CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: Doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)
Radicación núm.: 68001 2333 000 **2015 00041** 01
Actor: **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**
Demandado: SOLSALUD EPS. S.A. EN LIQUIDACIÓN (en adelante SOLSALUD)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido el 21 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual rechazó la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para el efecto, **SE CONSIDERA**:

I.- La demanda

Por conducto de apoderado, el Ministerio de Salud y Protección Social promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho previsto en el artículo 137 del CPACA., en orden a que se estimaran las siguientes pretensiones:

> *"**1.1.** Resolución No. 1671 del 2 de mayo de 2014, "POR LA CUAL SE DETERMINA, CALIFICA Y GRADÚA UNA ACREENCIA OPORTUNAMENTE PRESENTADA CON CARGO A LA MASA LIQUIDATORIA DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN"*
>
> *1.2. Resolución No. 0004646 del 5 de junio de 2014, "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECUROS DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN 1671 DE MAYO 05 DE 2014."*
>
> *1.3. Resolución No. 3802 del 5 de junio de 2014, "POR LA CUAL EL AGENTE LOQUIDADOR SE PRONUNCIA EN RELACIÓN CON LAS RECLAMACIONES EXTEMPORÁNEAS Y EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS ORDINARIOS, DE EJECUCIÓN, FISCALES Y/O SANCIONATRIOS QUE CURSAN O LLEGAREN A NOTIFICARSE EN CONTRA DE SOLSALUD E..S. S.S. EN LIQUIDACIÓN, IDENTIFICADA CON EL NIT 804.001.273-5"*
>
> *1.4. Resolución No.4964 del 6 de junio de 2014, "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA TERMINADA LA EXISTENCIA LEGAL DE SOLSALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN".*
>
> *1.5. De cualquier acto administrativo que hubiere reconocido obligaciones a favor de acreedores diferentes al Ministerio de Salud y Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, con cargo a Solsalud EPS S.A. en Liquidación.*
>
> ***2.** A título de restablecimiento del derecho, se ordene deshacer los efectos que hubieren surtido cada uno de los actos administrativos cuya nulidad se depreca en el numeral anterior. En particular, se solicita deshacer el registro de la Resolución No. 004964 del 6 de junio de 2014 en Cámara de Comercio de Bucaramanga, debiendo entenderse en virtud de ello que la persona jurídica de Solsalud ESP S.A. en Liquidación sigue vigente.*
>
> *3. A título de restablecimiento del derecho se ordene a Solsalud EPS S.A. en Liquidación restituir de manera inmediata la suma de*

$38.601.464.990,37 debidamente actualizada al FOSYGA, disponiendo su exclusión de la masa de liquidación y su pago con absoluta independencia de ésta. Dicha suma deberá ser indexada y sobre la misma se deberán liquidar intereses moratorios a la tasa máxima legal.

4. En subsidio de lo anterior, se ordene reintegrar al FOSYGA la suma de $6.788.999.861, reconocida mediante Resolución No. 1671 del 2 de mayo de 2014"[1]

II.- Actuaciones previas

2.1. Mediante auto calendado el 4 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de la referencia y dispuso el que se surtiera el trámite de rigor.

2.2.- Mediante memorial presentado el 26 de marzo de 2015 el actor presentó adición de la demanda[2].

2.3.- El 28 de abril de los corrientes el Ex Agente especial Liquidador de SOLSALUD intervino en el proceso alegando falta de legitimación en la causa por pasiva, habida cuenta de que SOLSALUD ya no existe jurídicamente debido a su liquidación[3].

2.4.- El Tribunal Administrativo de Santander requirió al actor para que allegara al proceso prueba de la existencia de un sucesor procesal de la

[1] Folios 15 y 16 del Cuaderno del Tribunal.
[2] Folios 60 a 65 ibídem.
[3] Folios 74 a 127 ibídem.

entidad liquidada a efectos de que pueda ser notificada la demanda y surtidos los trámites correspondientes[4].

2.5.- El apoderado del demandante interpuso recurso de reposición solicitando la ampliación del término otorgado para suministrar la información requerida en el numeral anterior[5].

2.6.- Mediante auto del 21 de julio del presente año se accedió a la anterior petición[6].

2.7.- En escrito presentado 29 de julio de 2015 el Ministerio cumplió con lo establecido en la mencionada providencia.[7]

III.- El auto recurrido

A través del auto apelado se dejó sin efectos el Auto del 4 de febrero de 2015 por medio del cual se admitió la demanda de la referencia, y en su lugar, se rechazó en consideración a que SOLSALUD no tiene capacidad para ser parte en el proceso pues se liquidó, es decir, perdió ese atributo que lo faculta para ser sujeto de derechos y obligaciones,

[4] Auto del 22 de mayo de 2015 (folio 128 ibídem).
[5] Folio 132 ibídem.
[6] Folio 134 ibídem.
[7] Folio 136 ibídem.

dado que su matrícula mercantil fue cancelada según consta a folio 95 de este Cuaderno.

IV.- El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión la parte actora la apeló, con el fin de que se revoque y, en su lugar, se admita la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. A efectos de sustentar su petición expuso los siguientes argumentos:

Adujo que cuando se expidió la Resolución No. 4964 del 6 de junio de 2014, por medio de la cual se declaró terminada la existencia de SOLSALUD, no se encontraban en firme los actos que resolvieron la solicitud de calificación de las acreencias presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social, dado que la Resolución No. 4646 de 5 de junio de 2014, que resolvió el recurso de reposición presentado por esta entidad, sólo fue notificada mediante aviso radicado en ese Ministerio el 2 de julio de 2014 a las 8:52 a.m. Siendo ello así, no podría considerarse jurídicamente correcto que la personería jurídica de SOLSALUD se haya extinguido sin que la totalidad de los actos administrativos que resolvían las acreencias presentadas se encontraran en firme.

Agregó que era evidente que la entidad a liquidar dejó un gran número de asuntos pendientes, lo cual ameritaba la constitución de un patrimonio

autónomo o a un tercero especializado que se encargara de su administración previa la constitución de la reserva correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.1.3.6.4. del Decreto 2555 de 2010.

Informó que el Agente Especial Liquidador de SOLSALUD suscribió contrato de mandato con la firma Legal Strategy SAS., estableciendo expresamente que no se encontraría facultada para intervenir en los procesos judiciales en los que se ventilaran los intereses de la entidad a liquidar.

Todo lo descrito condujo a que se instaurara la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y a que incluso se solicitara la suspensión provisional como medida cautelar.

V.- Las consideraciones

En orden a resolver lo pertinente, observa la Sala que el problema jurídico consiste en determinar si es procedente jurídicamente que se tramite una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las decisiones proferidas en el proceso de liquidación de una entidad, aun cuando tal procedimiento ya haya finalizado, es decir, se haya dispuesto la terminación de la existencia legal de esa persona jurídica.

5.1.- Liquidación Forzosa de entidades vigiladas en el Sector Salud

5.1.1.- Régimen jurídico

Los artículos 48, 49 y 365 Constitucionales señalan que es obligación del Estado garantizar para todos los habitantes del territorio nacional el derecho a la Seguridad Social. Así mismo, indican que le corresponde delimitar las políticas para la prestación de dicho servicio ya que se trata de una finalidad inherente al modelo adoptado en la Carta Política de 1991. También señala que el servicio de seguridad social podrá ser prestado por los particulares. Las normas son del siguiente tenor:

> "***ARTICULO 48.*** *Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*
>
> *El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.*
>
> *La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.*
>
> *La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.*
> *(…)".*

> "***ARTICULO 49.*** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*
>
> *Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*
>
> *Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*
>
> *La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*
>
> *Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*.".
>
> "***ARTICULO 365.*** *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*
>
> *Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita*.".

El control, inspección y vigilancia sobre la citada actividad compete al Presidente de la República según lo dispone el numeral 22 del artículo

189 de la Carta Política[8], función ésta que podrá ser delegada, entre otras, a las Superintendencias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 489 de 1998[9].

El 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, veamos:

> *"**Artículo 3º. Objetivos.** La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones que legalmente le competen, en materia de inspección, vigilancia y control, para alcanzar los siguientes objetivos, en coordinación con las demás autoridades del ramo en lo que a ellas competa dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud:*
>
> *1. La eficiencia en la obtención y aplicación de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud canalizados a través de las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional; las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano; o las asociaciones de municipios y las dependencias directas de la Nación o de las entidades territoriales.*

---

[8] *"**ARTICULO 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
(…)
22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos."

[9] "***ARTÍCULO 13º.- DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES.** Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la Constitución Política.*".

2. La eficiencia en la utilización de los recursos fiscales, con destino a la prestación de los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

3. La oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destino a la prestación de los servicios de salud.

4. La cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar.

5. El cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades de los subsectores oficial y privado del sector salud, y

6. La adopción de políticas de inspección y vigilancia encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la evolución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.".

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:

*"**Artículo 121**. **Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos.** La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.*

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley.

Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes.". (Subrayado fuera de texto).

Tal norma debe leerse en consonancia con lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 233 de la Ley 100 de 1993 en la cual se dispone que los procedimientos administrativos que deba seguir la Superintendencia Nacional de Salud serán los previstos por las normas correspondientes para la Superintendencia Bancaria, veamos:

*"**ARTÍCULO 233. DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.** La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.*

(…)

> ***PARÁGRAFO 2o.*** *El procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria. Los actos de carácter general que expida la Superintendencia Nacional de Salud no producirán efectos legales mientras no se publiquen en el boletín del Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud, el cual podrá ser editado y distribuido a través de esta".*

El artículo 1º del Decreto 1015 de 2002 y el artículo 1º del Decreto 3023 de ese mismo año 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 que son del siguiente tenor:

> ***Decreto 1015 de 2002***
>
> *"**Artículo 1°.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para 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 en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.".* (Subrayado fuera de texto).
>
> ***Decreto 3023 de 2002***
>
> *"**Artículo 1º.** La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las*

> *Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.*
>
> *Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan."* (Subrayado de la Sala).

El inciso primero del artículo 6º del Decreto 506 de 2005[10] "*tiene por objeto definir las condiciones y procedimientos de habilitación y revocatoria, total o parcial, de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, EPS'S*"[11], señala que las medidas cautelares y la toma de posesión se rigen por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

> *"**ARTÍCULO 6º. MEDIDAS CAUTELARES Y TOMA DE POSESIÓN.** Las medidas cautelares y la toma de posesión de bienes haberes y negocios se regirán por las disposiciones contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.".*

Visto el anterior contexto normativo es claro que corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud tomar posesión de las entidades vigiladas que cumplen funciones de EPS de cualquier naturaleza para administrarlas o liquidarlas, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS).

---

10 "*P**or el cual se modifica parcialmente el Decreto** 515 de **2004 y se dictan otras disposiciones***.".

[11] Artículo primero del Decreto 506 de 2005.

Se concluye también que el régimen jurídico aplicable es el dispuesto en el Decreto Ley 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo modifiquen o adicionen, esto es, según lo dispuesto en la Ley 510 de 1999, el Decreto 2149 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010.

5.1.2.- De la liquidación forzosa administrativa

5.1.2.1.- Del liquidador

El artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF) dispone lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 295º.- RÉGIMEN APLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.***
>
> ***1. Naturaleza de las funciones del liquidador**. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.*
>
> ***Parágrafo.-** Cuando el liquidador sea designado por la Asamblea de Accionistas convocada según lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 300 del presente Estatuto, no tendrá funciones públicas administrativas y por consiguiente únicamente ejercerá las funciones y facultades que le atribuyan los estatutos sociales de la respectiva entidad y el Código de Comercio.*
>
> ***2. Naturaleza de los actos del liquidador.** Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos,*

corresponderá dirimirlas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio.

Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno.

Las decisiones sobre aceptación, rechazo, calificación o graduación de créditos, quedarán ejecutoriadas respecto de cada crédito salvo que contra ellas se interponga recurso. En consecuencia, si se encuentran en firme los inventarios, el liquidador podrá fijar inmediatamente fechas para el pago de tales créditos. Lo anterior, sin perjuicio de resolver los recursos interpuestos en relación con otros créditos y de la obligación de constituir provisión para su pago en el evento de ser aceptados.

El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos que expida en los términos y condiciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

(…)

***10. Responsabilidad.** Los liquidadores responderán por los perjuicios que por dolo o culpa grave causen a la entidad en liquidación o a los acreedores, en razón de actuaciones adelantadas en contravención de las disposiciones especiales que regulan el proceso de liquidación forzosa administrativa. Para todos los efectos legales, los bienes inventariados y el avalúo realizado conforme a lo previsto en las normas respectivas, determinarán los límites de la responsabilidad del liquidador como tal.*

Los contralores ejercerán las funciones propias de un revisor fiscal conforme al Código de Comercio y demás normas aplicables a la revisoría fiscal y responderán de acuerdo con ellas.

Las sanciones impuestas a los liquidadores por delitos, contravenciones u otras infracciones en que incurran no les dará acción alguna contra la entidad en liquidación. Sin embargo el liquidador podrá atender con recursos de la liquidación los gastos de los procesos que se instauren en su contra en razón de sus actuaciones dentro del proceso liquidatorio,

> *sin perjuicio de que, en el evento en que sea declarada su responsabilidad por dolo o culpa grave, la liquidación repita por lo pagado por tal concepto."* (Subrayado fuera de texto).

De la lectura de las anotadas normas se desprende que un particular llamado "liquidador", por mandato legal, desarrolla funciones públicas administrativas transitorias.

También se advierte que las decisiones que expide producto del desarrollo de esas funciones son actos administrativos, es decir, que las decisiones del liquidador en los términos expuestos gozan de los atributos de este tipo de normas, entre las cuales se encuentra la presunción de legalidad.

En tal orden, las decisiones que dicta el liquidador se incorporan al ordenamiento jurídico y no desaparecen sino hasta tanto un Juez de la República, en este caso, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las deje sin efectos o declare su nulidad.

Siendo ello así, es claro que la existencia de esos actos administrativos no pende de la existencia de la entidad que está siendo objeto del proceso de liquidación forzosa, y por ello es procedente el análisis de legalidad aun cuando el procedimiento a que se ha aludido ya haya finalizado.

5.1.2.2.- De la Superintendencia Nacional de Salud

En los artículos 296 y siguientes del EOSF se encuentra consignado todo el régimen de control que debe desplegar el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (en adelante FOGAFIN), en el Proceso de Liquidación Forzosa sobre las actuaciones del liquidador, el cual debe entenderse aplicable a la Superintendencia Nacional de Salud por la orden dispuesta en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 que se transcribió en el primer acápite de las consideraciones de éste proveído[12].

El artículo 296 ibídem refleja el designio del Legislador tendiente a que FOGAFIN, es decir, la citada Superintendencia, adelante las gestiones pertinentes en aras a garantizar el buen desarrollo del proceso de liquidación:

> *"**ARTICULO 296. INTERVENCION DEL FONDO DE GARANTIAS EN EL PROCESO DE LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA.***
>
> ***1. Atribuciones generales.** En los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria* [Superintendencia Nacional de Salud]*, corresponderá al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras* [Superintendencia Nacional de Salud]*:*

[12] Teniendo en cuenta además que dicha entidad fue la encargada de nombrar al liquidador de la EPS según consta en la Resolución No. 671 del 27 de marzo de 2012 expedida por la citada Superintendencia. Ver anexo CD.

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

b. Llevar a cabo el seguimiento de la actividad de los liquidadores de las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia [Superintendencia Nacional de Salud], tanto de las que sean objeto de liquidación forzosa administrativa dispuesta por la misma Superintendencia [Superintendencia Nacional de Salud], como de las instituciones financieras cuya liquidación haya sido dispuesta por el Gobierno Nacional; así como las liquidaciones voluntarias mientras registren pasivo con el público. Se exceptuarán de seguimiento las entidades que mediante normas de carácter general determine el Gobierno Nacional y aquellas cuyo seguimiento corresponda a Fogacoop. Para el desarrollo de la función aquí señalada el Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] observará las normas que regulan tales procesos, según la modalidad adoptada, seguimiento que se llevará a cabo hasta que termine la existencia legal de la entidad o, en su caso, hasta que se disponga la restitución de la entidad a los accionistas, una vez pagado el pasivo externo, en los términos del numeral 2 del artículo 116 del presente Estatuto.

En ningún caso deberá entenderse que la facultad de seguimiento del Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] se extiende al otorgamiento o celebración de operaciones de apoyo que impliquen desembolso de recursos por parte del Fondo [Superintendencia Nacional de Salud], respecto de entidades financieras no inscritas en el Fondo [Superintendencia Nacional de Salud], sometidas a proceso liquidatario.

A partir de la vigencia de la presente ley, las entidades financieras en liquidación respecto de las cuales el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras [Superintendencia Nacional de Salud] deba realizar seguimiento a la gestión del liquidador, deberán pagar a favor del Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] las tarifas que para el efecto establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general. En todo caso, tales tarifas deberán ser cubiertas por la entidad respectiva, con cargo a los gastos de administración. Tratándose de entidades financieras sometidas a proceso de liquidación voluntaria, el seguimiento por parte del Fondo [Superintendencia Nacional de Salud] se llevará a cabo hasta que termine la existencia legal de la entidad o

hasta que se entreguen los activos remanentes a los accionistas, una vez pagado el pasivo externo.

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

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

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

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

(…)". (Subrayado fuera de texto).

De lo expuesto se desprende que la labor de la Superintendencia es no sólo de designación del liquidador sino de control sobre sus actuaciones, lo cual implica que deba vincularse al proceso de la referencia en orden a que se pronuncie sobre la legalidad de las decisiones que se censuran.

Tal conclusión se reafirma si se lee lo dispuesto en los artículos 11.3.1.1.1.a 11.3.1.1.4. y 11.3.15.1.1 del Decreto 2555 de 2010 "*Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*", pues allí se determina con claridad la función de seguimiento de parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN (entiéndase Superintendencia Nacional de Salud), respecto de la actividad administrativa que despliega el liquidador. Veamos:

> ***TÍTULO 1 SEGUIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS LIQUIDADORES***
>
> ***"Artículo 11.3.1.1.1. Ámbito de aplicación.*** *Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los procesos liquidatorios de entidades financieras y aseguradoras, cuyo liquidador esté sometido al seguimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud]*, con independencia de la modalidad bajo la cual se desarrolle el respectivo proceso."* (Subrayado fuera de texto).
>
> *"**Artículo 11.3.1.1.2. Definición.** Para efectos de lo previsto en el literal e) del numeral 2 del artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 62 de la Ley 795 de 2003, se entiende por seguimiento, la facultad que tiene el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud] *de evaluar la gestión del liquidador de la respectiva entidad, teniendo en cuenta principalmente los criterios que se señalan en el presente Título.*
>
> *Para el ejercicio de sus funciones, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud] *podrá solicitar aquella información que estime necesaria para examinar la eficacia de la actividad del liquidador, así como adoptar las*

medidas a que haya lugar de acuerdo con las normas que rigen su funcionamiento. En los casos de liquidación forzosa administrativa, especialmente las previstas en los literales c) y d) del numeral 1 del artículo 296 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y sin perjuicio de la facultad de removerlo libremente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 literal a) y numeral 2 de la misma disposición y demás normas aplicables.

De acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 296 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud] *podrá tener acceso en todo tiempo a los libros y papeles de la sociedad y a los documentos y actuaciones de la liquidación, sin que le sea oponible reserva alguna.*

En el caso de liquidaciones voluntarias, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud] *podrá además convocar y poner en conocimiento de la asamblea de accionistas de la entidad en liquidación, aquellas situaciones que considere pertinentes.*

Parágrafo. El seguimiento efectuado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud] *no exonera al liquidador de responsabilidad alguna derivada del cumplimiento de sus funciones, ni implica participación o intervención en la administración por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud] *en sus actividades."* (Subrayado fuera de texto).

*"**Artículo 11.3.1.1.3. Parámetros.** La función de seguimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud] *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 liquidatorios, incluyendo los instructivos expedidos por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud].

2. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud] *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 [Superintendencia Nacional de Salud] *considere pertinente, cuyo cumplimiento se podrá tener en cuenta en la evaluación.*

4. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN [Superintendencia Nacional de Salud] *podrá adelantar 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."* (Subrayado fuera de texto).

*"**Artículo 11.3.1.1.4. Rendición de cuentas.** Sin perjuicio de otra información que solicite el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud]*, el liquidador, en el caso de liquidación forzosa administrativa deberá presentar la rendición de cuentas prevista en el artículo 297 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la cual deberá entregarse al contralor para su respectiva revisión, con la antelación que señale el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN* [Superintendencia Nacional de Salud]*.*

El contenido de la rendición de cuentas, se debe sujetar a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 297 del citado Estatuto y demás normas complementarias.

En el caso de procesos de liquidación voluntaria, el liquidador deberá rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en la ley, y en forma extraordinaria, cuando así lo exijan las circunstancias, especialmente por requerimientos de los accionistas, de los acreedores, de unos y otros conjuntamente, o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN[Superintendencia Nacional de Salud]*."* (Subrayado fuera de texto).

TÍTULO 15. FACULTADES EN LOS PROCESOS DE TOMA DE POSESIÓN Y LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA SOBRE CIERTAS ENTIDADES

> *"**Artículo 11.3.15.1.1. Facultades.** En los procesos de toma de posesión y liquidación forzosa administrativa adoptados sobre las entidades enunciadas en el numeral 1 del parágrafo 3° del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, los organismos de autorregulación y las entidades que administren sistemas de registro de operaciones sobre valores, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en adelante el Fondo* [Superintendencia Nacional de Salud]*, ejercerá las funciones consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para estos efectos, así como las previstas en el Libro 1 de la Parte 9 del presente decreto y demás normas que lo modifiquen, sustituyan o complementen en lo que sea compatible con su naturaleza, en particular las siguientes:*
>
> *1. Designar al agente especial y al liquidador, quienes podrán ser personas naturales o jurídicas que podrán actuar tanto durante la etapa de administración como de la liquidación, y*
>
> *2. Realizar el seguimiento de la actividad del agente especial y del liquidador, sin perjuicio de la vigilancia que ejerza la Superintendencia Financiera de Colombia* [Superintendencia Nacional de Salud] *sobre la entidad objeto de administración mientras no se decida su liquidación."* (Subrayado fuera de texto).

5.1.2.3.- De Legal Strategy SAS

Asegura el demandante que el liquidador suscribió un contrato de mandato con la firma Legal Strategy SAS., en el cual dejó expresa consideración a que no se encontraría facultada para intervenir en los procesos judiciales en los que se ventilaran los intereses de la entidad a liquidar.

De igual forma el Tribunal invocó su existencia en el proveído que ahora se recurre, razones que determinan su vinculación al proceso de la referencia, aun cuando en el expediente no obre el contrato a que se

aludió anteriormente, lo cual obliga al actor a aportar al proceso la dirección de correspondencia a efectos de que se lleven a cabo la correspondiente notificación.

5.2.- Estudio de legalidad

Como se trata de actos administrativos con un claro contenido particular y concreto, en tanto determinan para la entidad liquidada una condición o situación jurídica concreta representada en la extinción de su objeto social, la acción contenciosa procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 del CPACA.

La legitimación entonces corresponderá ejercerla a los acreedores afectados con las medidas administrativas que se tomen en el curso de dicho trámite o los terceros que puedan demostrar algún perjuicio derivado de las mismas decisiones.

5.2.1.- Caso concreto

Para el asunto que nos ocupa, las Resoluciones acusadas imponen una situación jurídica para SOLSALUD por cuanto es la entidad sobre la cual recae el proceso de liquidación forzosa administrativa, dado el déficit operacional que le impidió financiar y pagar los gastos de funcionamiento y proveer los suministros y elementos mínimos

necesarios para garantizar la adecuada atención a los usuarios afiliados, y por la deficiente prestación de los servicios de salud a su cargo[13].

Vistas esas consideraciones, lo cierto es que los actos administrativos expedidos con ocasión al proceso de liquidación forzosa siguen produciendo efectos en el ordenamiento jurídico, hasta tanto un juez no determine la suspensión de sus efectos o su nulidad, razón por la cual resulta irrelevante determinar si la entidad liquidada desapareció del mundo jurídico, ya que, se reitera, la existencia de esos actos administrativos no pende de la existencia de la entidad que está siendo objeto del proceso de liquidación forzosa, y por ello es procedente el análisis de legalidad aun cuando el procedimiento a que se ha aludido ya haya finalizado.

Concebir lo contrario sería tanto como aceptar que los actos administrativos por medio de los cuales se califican créditos o se resuelven reclamaciones sobre tal calificación o cualquier otro que se dicte en el curso del proceso de liquidación forzosa administrativa, carecen de control o se encuentran blindados en cuanto a su impugnación judicial, cuestión ésta que resulta desacertada desde cualquier punto de vista.

[13] Hoja número 2 de la Resolución 1671 del 2 mayo de 2014 proferida por el Agente Liquidador de SOLSALUD que obra en el CD que se aportó con la demanda.

De igual manera, es necesario que se vincule al proceso a la Superintendencia Nacional de Salud dada la relación de control y seguimiento que tiene sobre las actuaciones del liquidador en la forma explicada en el respectivo capítulo. También debe llamarse como tercero con interés en el proceso a la firma Legal Strategy SAS., como quiera que se invoca en el plenario la existencia de un contrato de mandato suscrito con el Liquidador de SOLSALUD EPS. S.A.

Por las razones anteriores hay lugar a REVOCAR el auto apelado y en su lugar, ordenar al Tribunal Administrativo de Santander que determine si debe admitirse o no la demanda de la referencia, teniendo presente las anteriores consideraciones.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado.

SEGUNDO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Santander proveer si se admite o no la demanda en los términos expuestos en la

parte considerativa de esta providencia, atendiendo especialmente lo dispuesto respecto de la vinculación al proceso de la Superintendencia Nacional de Salud y la sociedad Legal Strategy SAS.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 28 de enero de 2016.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **GUILLERMO VARGAS AYALA**