CIRCULAR EXTERNA NÚMERO 202213000000058-5 DE 2022

(noviembre 24)

Para: Agentes especiales designados por la Superintendencia Nacional de Salud en intervenciones forzosas administrativas para liquidar.
De: Superintendencia Nacional de Salud.

Asunto: Cumplimiento de obligaciones específicas a cargo del agente liquidador en el marco del proceso de liquidación forzosa administrativa.

Fecha: 24-11-2022

I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

La medida especial de intervención forzosa administrativa para liquidar ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud por disposición de lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.5.5.1.1 del Decreto número 780 de 2016, se rige, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 113 a 117 y 290 a 302 del Decreto ley 663 de 1993, así como lo previsto en los artículos 9.1.1.1.1 al 9.1.3.10.4 del Decreto número 2555 de 2010.

Sobre este particular, el artículo 294 del Decreto ley 663 de 1993 señala que: “(...) es competencia de los liquidadores adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de liquidación forzosa administrativa (...)”, por lo que, el liquidador actúa de manera independiente y autónoma respecto de la Superintendencia Nacional de Salud, sin que esta entidad tenga competencias para coadministrar o dirigir la liquidación¹.

En ese orden, se tiene que el liquidador como director del proceso de liquidación forzosa administrativa, en ejercicio de funciones públicas, cuenta con plenas facultades durante el proceso para el desarrollo del objeto del mismo², destacando que el régimen aplicable al ejercicio de sus funciones, en el marco de una intervención forzosa administrativa para liquidar ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud, corresponde al previsto en el artículo 295 del Decreto ley 663 de 1993, el Decreto número 2555 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución número 2599 de 2016.

Por lo tanto, durante el proceso, con fundamento en la autonomía administrativa del agente liquidador, este debe cumplir con las obligaciones especiales previstas en los artículos 295 del régimen aplicable al liquidador, 297 sobre rendición de cuentas y 301 de otras disposiciones de la intervención del Decreto ley 663 de 1993 y los artículos 9.1.3.8.1 y 9.1.3.8.2 de la oportunidad para la rendición de cuentas del Decreto número 2555 de 2010.

Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud³, en relación con los procesos de intervención forzosa administrativa para liquidar, cuenta con competencias de inspección, vigilancia y control que se concretan en el seguimiento de los asuntos relacionados con la garantía en la prestación de los servicios de salud prestados desde la toma hasta el traslado efectivo de los afiliados⁴ y el cumplimiento de los lineamientos procedimentales que regulan la medida de intervención forzosa administrativa para liquidar, el cual se realiza de acuerdo a los parámetros del numeral 2 del artículo 296

Decreto ley 663 de 1993⁵ y el artículo 11.3.1.1.3 del Decreto número 2555 del 2010⁶ para evaluar las acciones y eficacia del agente liquidador.

Todo este marco implica, al mismo tiempo, que los agentes liquidadores sean responsables por los daños y perjuicios que causen por acción u omisión, directa o indirectamente, con ocasión de:

1. Actos emitidos en contravención de las reglas del proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud⁷;
2. El incumplimiento de las obligaciones a su cargo⁸, o;
3. Los daños o perjuicios que hayan causado profesionales y técnicos que le presten servicios de apoyo para el desarrollo de sus funciones y cualquier persona vinculada al agente liquidador⁹.

A estos efectos se regirán por los regímenes de responsabilidad previstos en el numeral 10 del artículo 295 del Decreto ley 663 de 1993 y en el artículo 41 de la Resolución número 2599 de 2016, donde, por remisión directa de este último, se tiene que el agente liquidador también estará sujeto a los regímenes de responsabilidad:

- A) Profesional o deontológico y
- B) El de los administradores, sobre el particular se tiene que el literal a) del numeral 9 del artículo 295 del Decreto ley 663 de 1993 señala como deber del agente liquidador actuar como representante legal de la intervenida. A su vez, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que: “*Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones*”.

En relación con la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la Ley 222 de 1995, Jorge Hernán Gil Echeverry señala:

“(...) la especialidad de la norma se determina, en primer lugar, con respecto al sujeto que regula y que se concreta en los administradores societarios, según la precisa delimitación contenida en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995; en segundo lugar (sic) el ámbito en que se aplica tal régimen también es especial y delimitado pues comprende únicamente las sociedades mercantiles y civiles.

(...)

Es de advertir que este régimen especial solamente es vinculante y aplicable a los administradores de las sociedades mercantiles y civiles, por lo que no resulta aplicable extensivamente ni por analogía a los administradores de las entidades sin ánimo de lucro, ni a las comunidades organizadas. Excepcionalmente y por disposición de lo previsto en los artículos 513 y 514 del Código de Comercio, también se aplica a los socios gestores de los contratos de cuentas en participación.”¹⁰

En tal sentido, el régimen de responsabilidad para administradores de sociedades contenido en la Ley 222 de 1995 será aplicable a los liquidadores de sociedades mercantiles y civiles¹¹.

La aplicación de los regímenes anteriores se determinará a partir de los daños que por dolo o culpa -grave o leve¹²- causen los agentes liquidadores.

⁵ El numeral 2 del artículo 296 del Decreto número 663 de 1993 establece que:

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

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

⁶ “Artículo 11.3.1.1.3 Parámetros. La función de seguimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) de las actividades del liquidador se adelantará observando principalmente los siguientes parámetros:

1. La gestión se medirá teniendo en cuenta el cumplimiento de los principios y normas que rigen los procesos liquidatarios, incluyendo los instructivos expedidos por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin), y el logro de los objetivos estratégicos de la liquidación.
2. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) podrá verificar que los actos del liquidador se sujetan a los principios que rigen las actuaciones administrativas, previstos en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998.
3. Se podrá exigir la presentación de planes de trabajo, presupuestos, informes de ejecución, y demás documentación que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) considere pertinente, cuyo cumplimiento se podrá tener en cuenta en la evaluación.
4. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) podrá iniciar las acciones que de acuerdo con lo previsto en el numeral 10 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y demás normas aplicables se deriven de las actuaciones del liquidador.”
- 7 Numeral 10 del artículo 295 del Decreto ley 663 de 1993.

⁸ Artículo 41 de la Resolución 2599 de 2016.

⁹ Artículo 41 de la Resolución 2599 de 2016.

¹⁰ J.H. Gil Echeverry, “Capítulo I Consagración normativa”, En *La especial responsabilidad del administrador societario: Responsabilidad de los administradores*, primera edición ISBN 978-958-767-243-5, editorial Legis, 2015, pp. 5 – 6.

¹¹ Esta aplicación no se hará respecto de las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) a las que les aplica el régimen de responsabilidad civil, toda vez que, por tratarse de una ley de aplicación restrictiva, no admite su uso por analogía sobre personas diferentes a las definidas en ella. Ver, Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-053767 del 14 de marzo de 2016.

¹² Como afirma el profesor Philippe Le Tourneau “*la culpa leve u ordinaria es la que no cometería, en la ejecución del contrato, el buen profesional típico, apreciado en abstracto. Se distingue de la levisima (un error), que no es tenida en cuenta, porque todo profesional (considerado in abstracto),*

¹ La Corte Constitucional en Sentencia C-233 de 2002 del magistrado ponente doctor Álvaro Tafur Galvis define que la atribución de funciones administrativas a particulares se comprende a partir de los siguientes supuestos:

^{a)} *La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.*

(...)

^{b)} *La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga” 8 (Sentencia C-866 de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte 9 (Sentencias C- 702 de 1999 M. P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).*

(...)

^{c)} *Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y estas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades¹² (Sentencias C-372 de 1994 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-506 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz, C-316 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonell, y C- 671 de 1999. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Esta última declarando la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.)” (Fundamento jurídico 3.1.)*

² Numeral 1 del artículo 293 del Decreto Ley 663 de 1993.

³ Si bien el ordenamiento jurídico aplicable a las intervenciones para liquidar –Decreto Ley 663 de 1993 y el Decreto 2555 de 2010- ha asignado funciones al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -Fogafin, lo cierto es que, en el sector salud no existe una institución equivalente, por lo que, esas funciones recaen, en lo pertinente, en la Superintendencia Nacional de Salud frente a las liquidaciones que ordena esta entidad.

⁴ Parágrafo 1° del artículo 2.1.11.3 del Decreto 780 de 2016 (modificado por el Decreto número 709 de 2021).

De igual forma, se precisa lo previsto en el numeral 2 del artículo 11.3.1.1.3 del Decreto número 2555 de 2010, como la facultad de la Superintendencia Nacional de Salud de verificar que los actos del liquidador se sujeten a los principios que rigen las actuaciones administrativas, previstos en el artículo 3° de la Ley 489 de 1998¹³.

En concordancia con las funciones atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud del literal f) del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007 y el numeral 15 del artículo 11 del Decreto 1080 de 2021, corresponde a la Oficina de Liquidaciones: “(...)Trasladar, a la Superintendencia Delegada para Investigaciones Administrativas o a las instancias competentes, las presuntas irregularidades o asuntos que puedan conllevar infracción de las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con el análisis técnico realizado”.

II. INSTRUCCIONES

Los agentes liquidadores de entidades en intervención forzosa administrativa para liquidar ordenadas por la Superintendencia Nacional de Salud deberán:

1. Implementar las medidas necesarias para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan, contra los administradores, directores, revisores fiscales y funcionarios de la entidad intervenida de conformidad con lo establecido en el literal n) del numeral 9 del artículo 295 del Decreto ley 663 de 1993.

2. Rendir oportunamente cuentas comprobadas de su gestión a los acreedores, los accionistas, al contralor y a la Superintendencia Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del Decreto ley 663 de 1993, los artículos 9.1.3.8.1 y 9.1.3.8.2 del Decreto número 2555 de 2010 y el numeral 1.4 del Capítulo III del título IX de la Circular Única de esta Superintendencia.

3. Iniciar, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de expedición del acto administrativo que decretó la toma de posesión, las acciones de revocatoria pertinentes de los actos enlistados a continuación y que hubieren sido efectuados por la entidad, ramo o programa dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la fecha de la resolución que ordenó la toma de posesión en el evento de que los activos de la intervenida sean insuficientes para pagar la totalidad de los créditos reconocidos de acuerdo con lo previsto en el numeral 7 del artículo 301 del Decreto ley 663 de 1993.

a. Los pagos o las daciones en pago de deudas no exigibles a cargo de la entidad intervenida;

b. Los actos jurídicos celebrados con los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los directores, administradores, asesores y revisor fiscal, o con algunos de sus consocios en sociedad distinta de la anónima, o con sociedad colectiva, limitada, en comandita o, de hecho, en que aquellos fueren socios;

c. Las reformas estatutarias formalizadas, cuando con ellas se haya disminuido el capital de la entidad o distribuido sus bienes en forma que sus acreedores resulten perjudicados;

d. Las cauciones que haya constituido la entidad con posterioridad a la cesación en los pagos, cuando sea esta la causal de toma de posesión, o

e. Los demás actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores, cuando el tercer beneficiario de dicho acto no haya actuado con buena fe exenta de culpa.

f. Los actos a título gratuito.

III. INCUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES IMPARTIDAS

De acuerdo con lo establecido en el numeral 17 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, modificado por el artículo 3° de la Ley 1949 de 2019, la inobservancia e incumplimiento de las instrucciones impartidas en esta circular, dará lugar al inicio de procesos administrativos sancionatorios y, de ser el caso, la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia Nacional de Salud; sin perjuicio de las demás responsabilidades disciplinarias, fiscales, penales o civiles que puedan derivarse y las sanciones que puedan imponer otras autoridades judiciales o administrativas.

IV. VIGENCIA

La presente circular externa rige a partir de la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* de la Superintendencia Nacional de Salud.

Dada en Bogotá, D. C., a 24 de noviembre de 2022.

El Superintendente Nacional de Salud,

Ulalí Dan Beltrán López.

(C. F.).

incluso el más diligente dentro de su profesión, está expuesto a cometerla.” Vid., P. Le Tourneau, La responsabilidad civil profesional, Segunda edición, Bogotá, D. C., Legis, (ISBN 978-958-767-144-5), 2014, p. 20 (traducción: J. Tamayo Jaramillo).

¹³ “Artículo 3°. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.”