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

El artículo 121 de la Ley 142 de 1994 ordena que para la toma de posesión y liquidación de las empresas de servicios públicos se apliquen las normas referidas a la liquidación de entidades financieras.

Así mismo el artículo 1º del Decreto 1015 de 2002 y el artículo 1º del Decreto 3023 de la misma anualidad, indican que la Superintendencia Nacional de Salud es la entidad competente para liquidar las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS), de acuerdo con las normas de procedimiento previstas en el Decreto Ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2148 de 1999.

De conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001, el Estado tiene, entre otras atribuciones, la de establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que la normativa disponga.

Está previsto que la Superintendencia Nacional de Salud ejerza sus competencias en materia de intervención forzosa administrativa respecto de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) de cualquier naturaleza. Conforme a lo anterior, el artículo 68 de

la Ley 715 de 2001 impone a la Superintendencia Nacional de Salud el deber de aplicar a los procesos de liquidación forzosa de EPS las normas de procedimiento previstas en el Decreto Ley 663 de 1999 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en el párrafo 2 de su artículo 233, establece que el procedimiento administrativo a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que rige para la Superintendencia Financiera de Colombia.

Asimismo, a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les son aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993-, modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionan o complementan. Estas normas establecen la forma en la que debe efectuarse la devolución de bienes que no pertenecen a la entidad en liquidación, los criterios para priorizar los recursos públicos con destinación específica al pago de prestadores del antiguo Plan Obligatorio de Salud (POS), así como la forma en que se han de pagar las acreencias con cargo a la masa patrimonial en liquidación.

De conformidad con el régimen normativo aplicable, los procesos de intervención forzosa se inician con la medida administrativa de toma de posesión establecida en el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993.

En el proceso liquidatorio el pasivo a cargo de la institución en liquidación se determina de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 que a partir de su artículo 9.1.3.2.1., normativa que prevé el emplazamiento de todas las personas jurídicas públicas o privadas que consideren tener derecho a formular reclamaciones de pago ante la intervenida, para lo cual deberán aportar prueba sumaria de los créditos.

El emplazamiento incluirá el término para presentar las reclamaciones en forma oportuna (lit. b. artículo 9.1.3.2.1. Decreto 2555 de 2010). De manera que con el emplazamiento se advierte que una vez vencido este término el liquidador no tendrá facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Así mismo el edicto emplazatorio implica la obligatoria suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta naturaleza.

Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los

interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010).

Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

Significa lo anterior que en las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago.

3.2.1.- Prolación de créditos en el proceso de intervención forzosa de entidades vigiladas por la Supersalud

Acorde con el Decreto 2555 de 2010, el proceso de liquidación 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, sometido a unas reglas y a unos términos establecidos en la ley.**

Los artículos 294 y 295 del Decreto 663 de 1993, disponen que es competencia de los liquidadores adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de liquidación forzosa administrativa, el liquidador ejercerá funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas de derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.

El Decreto 2555 de 2010 en su artículo 9.1.3.2.4 señala que para la determinación de las sumas a cargo de la entidad en liquidación se tendrá en cuenta lo siguiente:

"1. Determinación de las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador decidirá sobre las reclamaciones presentadas oportunamente mediante resolución motivada o mediante actos administrativos independientes en los que además de

resolver las objeciones presentadas se señalará lo siguiente: b) Las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables."

Tal como lo prevé el marco normativo aplicable, una vez es ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud la intervención forzosa administrativa para liquidar y vencido el término para presentar las reclamaciones, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación ni las obligaciones no reclamadas.

Con fundamento en la totalidad de las reclamaciones presentadas de manera oportuna, el liquidador las someterá a un proceso de análisis y calificación y de manera individual en relación con cada reclamación presentada decidirá si la acepta o no, y en caso de aceptarla procederá a graduarla conforme a las normas que rigen la prelación de créditos, las cuales se graduarán de conformidad con lo señalado el Código Civil artículos 2495 al 2510.

En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el artículo 2495 del Código Civil y siguientes, no podrán pagarse obligaciones preexistentes a la orden de liquidación de la entidad, sin que se haya cumplido con las exigencias legales y reglamentarias que regulan el proceso liquidatorio contenido en las disposiciones del Decreto Ley 663 de 1993 - Orgánico Financiero y el Decreto 2555 de 2010.

Significa lo anterior que en las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago.

3.3.- Recobros en el Sistema General de Salud

En el sistema de salud, un recobro se entiende como un cobro que hacen las Empresas Promotoras de Salud (EPSs) al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) por aquellos medicamentos y servicios que no cubre el plan obligatorio de salud (POS).

Las entidades prestadoras de salud, como entidades que tienen la responsabilidad de organizar y prestar directa o indirecta de los servicios de

salud, como lo establece el artículo 177 de la Ley 100, en principio, solamente estarían obligadas a suministrar los medicamentos y prestar los servicios que se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, correspondiendo a los afiliados asumir en forma particular el costo de los tratamientos, procedimientos o medicamentos no previstos en aquel; no obstante lo anterior, excepcionalmente, se ha venido ordenando por vía de tutela o autorizando por los Comités Técnico Científicos, el suministro de medicamentos o la prestación de otros beneficios no señalados en el Plan Obligatorio de Salud, por estimarse que los mismos son necesarios para garantizar el derecho a la vida y a la salud de los afiliados o beneficiarios, caso en el cual, surge para ellas el derecho al recobro, esto es, a repetir contra el Estado por el valor de los beneficios no cubiertos total o parcialmente.

conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, "cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido";

El artículo 20 del Decreto Legislativo 128 de 2010, que subrogó expresamente el artículo 13 del decreto ley 1281 de 2002, señala que las entidades recobrantes tendrán un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la fecha de ocurrencia del evento o del nacimiento de la obligación para radicar el recobro ante el Fosyga.

La potestad para ejercer el recobro por parte de las E.P.S., tiene fundamento la Ley 1122 de 2007 y en las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, las cuales definen los criterios y condiciones que deben presentarse para poder ejercer a cabalidad dicha figura.

Mediante la Resolución 5395 de 2013 se estableció el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), disponiendo en su artículo 16 los requisitos específicos para la factura de venta o documento equivalente, los cuales posteriormente fueron modificados en los términos del artículo 1º de la Resolución 3435 de 2016.

El artículo 1º de la citada Resolución 3435 de 2016, adicionó el párrafo 4º al artículo 16 de la Resolución 5395 a través del cual se adoptaron las siguientes medidas: (i) presentación de recobros cuando la suma de las prestaciones NO POS superen el cuarto de salario mínimo, (ii) presentación de recobro por usuario y atenciones/prestaciones identificadas en el acta del CTC como sucesivas, atendiendo la cuantía

precitada, y (iii) radicación de recobros cuyo costo sea menor al cuarto del salario mínimo, siempre que se compruebe que corresponde a un servicio no sucesivo para un afiliado.

Con la expedición de la Resolución 3951 de 2016, se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, disponiendo al tenor del artículo 94, entre otros, que "(...) La Resolución 3435 de 2016 "Por la cual se modifican los artículos 16, 26, 34 y 38 de la Resolución 5395 de 2013", regirá hasta el 30 de noviembre de 2016".

En virtud de Ley 1751 de 2015 y la Resolución 5269 de 2017, las EPS se encuentran obligadas a cubrir el acceso a los servicios en el Plan de Beneficios de Salud. Por su parte, las entidades territoriales, de acuerdo con la Resolución 1479 de 2015, deben asumir los costos de los servicios no contemplados en dicho Plan y de las exclusiones.

4. Nexo causal con el daño

Consideró la parte actora que el Ministerio de Salud y Protección Social incurrió en omisión al regular el mecanismo de recobro, por vacíos normativos que impedían la materialización de los pagos, lo que generó que en el proceso de intervención forzosa de la entidad no le fueran aceptadas la totalidad de las sumas reclamadas derivando en detrimento patrimonial de la parte actora.

Argumentó la parte actora que las entidades demandadas ocasionaron un daño antijurídico a la sociedad demandante por delegación en la prestación de servicios de salud, en el entendido que Solsalud, no tenía que soportar el no pago de los servicios prestados no establecidos en el POS, que fueron requeridos por usuarios del sistema y que fueron debidamente prestados por las IPS, en este caso por la Sociedad de Servicios Especializados FCB SAS; y que la génesis del asunto radicó en que el mecanismo de recobro no fue eficientemente regulado por el Ministerio de Salud y Protección Social. Indicó que la Corte Constitucional intentó remediar el problema mediante la adopción de múltiples ordenes en la sentencia T-760 de 2008, sin embargo, la regulación normativa solo se consolidó en el año 2013 con la expedición de las resoluciones 458 y 5395; que no tuvieron carácter retroactivo, razón por la que no dieron solución a la problemática planteada antes de su expedición.

Planteado así el asunto, para resolverlo se analizará en primer lugar las facultades legales atribuidas al Ministerio de Salud y Protección Social,

relacionadas con la reglamentación de los recobros del sistema de seguridad social en salud, en virtud de la potestad reglamentaria.

Se advierte que en virtud del artículo 150 de la Constitución Política, la función legislativa es propia del Congreso y sólo excepcionalmente éste puede autorizar al Presidente de la República para legislar, indicándole las facultades en forma expresa y precisa en la ley que lo habilita, nunca de manera implícita y sin que puedan admitirse analogías, ni interpretaciones extensivas.

Sin embargo, el poder ejecutivo está revestido de facultades reglamentarias con fundamento en lo previsto por el artículo 189-11 C.P., según el cual el Ejecutivo está investido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Esta competencia, por ende, está dirigida a determinar reglas específicas para que los distintos organismos del Estado cumplan adecuadamente con las disposiciones legislativas.

En este sentido, la Corte Constitucional ha preceptuado, que la omisión legislativa está supeditada a la existencia de una obligación, un deber jurídico que se desconoció, así:

"las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la Constitución^[50]. No se trata, entonces, simplemente de un no hacer sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo^[51]. Las omisiones legislativas pueden ser de dos clases: absolutas o relativas.

La omisión absoluta hace referencia al incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal. La Corte Constitucional se ha declarado reiteradamente incompetente para pronunciarse sobre esta modalidad de omisiones, con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos: (i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de

norma susceptible de control^[52], (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución^[53]. Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.

La omisión legislativa relativa, por su parte, supone la actividad del legislador pero de forma incompleta o defectuosa "dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc).⁵"

De lo anterior se colige que la omisión relativa en principio, consiste en un actuar incompleto, al expedir una normatividad que no contempla todos los supuestos que debería regular, conforme a las obligaciones legales impuestas, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 121 de la Constitución Política "[...] Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley [...]"

En este sentido se examinará si en el presente evento, el Ministerio de Salud y Protección Social incurrió en una omisión relativa en la regulación del mecanismo de recobro, y si la misma incidió en el daño que reclama la demandante Sociedad Especializada FCB SAS.

El artículo 8º de la Ley 10º de 1990 atribuye al Ministerio de Salud la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y establece como función de su despacho, la responsabilidad de "[...] formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema" Posteriormente, el Decreto 2164 de 1992 "Por el cual se reestructura el Ministerio de Salud", dictado por el Presidente de la Republica en ejercicio de las atribuciones conferidas por el Artículo 20 transitorio de la Constitución Política, dispuso en su artículo 2º numeral 12 que corresponde al Ministro del ramo ejercer la Dirección Nacional del Sistema de Salud, y en tal virtud, es función suya "Expedir las normas administrativas de obligatorio

⁵ Corte Constitucional, C- 38-2006, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., primero (1º) de febrero de dos mil seis (2006).

cumplimiento y las que deberán ser adecuadas o desarrolladas por las entidades y organismos públicos y privados del sector salud en relación con los temas y regímenes tarifarios para la prestación de servicios de salud, conforme a las normas legales que regulan la materia."

El artículo 5° de la ley 60 de 1993 también estableció que corresponde a la Nación, a través de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos y autoridades de la administración central o de las entidades descentralizadas del orden nacional, conforme a las disposiciones legales sobre la materia, "Dictar las normas científico administrativas para la organización y prestación de los servicios."

Por su parte el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, dispuso lo siguiente:

" DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD: además de las consagradas en las disposiciones legales vigentes, especialmente en la Ley 10 de 1990, el Decreto ley 2164 de 1992 y la Ley 60 de 1993, las siguientes:

1. Formular y adoptar, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social^L, las políticas, estrategias, programas y proyectos para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico, social y ambiental que apruebe el Congreso de la República.

2. Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

3. Expedir las normas administrativas de obligatorio cumplimiento para las Entidades Promotoras de Salud, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

4. Formular y aplicar los criterios de evaluación de la eficiencia en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud.

5. Elaborar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en el ejercicio de sus funciones.

6. Ejercer la adecuada supervisión, vigilancia y control de todas las entidades comprendidas en los literales b) a h) del artículo 181 de la presente ley y de las direcciones seccional, distrital y local de salud, excepto la Superintendencia Nacional de Salud.

7. El Ministerio de Salud reglamentará la recolección, transferencia y difusión de la información en el subsistema al que concurren obligatoriamente todos los integrantes del sistema de seguridad social de salud independientemente de su naturaleza jurídica sin perjuicio de las normas legales que regulan la reserva y exhibición de los libros de comercio. La inobservancia de este reglamento será sancionada hasta con la revocatoria de las autorizaciones de funcionamiento.

PARÁGRAFO. Las funciones de que trata el presente artículo sustituyen las que corresponden al artículo 9 de la Ley 10 de 1990, en los literales a), b), e), j).".

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, estableció los actores responsables en la administración y protección de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, así:

"Artículo 13. flujo y protección de los recursos. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

a) El gasto de los recursos de la subcuenta de solidaridad del Fosyga se programará anualmente por un valor no inferior al recaudo del año anterior incrementado por la inflación causada y se girará, a las entidades territoriales por trimestre anticipado previo cumplimiento de la radicación de los contratos, la acreditación de cuentas maestras y el envío y cruce de la base de datos de los afiliados, sin que sean exigibles otros requisitos. El no cumplimiento oportuno de estos giros, generará las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo a lo establecido en la ley. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público girará por trimestre anticipado los recursos que por Presupuesto Nacional le correspondan al Fosyga;

b) Todos los recursos de salud, se manejarán en las entidades territoriales mediante los fondos locales, distritales y departamentales de salud en un capítulo especial, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. El manejo de los recursos se hará en tres cuentas maestras, con unidad de caja al interior de cada una de ellas. Estas cuentas corresponderán

al recaudo y al gasto en salud pública colectiva, régimen subsidiado de salud y prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con las excepciones de algunos rubros que en salud pública colectiva o en prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, señale el Ministerio de la Protección Social.

Las cuentas maestras deberán abrirse con entidades financieras que garanticen el pago de intereses a tasas comerciales aceptables, el incumplimiento de lo anterior acarreará las sanciones previstas en el artículo 2o de la presente ley. El Ministerio de la Protección Social reglamentará la materia, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la presente ley"

De las normas transcritas de deriva que, el Ministro de Protección Social es competente para la expedición de las normas administrativas tendientes a reglamentar los procedimientos y requisitos administrativos necesarios para llevar a cabo el recobro de los medicamentos suministrados a los usuarios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las Empresas Promotoras de Salud al Fondo de Solidaridad y Garantías – FOSYGA-, conforme el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007.

Ahora, previo a la expedición de la Ley 1122 de 2007, y en virtud de la facultad de regulación en cabeza del Ministerio de Protección Social, en el caso de los recobros al FOSYGA por servicios o medicamentos no POS, existía la resolución 2933 de 2006, que reglamentó los Comités Técnico-Científicos y estableció el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela, determinando las funciones, criterios de autorización, procedimiento y excepciones de las decisiones que deben tomar los Comité Técnico Científico, que a su vez derogó la Resolución 3997 de 2004, posteriormente se expidió la Resolución 3099 de 2008, que reguló los requisitos y anexos de las respectivas cuentas de cobro según haya habido autorización de los Comités Técnico Científicos (art.10) o se trate de órdenes de tutela (Art.11).

A partir de la expedición de la Ley 1122 de 2007, se creó una nueva institución para regular el sistema de salud: la Comisión de Regulación en Salud –CRES-. Entre otras funciones, correspondía a la CRES (art. 7, Ley 1122 de 2007), (1) definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado; (2) definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios; (3) definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen.

Más adelante se expió la Resolución 3099 de 2008 "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela"

Pese a la reglamentación existente, uno de los mayores problemas del sistema de salud se relacionaba con el recobro de aquellos gastos efectuados por las EPS en relación con prestaciones no incluidas en el POS.

En efecto, cuando los bienes y servicios no estaban incluidos en el POS, pero por vía de tutela se ordenaba suministrarlos, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) reembolsaba a la aseguradora pública o privada los costos de la prestación efectuada; sin embargo los problemas estructurales del sistema generaron dificultades para hacer efectivos dichos cobros, lo cual empezó a generar deudas con las EPS y problemas en el adecuado flujo de recursos, sumado a que la normatividad existente no preveía un procedimiento establecido para que las EPS pudiera tramitar las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, pues solo se estableció un procedimiento para medicamentos, pero no para servicios.

Dicha problemática fue abordada por la Corte Constitucional, en la sentencia T-760 de 31 de julio de 2008:

"[...] Dadas las reglas del actual Sistema de Salud, las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil. Actualmente, el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) y servicios médicos ordenados por fallos de tutela se encuentra establecido en la Resolución 2933 de 2006. Si bien con anterioridad a la expedición de esta Resolución ya existía regulación sobre cobros. Entre los requisitos que se exigen para efectuar los cobros hay un primer grupo de documentos generales, los cuales deben aportarse una sola vez hasta que se presenten cambios en los mismos relacionados con aspectos como la existencia y representación de las entidades o el listado de precios de los proveedores. Adicionalmente, se deben presentar documentos relacionados con el caso concreto por el que se solicita el cobro, los cuales difieren si los servicios médicos suministrados fueron ordenados por el Comité

Técnico Científico o por un fallo de tutela. Cuando el recobro obedece a una decisión de tutela, la solicitud de recobro debe ir acompañada de: la primera copia del fallo de tutela con constancia de ejecutoria, factura de venta del proveedor, certificado de semanas cotizadas cuando la tutela sea por incumplimiento de períodos mínimos de cotización, copia del acta del CTC que negó el servicio, si fuera el caso y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente. Por su parte, cuando el recobro se origina en una autorización del Comité Técnico Científico, la solicitud de recobro debe incluir: copia del acta del comité técnico científico, copia de la factura de venta, copia de la fórmula médica, y un documento que evidencie la prestación del servicio de salud al paciente. Como se aprecia, en ambas hipótesis el recobro está supeditado a la prestación del servicio de salud. Esto es razonable, aunque en ocasiones conduce a que el servicio de salud se demore mientras la EPS obtiene todos los documentos necesarios para solicitar el recobro, lo cual no debe suceder [...]"

(...) Es claro que en la actualidad no existe ningún procedimiento establecido para que las EPS puedan tramitar las autorizaciones de servicios de salud no incluidos en el POS, cuando éstos son diferentes a un medicamento. Las entidades de salud no tienen mecanismo reglamentario alguno para poder adelantar estas solicitudes, y por tanto, no podrían presentar posteriormente su solicitud de un recobro ante el Fosyga. En la medida en que los Comités Técnicos Científicos sólo autorizan medicamentos, la única forma por la cual puede una EPS presentar ante el Fosyga el recobro de un servicio no POS, que hubiese sido autorizado, es que éste haya sido ordenado en la sentencia por un juez de tutela.

6.1.3.1.2. Así pues, la regulación actualmente estimula a las personas a recurrir a la acción de tutela, como único medio posible de defensa, para asegurar que se les garantice su derecho fundamental a acceder a un servicio de salud que se requieran con necesidad. Es uno de los casos en los que claramente la regulación convierte a la acción de tutela en un 'prerrequisito de trámite' para acceder a un servicio de salud. Esta laguna en la regulación constituye una clara desprotección del derecho a la salud de las personas, pues es una barrera al acceso a los servicios que se requieren, resultante de la regulación diseñada y expedida por la autoridad competente".⁶

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-760-2008; Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Bogotá, DC, treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008)

Así las ordenes de la Corte Constitucional en sentencia C-760 de 2008 en el tema relacionado con los recobros, fueron las siguientes:

*"(...) **Vigésimo cuarto.**- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico. Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive*

(...).

***Vigésimo séptimo.** Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud. El 1º de febrero de 2009, el Ministerio de Protección Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema. El nuevo sistema deberá empezar a ser aplicado en el tercer trimestre del año 2009, en la fecha que indique el propio regulador."*

En cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió las resoluciones 3009, 3754, 3977 y 5033 de 2008 y 1099 de 2009, relacionadas con la flexibilización de los requisitos para el trámite de los recobros; y la Resolución 5334 de 2008, mediante la cual se garantizó la prestación del servicio requerido por la población pobre y vulnerable; y de ahí en adelante como se mencionó en párrafos precedentes se expidieron las resoluciones No. 458 de 2013 "Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y

Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones". y 5395 de 2013 "Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA y se dictan otras disposiciones".

El saneamiento de cuentas por recobro fue reglamentado mediante el Decreto 1865 de 2012, en el cual se estableció el trámite para la solución de las mismas, indicando que la entidad recobrante presentará la solicitud ante el Ministerio de Salud y Protección Social, esgrimiendo los criterios objetivos que sustentan la divergencia recurrente, quien evaluará y decidirá sobre lo solicitado.

Para la adopción de criterios y lineamientos para el reconocimiento o no de tecnologías en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, se creó mediante la resolución 5395 de 2013, un comité interdisciplinario encargado de asesorar al Ministerio de Salud y se unificó el procedimiento de recobros que deben seguir las entidades recobrantes para presentarlos cuando, conforme a la normativa vigente o a decisiones judiciales, deban ser reconocidos y pagados por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), indicando requisitos, fechas y condiciones para su presentación, así como el procedimiento que debe seguir la Administración para la verificación de las mismas y los plazos con que cuenta para el pago, cuando a ello hubiere lugar.

Mediante Resolución 1446 de 2015 el Ministerio de Salud y Protección Social estableció los requisitos y los formatos para el trámite de reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones que ya hayan sido auditadas por el Ministerio, y cuya única glosa aplicada en el proceso de auditoría integral sea la glosa de extemporaneidad siempre y cuando la acción judicial no haya caducado.

La Ley 1797 de 2016 definió el procedimiento para la aclaración de cuentas y saneamiento contable, entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS y las Entidades Promotoras de Salud - EPS del Régimen Subsidiado y del Contributivo, donde se estableció la obligatoriedad de depurar y conciliar permanentemente las cuentas por cobrar y pagar entre ellas, así como el respectivo saneamiento contable de sus estados financieros.

En esta materia, considera el Despacho que frente al mecanismo de recobros a través del tiempo se ha desarrollada amplia reglamentación, sin embargo, no es desconocido que el sistema de salud presentaba como bien lo advirtió la Corte Constitucional en su sentencia C-760 de 2008, problemas estructurales que obedecían a múltiples factores; por lo que a través de dicha providencia se ordenó diversas medidas para evitar que el sistema colapsara.

En este entendido y pese a que la parte actora consideró que los problemas normativos para el reclamo de los recobros ante el Fosyga le generaron un daño antijurídico por el no reconocimiento y pago de sumas derivadas por este concepto en favor de usuarios de la EPS Solsalud, que fue intervenida y liquidada, debe advertir el Despacho que el trámite de recobros de las EPS ante el Fosyga siempre han estado reglados, que si bien es cierto el trámite en sí presentó falencias por lo que fue necesario que la Corte Constitucional ordenara la unificación del procedimiento y rediseñar el sistema de recobro para que existiera un flujo de los recursos, también es cierto que el Ministerio de Salud y Protección Social cumplió con la potestad reglamentaria, impuesta en el artículo 173 de la Ley 100 de 1993, el artículo 5° de la ley 60 de 1993 y el artículo 8° de la Ley 10ª de 1990, en lo que atañe a la regulación del sistema de recobro; por lo que no se puede predicar la omisión de regulación ni total ni relativa por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

En éste orden de ideas, si bien el sistema de recobros presentó deficiencias como bien lo advirtió la misma parte demandante en el escrito de demanda, las deficiencias no obedecieron a la falta de regulación sino a múltiples problemas entre ellos lo que cubría el Plan Obligatorio de Salud, por lo que la Corte ordenó su actualización, aclaración y unificación.

También se identificó que los recursos dentro del mismo sistema no fluían, en este sentido la Corte ordenó la aceleración en la asignación recursos al sistema. Además se detectó falta de sostenibilidad financiera, sumado a que pese a que la ley 100 de 1993 daba al derecho a la salud la categoría de derecho público obligatorio, no necesariamente se garantizaba, por lo que la ciudadanía tenía que recurrir a la justicia a través de la acción de tutela para hacerlo valer, también se detectó el crecimiento exponencial del valor de los reembolsos por medicamentos No POS (recobros), esto en parte como se indicó en líneas anteriores por la manera en que estaba diseñado el POS; todo lo anterior conllevó a múltiples problemas que presentaba el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que se reitera no tenían como causa la falta de regulación.

Así las cosas, considera el Despacho que el Ministerio de Salud y Protección Social no incurrió en una omisión en sus facultades reglamentarias respecto de la regulación del sistema de recobros de servicios prestados no cubiertos por el POS denominados recobros.

En seguida se pronunciará el Despacho frente a la intervención forzosa de la entidad que reputa la parte actora generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar, toda vez que la sociedad demandante prestó sus servicios de forma oportuna y diligente a la EPS Solsalud S.A, por lo que consideró que las sumas aceptadas en el proceso de intervención forzosa

deberían ser asumidas por la Superintendencia de Salud como entidad que adelantó el proceso de liquidación.

Debe advertir el Despacho que la Superintendencia de Salud, inició proceso de intervención forzosa contra Solsalud EPS S.A., toda vez que de las varias visitas realizadas a la sedes en Bucaramanga y Guainía se evidencio que la misma presentaba problemas financieros, contables y en la prestación del servicio que redundaba en fallas en la atención de sus pacientes. Es así que mediante resolución N° 735 de 2013 se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS SOLSALUD S.A.

Para el pago de las obligaciones a cargo de Solsalud EPS SA, el agente liquidador, debía proceder conforme lo establecido en el numeral 1 y el parágrafo del artículo 9.1.3.2.4 y el artículo 9.1.3.5.3 del decreto 2555 de 2010, y cancelar las acreencias excluidas de la masa de liquidación y concluida la calificación y graduación de los créditos a cargo de la masa de liquidación, pagar conforme los parámetros establecidos en el artículo 300 del decreto 663 de 1993 y el Código Civil.

Así las cosas, el Decreto 2555 de 2010 establece que una vez notificadas las resoluciones que resuelven los recursos, y ejecutoriado el acto mediante el cual se decidió sobre las sumas y bienes excluidos de la masa y créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, su cumplimiento procede de forma inmediata. Esto significa que una vez presentadas las reclamaciones, vencido el término para objetarlas, y en firme el acto administrativo por medio del cual el liquidador efectúa el proceso de graduación de los créditos, el acreedor adquiere el derecho al pago en el orden establecido por el liquidador, pues justamente la graduación del crédito se hace teniendo en cuenta las reglas de prelación de pago de conformidad con la naturaleza de la obligación. Determinada la exigibilidad del crédito de conformidad con esas reglas, esta no podría ser desconocida ni alterada.

Para el caso de la acreencia presentada por la Sociedad Servicios Especializados SAS, ésta fue catalogada dentro del proceso de intervención forzosa como de quinta categoría, de acuerdo con las resoluciones No. 0017508 del 29 de abril de 2014 y 003413 del 30 de mayo de 2014, por medio de las cuales se aceptó parcialmente las acreencias presentadas por la sociedad demandante; es decir como la del tipo que no está clasificada en un orden de preferencia conforme lo señala el artículo 2509 del Código Civil, que dispone:

“Artículo 2509 CREDITOS DE QUINTA CLASE. *La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia. Los créditos de*

la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha".

Para los efectos de la prelación en caso de concurrencia, el Código Civil divide los créditos en cinco clases, atribuyéndoles preferencia a los de las primeras cuatro, en relación con la quinta que agrupa los créditos comunes, cuyo pago depende de que quede o no remanente de bienes después de cubrir los créditos de las clases anteriores.

Así, la Ley estableció una prelación de créditos para que ellos, en un momento determinado, se paguen en el orden legal establecido, ya que debido al privilegio unos acreedores se encuentran en situación más favorable que otros, por cuanto en una relación de pagos puede llegarse al evento que alguno o algunos de los créditos reconocidos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente.

La Corte Constitucional ha reiterado estas características y ha señalado que este proceso tiene como principal finalidad la pronta recuperación de los activos y el pago gradual y rápido de los pasivos externos **hasta la concurrencia de los activos.**⁷

En este orden de ideas siendo la acreencia de la parte actora del ultimo orden por disposición legal, concluye el Despacho que no le asiste responsabilidad a la Superintendencia Nacional de Salud, por el no pago de la acreencia reclamada, toda vez que el pago de acreencias se adelantó con la observancia de la normatividad antes reseñada y conforme a la prelación de créditos, en consideración a que la deuda del demandante pertenecía al quinto orden.

De manera subsidiaria la sociedad demandante argumentó que el no pago de las acreencias reclamadas en el proceso de intervención forzosa de la sociedad Especializada FCB SAS, se constituyó en un enriquecimiento sin causa que las demandadas deben reconocer y pagar.

Cabe señalar que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado previó como **regla general**, que por la vía del enriquecimiento sin causa no se puede perseguir el pago de obras, bienes o servicios que se hayan ejecutado, sin amparo contractual, en beneficio de la administración⁸; no obstante, conservó a título enunciativo y de manera **excepcional** la aplicación del principio de enriquecimiento sin justa causa, como fuente de la obligación de pagar el monto de las prestaciones

⁷ Sentencia T-176 de 1999

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2012, rad. 24.897, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ejecutadas sin vínculo de contrato estatal, en los siguientes casos⁹:

- a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constricto o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*

- b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

- c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993 —se subraya—.*

El enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos: (i) la existencia de un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja

⁹ *Ibíd.*

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; y (iii) la ausencia de causa jurídica¹⁰, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto.

El enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de las normas que regulan la intervención forzosa de entidades del sector salud y el pago de acreencias conforme a la prelación de créditos, antes estudiadas, existiendo una causa jurídica que justifique el no pago de las acreencias esto en el entendido como se analizó anteriormente que las acreencias reconocidas en el proceso de liquidación se catalogaron en el quinto orden de pago.

De otra parte, no puede hablarse de enriquecimiento sin causa por cuanto los servicios de salud no fueron prestados a alguna entidad estatal, sino a los afiliados y beneficiarios de Solsalud EPS S.A.

Se desprende de todo lo anterior que **el problema jurídico planteado debe resolverse de manera negativa, pues en el presente caso NO hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas**, puesto que del análisis efectuado por el Despacho no se encontró demostrada la falla en el servicio por la ineficacia en el mecanismo de recobro por parte del Ministerio de Salud y Seguridad Social, que derivara en el detrimento patrimonial que reclamaba el la sociedad demandante, ni responsabilidad de la Superintendencia de Salud por el no pago de las acreencias presentadas por la Sociedad Servicios Especializados FCB SAS dentro del proceso de intervención forzosa adelantado en contra de Solsalud EPS S.A, y tampoco se acreditó la existencia de un enriquecimiento sin causa en favor del Estado y en detrimento de la parte actora.

5.- Costas y agencias en derecho

Según lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de C.G.P en su numeral segundo y las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará a la parte demandante a pagar al extremo demandado, las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho que se fijan en el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

¹⁰ sentencia del 31 de julio del 2014, rad. 29892, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de la Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) hoy Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - Adres-, y de la Rama Judicial de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

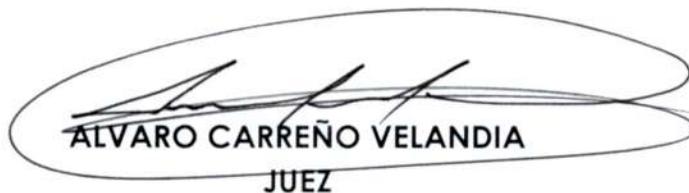
TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y fijar como AGENCIAS EN DERECHO a favor de la parte demandada, el **cuatro por ciento (4%)** de las pretensiones de la demanda negadas en la sentencia.

CUARTO: La sentencia deberá notificarse en los términos 203 del CPACA.

QUINTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ALVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ