



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

Juez: ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE

Bogotá D.C., veinticinco (25) febrero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Reparación Directa
Radicación: 110013336038201900340-00
Demandante: DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S.
Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social y otro
Asunto: Fallo primera instancia

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

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENCIA NACIONAL DE SALUD**, son administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios ocasionados por las omisiones y el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, que derivaron en la liquidación tardía e insatisfactoria de Humana Vivir S.A. EPS, hoy liquidada.

1.2.- Se condene al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **SUPERINTENCIA NACIONAL DE SALUD** a pagar a favor de la demandante la cantidad de \$609.276.908 por concepto de perjuicios materiales.

1.3.- Se condene al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **SUPERINTENCIA NACIONAL DE SALUD** a pagar a favor de la demandante la cantidad de \$222.956.376 por daño emergente.

1.4.- Se condene al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a pagar a favor de la demandante la cantidad de \$386.320.532 por concepto de lucro cesante.

1.5.- Se condene al pago de los intereses de mora asumidos por la demandante sobre los créditos adquiridos para mantener el equilibrio económico de la IPS.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de la demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- Mediante Escritura Pública N° 758 del 13 de marzo de 1995 otorgada en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá D.C., fue constituida Humana Vivir S.A. EPS.

2.2.- A través de las Resoluciones N° 0372 del 31 de mayo y N° 0576 del 16 de agosto, ambas de 1995, N° 3 de abril de 1998, N° 0231 de 2006 y N° 2025 del 2 de noviembre de 2006, la Superintendencia Nacional de Salud autorizó a Humana Vivir S.A. EPS tener cobertura geográfica en diferentes ciudades del país.

2.3.- DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S. y Humana Vivir S.A. EPS suscribieron los contratos RS-EVENTO-2010-145, RS-EVENTO-2011-110 y RS-EVENTO-2012-002, para la prestación del servicio de dispensación de medicamentos a los usuarios.

2.4.- La empresa DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S. prestó los servicios comerciales a los usuarios de Humana Vivir S.A. EPS durante los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

2.5.- Mediante Resolución N° 806 del 14 de mayo de 2013 la Superintendencia Nacional de Salud decretó la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de Humana Vivir S.A. EPS y ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones.

2.6.- Con Resolución N° 007 del 13 de abril de 2015, expedida por el Liquidador de Humana Vivir S.A. EPS, se reconoció la deuda existente a favor de la empresa de DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S. como un crédito de 5ª clase en la tipología de prestación de servicios médicos bajo la modalidad Evento –CME-.

2.7.- En su debida oportunidad procesal la aquí demandante ejerció el recurso de reposición en contra de la Resolución N° 007 del 13 de abril de 2015, el cual fue decidido a través de la Resolución N° 10 del 16 de diciembre de 2015.

2.8.- Los créditos reconocidos en aquellas decisiones ascienden a la cantidad de \$217.402.551 y \$5.553.825 pesos.

2.9.- A través de la Resolución N° 18 del 31 de mayo de 2016, se le causó a la demandante un daño antijurídico, porque el Liquidador manifestó que la masa no tenía recursos suficientes para pagar los créditos reconocidos.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- El 27 de noviembre de 2018¹ el apoderado judicial del Ministerio de Salud y Protección Social dio contestación a la demanda y puso en entredicho la gran mayoría de los hechos porque no le constan.

En el mismo escrito presentó las siguientes excepciones de mérito, así:

i).- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Planteó que no se encuentra probada irregularidad u omisión de parte del Ministerio de Salud y Protección Social, porque no tuvo ninguna injerencia en el proceso de liquidación forzosa administrativa adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud.

ii).- Ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social: Sostuvo que de ninguna forma es posible alegar que el daño es imputable a la entidad, porque no fue quien dio origen a la prestación del servicio, como tampoco tiene que ver con el ejercicio de sus funciones administrativas.

iii).- Inexistencia de la obligación: Sostuvo que dentro de las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social no tiene asignada la función de adelantar, graduar y calificar las acreencias de la aquí demandante y por ello consideró que no es posible derivar responsabilidad alguna sobre esta cartera ministerial.

¹ Folios 47 a 69 del Cuaderno 1

2.2.- El 27 de noviembre de 2018 el apoderado judicial de la Superintendencia Nacional de Salud² contestó la demanda proponiendo las siguientes excepciones de mérito, así:

i).- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Alegó que la Superintendencia Nacional de Salud, por tratarse de un organismo de control, no asume el pago de las obligaciones de la EPS, ni tiene la coadministración del patrimonio de la intervenida.

ii).- Inexistencia de acto administrativo expedido por la Superintendencia de Salud: Explicó que la entidad no graduó, ni calificó las acreencias presentadas dentro del proceso de liquidación de Humana Vivir S.A. EPS, por lo que consideró que no es factible imputarle el daño antijurídico.

iii).- Inexistencia de la obligación contractual a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Se sustentó en que el presunto daño infligido no puede ser atribuido a la entidad, porque es un organismo de inspección, vigilancia y control, sin que ello implique que deba asumir el pago de las obligaciones de las entidades intervenidas o vigiladas.

iv).- Inexistencia de subrogación y solidaridad entre la Superintendencia Nacional de Salud y Humana Vivir S.A. EPS.: Argumentó que no existe solidaridad respecto de las obligaciones civiles y comerciales de las entidades vigiladas.

III.- TRAMITE DE INSTANCIA

El 18 de julio de 2018³ la demanda fue presentada ante la Secretaría General de la Sección 3ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual fue sometida a reparto correspondiéndole el conocimiento al Magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista.

El 2 agosto de 2018⁴ el Magistrado Ponente dispuso la admisión de la demanda. El 10 de septiembre de 2018⁵ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia

² Folios 70 a 82 del Cuaderno 1

³ Folio 2 del Cuaderno 1

⁴ Folios 32 a 34 del Cuaderno 1

⁵ Folios 38 a 43 del Cuaderno 1

Nacional de Salud, al Procurador 6° Judicial II Administrativo de Bogotá D.C., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Igualmente, se corrieron los traslados previstos en los artículos 199 y 172 del CPACA desde el 7 de septiembre de 2017 hasta el 30 de noviembre del mismo año, las entidades demandadas dieron contestación a la demanda dentro del término.

El 14 de marzo de 2018⁶ el Magistrado Ponente realizó la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en la cual pospuso el estudio de la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva para el momento de dictar sentencia. Igualmente, se evacuaron las demás etapas de fijación del litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

En audiencia de pruebas del 30 de abril de 2019⁷ se practicaron los medios probatorios decretados, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

Con posterioridad, el 29 de mayo de 2019⁸ el Magistrado Ponente Carlos Alberto Vargas Bautista, integrante de la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia negatoria de las pretensiones, la cual fue objeto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante⁹, cuya alzada fue concedida mediante auto del 2 de julio de 2019¹⁰.

Una vez remitido el expediente al Superior Funcional, fue asignado el conocimiento al Consejero Guillermo Sánchez Luque, integrante de la Subsección “C” de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien por auto del 19 de agosto de 2019¹¹ resolvió declarar la nulidad de la sentencia del 29 de mayo del mismo año por falta de competencia funcional del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁶ Folios 96 a 106 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia inicial del 14 de marzo de 2018

⁷ Folios 147 a 296 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia inicial del 30 de abril de 2019

⁸ Folios 1 a 15 del Cuaderno 1

⁹ Folios 21 a 32 del Cuaderno 3

¹⁰ Folio 34 del Cuaderno 3

¹¹ Folios 45 a 46 del Cuaderno 3

Una vez recibido el expediente en la Sede Judicial CAN, el 8 de septiembre de 2020¹² fue sometido a reparto el asunto, correspondiéndole el conocimiento a este Despacho Judicial. Por auto del 10 de febrero de 2020¹³ se dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el Superior, y se avocó conocimiento del presente asunto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte Demandante

El apoderado judicial de la parte demandante¹⁴, formuló sus alegatos de conclusión iterando los argumentos de la demanda.

2.- Parte Demandada

La mandataria judicial del Ministerio de Salud y Protección Social, con escrito presentado el 9 de mayo de 2019¹⁵, y el apoderado judicial de la Superintendencia Nacional de Salud con memorial del 15 del mismo mes y año¹⁶ formularon sus alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en las contestaciones de la demanda, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 1, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema jurídico

Al Despacho le concierne determinar si el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** son administrativamente responsables por los daños y perjuicios invocados por la demandante con ocasión a la presunta falla en el servicio causada por la omisión

¹² Folio 159 del Cuaderno 1

¹³ Folio 159 de Cuaderno 1

¹⁴ Folios 147 a 154 del Cuaderno 1

¹⁵ Folios 136 a 140 del Cuaderno 1

¹⁶ Folios 141 a 146 del Cuaderno 1

y el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales que derivaron en la liquidación tardía e insatisfactoria de Humana Vivir S.A. EPS, lo que derivó en que el crédito reconocido a favor de la aquí demandante resultare impagado.

3.- Generalidades de la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado derivada de la falla en la prestación del servicio

El artículo 90 de la Constitución Política establece una cláusula general de responsabilidad del Estado, al señalar que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas en ejercicio de sus funciones. De lo que se desprende que para declarar la responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de dos presupuestos a saber: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad.

La Corte Constitucional, ha definido el daño antijurídico como el perjuicio que es provocado a una persona y que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Al respecto ha señalado:

“La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. (...)”

Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”¹⁷.

Así pues, se concluye que para la configuración del primer elemento de la responsabilidad del Estado, se exige que además de existir un daño, sea antijurídico, lo que equivale a decir que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que se constituiría en una ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

Con relación a la imputabilidad, el Consejo de Estado la definió “*como la atribución jurídica que se le hace a una entidad pública, por el daño padecido por el administrado, y por el que, en principio estaría en obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad.*”¹⁸.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

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

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

En sentencia de 13 de abril de 2016¹⁹, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció frente al principio de imputabilidad así:

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

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Sentencia de 26 de mayo de 2011, Rad. No. 1998-03400-01 (20097).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 51561.

objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implican la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

.....

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

.....

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”²⁰.

Atendiendo a las condiciones concretas en las que se haya producido el hecho, el Despacho deberá entonces adaptar el régimen de responsabilidad al caso concreto. Así, cuando el daño se produzca como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas se aplicará el régimen de daño especial; cuando éste proviene de la realización de actividades peligrosas donde predomine el riesgo se aplicará la teoría del riesgo excepcional. Pero, en todo caso, el daño no es imputable al Estado si se evidencia que fue producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, toda vez que con ello no se configura el nexo causal entre el hecho que se imputa a aquél y el daño²¹.

En relación con la falla del servicio como título jurídico de imputación de responsabilidad la doctrina y la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo la ha definido como la inobservancia o incumplimiento de un deber a cargo de una entidad pública que afecta un bien jurídico tutelado.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²¹ Al respecto, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de noviembre 11 de 2009 (expediente 17393) y de abril 28 de 2005 (expediente 15445).

De esta forma, la falla del servicio puede entenderse como la conducta activa u omisiva de la Administración, consistente en la falta de prestación de un servicio o cumplimiento de una función, o la prestación o cumplimiento de un deber de forma defectuosa, tardía, deficiente o irregular.

Así las cosas, la estructuración de la responsabilidad estatal se condiciona a la demostración de la configuración de la falla o falta en el servicio, el daño antijurídico y la relación causal entre estos. De esta forma, la prosperidad de las pretensiones de responsabilidad extracontractual del Estado se sujeta a la acreditación de que el servicio no funcionó o funcionó de forma irregular y que, a consecuencia de esta circunstancia, se lesionó un bien legítimo tutelado que la persona no estaba en el deber jurídico de soportar.

4. Asunto de Fondo

Los demandantes imputan daño antijurídico al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** con fundamento en que incurrieron en falla del servicio con ocasión a omisiones y al cumplimiento defectuoso de sus obligaciones constitucionales y legales, que derivaron en la liquidación tardía e insatisfactoria de Humana Vivir S.A. EPS, lo que ocasionó que el crédito reconocido a favor de la aquí demandante resultara impagado.

En su defensa el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** plantearon, entre otras excepciones, la de falta de legitimación material en la causa por pasiva, con base en que no tienen injerencia en la intervención forzosa administrativa de Humana Vivir S.A. EPS y menos en la calificación y graduación de los créditos, labor que realizó el liquidador de la EPS.

Es sabido que la legitimación en la causa puede presentarse de dos formas. Una corresponde a la procesal y se caracteriza porque obedece a la vinculación formal que se tiene respecto de un determinado medio de control. Por activa se produce cuando se trata de la persona que accede a la administración de justicia en calidad de demandante; y por pasiva, se configura en los casos en que se trata de la persona que es convocada al proceso como integrante del extremo pasivo de la relación jurídico-procesal, valga la redundancia, es decir si la persona asiste a la jurisdicción para enfrentar las pretensiones de otro.

La otra forma de legitimación en la causa es la material o sustancial. Su nombre de por sí ya empieza a delinear sus contornos, como quiera que alude a la relación sustancial que emerge entre los legítimos contradictores, uno invocando su calidad de titular de un derecho subjetivo que reclama con la intermediación del aparato judicial, y otro como la persona que es señalada de ser quien debe satisfacer el derecho reclamado, y que además debe ser a quien jurídicamente corresponde asumir esa carga.

El Consejo de Estado²² ha hecho importantes aportes sobre la materia. Veamos uno de esos pronunciamientos:

“La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas²³. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)²⁴.

Así pues y dado que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida

²² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores²⁵.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra²⁶. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

“*ad causam* material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

“- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si
 “- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

²⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

“Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»²⁷. (...)”²⁸

4.1.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social

Se puede extraer del escrito de demanda que la parte actora refirió como obligaciones desatendidas por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, las contenidas en el artículo 49 de la Constitución Política en cuanto a que al Estado le corresponde dirigir, organizar y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes y ejercer su vigilancia y control.

Igualmente, la parte actora trajo a colación los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 e hizo hincapié en que las decisiones que se adopten en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal y que al Gobierno Nacional le corresponde dirigir, orientar, regular, controlar y vigilar el servicio público esencial de salud.

A su vez, indicó que el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 impone al Ministerio de Salud y Protección Social la obligación de formular y aplicar criterios de evaluación de eficiencia en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud. De igual forma, de la Ley 1438 de 2011 recalcó los artículos 24 y 121 en cuanto a que las EPS deben contar con unos requisitos de funcionamiento relativos a contar con un mínimo de afiliados que garantice las escalas necesarias para la gestión del riesgo, que cuente con los márgenes de solvencia, la capacidad financiera, técnica y de calidad para operar de manera adecuada.

Basado en las anteriores normas, la demandante **DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S.**, alegó que el Ministerio de Salud y Protección Social contaba con herramientas que le permitían la intervención y previsión de la catástrofe que se generó la liquidación de Humana Vivir S.A. EPS.

De cara al asunto, este Despacho advierte que la demandante funda la falla del servicio por parte del Ministerio de Salud y Protección Social en la falta de

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010). Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS.

vigilancia y control de una EPS, que fue sometida a liquidación forzosa en forma tardía, a la que además se le permitió el funcionamiento en la gran mayoría de ciudades del país a pesar de que no contaba con sostenibilidad financiera.

Respecto a ello es importante precisar que no se pueden dejar de lado las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social, según las cuales no es factible atribuirle una falla del servicio en especial porque entre sus funciones no tiene asignadas la inspección, vigilancia y control de las EPS, su labor se contrae a la de formular políticas públicas para el sector de la salud en el Sistema de Seguridad Social.

En efecto, el artículo 2° del Decreto 4107 de 2011 enlista las funciones que legalmente le corresponde asumir al Ministerio de Salud y Protección Social²⁹.

²⁹ Decreto N° 4107 de 2011. ARTÍCULO 2o. FUNCIONES. El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección Social.
2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.
3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.
4. Formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de enfermedades transmisibles y de las enfermedades crónicas no transmisibles.
5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.
6. Formular, adoptar y coordinar las acciones del Gobierno Nacional en materia de salud en situaciones de emergencia o desastres naturales.
7. Promover e impartir directrices encaminadas a fortalecer la investigación, indagación, consecución, difusión y aplicación de los avances nacionales e internacionales, en temas tales como cuidado, promoción, protección, desarrollo de la salud y la calidad de vida y prevención de las enfermedades.
8. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de protección de los usuarios, de promoción y prevención, de aseguramiento en salud y riesgos profesionales, de prestación de servicios y atención primaria, de financiamiento y de sistemas de información, así como los demás componentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Formular, adoptar y evaluar la política farmacéutica, de medicamentos, de dispositivos, de insumos y tecnología biomédica, y establecer y desarrollar mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de los mismos.
10. Establecer los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos.
11. Formular y evaluar la política de talento humano en salud, en coordinación con las entidades competentes, que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones en salud.
12. Dirigir, organizar, coordinar y evaluar el servicio social obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud.
13. Definir los requisitos que deben cumplir las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud para obtener la habilitación y acreditación.
14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley.
15. Participar en la formulación y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos en materia de pensiones, beneficios económicos y otras prestaciones.
16. Participar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones.
17. Formular la política de salud relacionada con el aseguramiento en riesgos profesionales y coordinar con el Ministerio de Trabajo su aplicación.
18. Formular y evaluar la política para la definición de los sistemas de afiliación, garantía de la prestación de los servicios de salud y sistemas de información en Riesgos Profesionales.
19. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de promoción social a cargo del Ministerio.

Luego de examinar las funciones definidas en esa norma jurídica, no resulta ser cierto que al Ministerio de Salud y Protección Social le corresponde desarrollar funciones de intervención forzosa administrativa frente a las EPS cuando no cumplan con los criterios de sostenibilidad fiscal.

Como era de esperarse, el papel que cumple el Ministerio de Salud y Protección Social en la vida económica de entidades como la EPS HUMANA VIVIR no es el indicado por la parte demandante, es más, ni siquiera se aproxima al de un

20. Realizar los estudios y el análisis de viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los recursos asignados a la salud y promoción social a cargo del Ministerio.

21. Administrar los recursos que destine el Gobierno Nacional para promover la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando quiera que no exista norma especial que los regule o reglamente, ni la administración se encuentre asignada a otra entidad.

22. Constituir con otras personas jurídicas de derecho público o privado, asociaciones, fundaciones o entidades que apoyen o promuevan el cumplimiento de las funciones o fines inherentes al Ministerio de Salud y Protección Social, así mismo, destinar recursos de su presupuesto para la creación, funcionamiento e inversión del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud de que trata el artículo 92 de la Ley 1438 de 2011 o al de las asociaciones, fundaciones o entidades que constituya.

23. Definir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales. La administración de los sistemas de información de salud se hará en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

24. Promover acciones para la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida.

25. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de las organizaciones comunitarias, las entidades no gubernamentales, las instituciones asociativas, solidarias, mutuales y demás participantes en el desarrollo de las acciones de salud.

26. Promover la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución de las actividades de salud, riesgos profesionales y promoción social a cargo del Ministerio.

27. Promover el estudio, elaboración, seguimiento, firma, aprobación, revisión jurídica y la ratificación de los tratados o convenios internacionales relacionados con salud, y promoción social a cargo del Ministerio, en coordinación con las entidades competentes en la materia.

28. Proponer y desarrollar, en el marco de sus competencias, estudios técnicos e investigaciones para la formulación, implementación y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos en materia de salud y promoción social a cargo del Ministerio.

29. Asistir técnicamente en materia de salud, y promoción social a cargo del Ministerio, a las entidades u organismos descentralizados territorialmente o por servicios.

30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias.

31. <Numeral suprimido por el artículo 1 del Decreto 1432 de 2016. Ver Notas de Vigencia sobre la transitoriedad establecida en el Decreto 1432 de 2016>

32. <Numeral modificado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

33. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.

34. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen. Si a 31 de diciembre de cada año el Ministerio no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

35. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

36. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

37. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.

38. <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las demás que por disposición legal se le haya asignado a la Comisión de Regulación en Salud.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 del Decreto 2562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las funciones establecidas en los numerales 32 al 37 deberán realizarse de conformidad con los parámetros y términos señalados en el párrafo 3o del artículo 7o de la Ley 1122 de 2007.

regulador de su salud financiera. Su rol se concreta en la formulación de políticas públicas en temas de salud pública, valga la redundancia, con miras a propender porque el sistema en su totalidad funcione de la mejor forma posible, de modo que sus diferentes partes se articulen para que el sistema de salud llegue a niveles óptimos.

Ahora, si bien es cierto que dentro de las atribuciones asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social se hallan las de realizar estudios y análisis de viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los recursos asignados a la salud (20) y la administración de los recursos que el Gobierno Nacional destine para promover la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (21), el control financiero que aquí se plantea está ligado únicamente al Sistema de General de Seguridad Social en Salud, de modo que la prestación del derecho fundamental a la salud esté en todo momento garantizado al mayor número posible de personas.

Iría en contra de la naturaleza misma del Ministerio de Salud y Protección Social que se le encomendara la función de vigilar y controlar que cada una de las entidades que opera en el sistema de salud colombiano mantuviera buen balance entre sus activos y pasivos, a tal punto que los acreedores de las mismas no corrieran riesgos adicionales a los que el propio mercado impone. Esto distraería a dicha cartera de su principal función, como es la de analizar permanentemente el sector salud para planear y formular las políticas públicas necesarias para enfrentar los retos y desafíos que representa la atención de la salud pública de quienes habitan el territorio nacional.

En estos términos, no se encuentra probada la falla del servicio del Ministerio de Salud y Protección Social, porque de las normas invocadas por la parte actora y de la revisión de sus funciones, no es posible exigirle una intervención en el patrimonio y en la administración de los recursos de Humana Vivir S.A. EPS. Además, si bien la cartera ministerial establece políticas públicas en el sector salud y fija unos indicadores de gestión a las EPS, ello no significa que la entidad del orden nacional tenga que administrar los recursos de las EPS o estar atenta a la forma como sus directivos los administran.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la Protección Social.

4.1.- De la falta de legitimación en la causa de la Superintendencia Nacional de Salud

En lo que atañe a la Superintendencia Nacional de Salud, la parte demandante alegó diferentes circunstancias, principalmente, que no se garantizaron los recursos suficientes para pagar las acreencias debidamente reconocidas; y que dicha entidad, al quitarle habilitación a Humana Vivir S.A. EPS, retoma la responsabilidad delegada a la misma y asume no solamente la atención de los pacientes, a quienes debe trasladar a otras EPS, sino que también debe asumir el pago de las obligaciones económicas.

Citó, como soporte de su apreciación, los artículos 90, 196 inciso 4°, 209, 211 y 305 de la Constitución Política, el artículo 100 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 de la Ley 489 de 1998, la Ley 715 de 2001, los artículos 1° y 4° del Decreto 1281 de 2002, los artículos 2°, 13 literal d y parágrafo 5° y 39 de la Ley 1122 de 2007.

Pues bien, la Ley 100 de 1993 consagró la facultad de intervención del Estado en el servicio público de seguridad social en salud y se radicaron en la Superintendencia Nacional de Salud las facultades de inspección vigilancia y control, así:

“ARTÍCULO 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

(...)

g) Evitar que los recursos destinados a la Seguridad Social en Salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

PARÁGRAFO. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

(...)

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. (...)

La Ley 1122 de 2007, vigente para la época de los hechos referidos en este proceso, reafirmó la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las funciones de inspección vigilancia y control de los recursos y los servicios de salud pública. El alcance de tales atribuciones se reguló en los siguientes términos:

“Artículo 37. *Ejes del Sistema de Inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.* Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

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

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

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

4.- Atención al usuario y participación social. Su objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de igual forma promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario del servicio de salud.

5. Eje de acciones y medidas especiales. Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa **para administrar o liquidar** las entidades vigiladas que cumplen funciones de 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. Tratándose de liquidaciones voluntarias, la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud. **En casos en que la Superintendencia Nacional de Salud revoque el certificado de autorización o funcionamiento que le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud o Administradoras del Régimen Subsidiado, deberá decidir sobre su liquidación.** 6. Información. (...). 7. Focalización de los subsidios en salud. (...). (Negrilla fuera de texto)

Es importante resaltar que con posterioridad la Ley 1438 de 2011 amplió las facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia sancionatoria, la que se aplicó para los procedimientos que se iniciaron con posterioridad a su expedición³⁰.

³⁰ Ley 1438 de enero 19 de 2011. “Artículo 130C. *Competencia preferente.* En cualquiera de las etapas del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia Nacional de Salud podrá asumir la competencia preferente respecto de los asuntos de su competencia que estén a cargo de otros órganos de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en cuyo desarrollo se podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier actuación, investigación o juzgamiento

Además, desde la Ley 100 de 1993 se invocó como aplicable en materia de intervención, el procedimiento previsto para la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia, el cual contempla medidas especiales y preventivas como la cesión de activos y pasivos³¹.

En ese orden de ideas, de la anterior legislación se pueden apreciar algunas eventualidades en la intervención forzosa administrativa, así:

i).- Por un lado, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1122 de 2007, aplicable para el procedimiento de intervención en concordancia con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, existen modalidades o grados de intervención administrativa, de suerte que no toda medida de intervención implica la obligación de liquidar la entidad vigilada, ni la de inhabilitación para continuar operando o la imposición de la cesión de sus contratos. Tampoco la intervención conlleva necesariamente un procedimiento concursal al que se convoque a todos los acreedores ni altera las reglas de pago de los contratos.

En las normas antes citadas está prevista la intervención para administrar y la potestad de la respectiva Superintendencia para establecer medidas de saneamiento o acciones preventivas en orden a normalizar el servicio objeto de inspección, vigilancia y control.

ii).- Y por otro lado, en el caso de la liquidación administrativa en donde comparecen todos los acreedores que pretendan reclamar derechos puede

garantizando el derecho al debido proceso. // Parágrafo. Acogida la competencia preferente frente a las Instituciones Prestadoras de Salud sobre el cumplimiento de cualquiera de las condiciones o requisitos previstos para el otorgamiento de la habilitación y permanencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Superintendencia Nacional de Salud bajo su propio procedimiento aplicará las medidas sanitarias y preventivas de seguridad previstas en la Ley 9 de 1979, y las sanciones administrativas determinadas en la presente ley. Artículo 134 (...) Parágrafo 2°. Las modificaciones introducidas en la presente ley se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionatorios que se inicien después de su entrada en vigencia, para aquellos iniciados bajo el régimen legal anterior se sujetarán al que ya traían.

³¹ Decreto 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Artículo 113.- *Medidas preventivas de la toma de posesión .1. Vigilancia especial. La vigilancia especial es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen. // 2. Recapitalización. (...). 3. Administración fiduciaria. (...) // 4. Cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. La cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria promover la cesión de activos pasivos y contratos, así como la enajenación de establecimientos de comercio // 5. Fusión. (...)*”.

presentarse la ausencia de remanentes, cuyo resultado económico es consecuente con la situación del patrimonio liquidable.

Debe resaltarse que el precedente jurisprudencial ha sostenido que la insuficiencia de activos para pagar el pasivo de la entidad intervenida no constituye prueba de un daño antijurídico en sí mismo³², toda vez que puede corresponder a las reglas del proceso liquidatorio, en donde el pago de las acreencias se realiza de acuerdo con el orden de prelación de créditos definido en la ley³³.

De acuerdo al acervo probatorio digital contenido en los anexos de la demanda se observa que entre DENBAR INTERNACIONAL y Humana Vivir S.A. EPS se suscribieron los Contratos RC-EVENTO2010-145, RC-EVENTO2011-110 y RS-EVENTO 2012, todos para la dispensación de medicamentos en el régimen subsidiado en la modalidad por evento.

Con posterioridad, la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución N° 000806 del 14 de mayo de 2013 ordenó la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar, de Humana Vivir S.A. EPS y EPS-S.

La empresa DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S., adujo que con ocasión a la intervención forzosa administrativa para liquidar presentó como crédito las facturas de venta por un monto de \$520.202.601. Luego por Resolución N° 10 del 16 de diciembre de 2015 mediante la cual se resolvieron los recursos interpuestos contra las Resoluciones 007 del 13 de abril de 2015 y 008 del 24 de abril de 2015, determinó el pasivo y los créditos a cargo de la masa de liquidación y los excluidos de la misma, en particular frente a DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S. fueron reconocidas las siguientes acreencias, así³⁴:

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A sentencia de 14 de agosto de 2020, radicación: 52001233100020050071602 (50575), actor: Victoria Eugenia Enríquez y otros, demandados: Ministerio de Comercio Industria y Turismo – Superintendencia de Sociedades, referencia: reparación directa (CCA). En el mismo sentido, sobre la ausencia de remanentes en el proceso liquidatorio, puede citarse la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10 de septiembre de 2020, radicación: 76001-23-33-000-2015-00469-01 (62018), actor: William Mauricio González Moreno, demandados: Superintendencia de Sociedades, referencia: reparación directa (Ley 1437 de 2011).

³³ Artículo 2493 a 2509 del Código Civil.

³⁴ Resolución N° 10 del 16 de diciembre de 2015 contenida el DVD obrante entre folios 29 a 30 del Cauderno1

Nit/CC	Nombre /Razón Social	Número de reclamación	Concepto reclamado	Valor Aprobado Resolución 007 0 008	Valor Reconocido Resolución 010	Valor Total a reconocer	Decisión
900268644	DENBAR INTERNACIONAL	95	CME Servicios Médicos Prestados bajo la modalidad de Evento	0	217.407.551	217.402.551	REVOCA
900268644	DENBAR INTERNACIONAL	95	CMC Servicios Médicos Prestados bajo la modalidad de Capita	0	5.553825	5.553.825	REVOCA

Posteriormente mediante Resolución N° 18 del 31 de mayo de 2016³⁵ resolvió declarar terminada la existencia legal de Humana Vivir S.A. EPS y EPS-S.

En la precitada Resolución³⁶ sobresale que el liquidador realizó un extenso proceso de depuración contable y financiera, según el cual los activos de \$277.344.143.311,86 registrados en el mes de mayo de 2013 pasaron a unos activos de \$19.135.467-272,25, con corte de abril de 2016, lo que refleja una dramática disminución.

Fue así como en la Resolución N° 18 del 31 de mayo de 2016 se determinó la imposibilidad de pago de la totalidad de los pasivos, gracias a que los activos y los recursos no lograban solventar el pago de las obligaciones; por el contrario, se concluyó que no se justificaba realizar las actividades de venta y recuperación de activos, debido a que significaba invertir una suma excesivamente alta que no se vería reflejada en el ingreso de la entidad y que probablemente no cubriría en su totalidad el pago de las acreencias.

Entonces, en esos términos fue declarado del desequilibrio financiero, lo que significa la imposibilidad de pago de las acreencias. Por lo tanto, debe resaltarse que la insuficiencia de activos para pagar el pasivo de la entidad intervenida no constituye prueba de un daño antijurídico en sí mismo, toda vez que corresponde a las reglas del mencionado proceso concursal.

³⁵ Resolución 10 del 16 de diciembre de 2015 contenida en el DVD obrante entre folios 29 a 30 del Cuaderno 1.

³⁶ Resolución N° 10 del 16 de diciembre de 2015 contenida en el DVD obrante entre folios 29 a 30 del Cuaderno 1.

De otro lado, el Despacho no puede dejar de mencionar que HUMANA VIVIR S.A. EPS, según los medios de prueba regular y oportunamente incorporados al plenario, desarrolló su objeto social entre el año 1995 y el año 2016, y que la mayor disminución de sus activos la experimentó entre los años 2013 y 2016, cuando pasó de tener \$277.344.143.311,86 a tener la irrisoria suma de \$19.135.467-272,25.

Precisamente, es en ese interregno que la Superintendencia Nacional de Salud profiere la Resolución 000806 del 14 de mayo de 2013, con la que se ordenó la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a HUMANA VIVIR S.A. EPS. Esto significa que el señalamiento que le hace la parte demandante a dicha entidad, en cuanto a que incurrió en falla del servicio por no haber intervenido con mayor antelación no es de recibo.

En efecto, la expedición del acto administrativo mencionado en el párrafo anterior es fuerte indicio de que la entidad ya tenía sus ojos puestos sobre la entidad promotora de salud y que su apreciación en torno a los problemas financieros y de prestación de los servicios de salud era tan grave que la única medida posible era la intervención forzosa con fines de liquidación.

La realización de sus activos desnudó una realidad lamentable para sus acreedores y es que ellos fueron insuficientes para satisfacer todas las obligaciones pendientes, panorama del que no se puede culpar a la Superintendencia Nacional de Salud ya que su decisión de intervenir a la mencionada EPS no tenía el malsano cometido de hacer más gravosa la situación de los usuarios y acreedores, sino todo lo contrario, evitar que el problema se agudizara aún más y con ello se pusiera en riesgo la buena prestación del derecho fundamental de la salud.

Sería extraño afirmar que por el resultado (pasivos superiores a activos), la Superintendencia Nacional de Salud ocasionó un daño antijurídico a los acreedores de HUMANA VIVIR S.A. EPS, y que por lo mismo debe asumir con su patrimonio la pérdida que experimentaron las personas que no pudieron recuperar su dinero en el proceso de liquidación adelantado por el agente designado por dicha entidad.

Una hipótesis en ese sentido no tendría cabida en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud a que constituiría la entronización de una

especie de responsabilidad objetiva de la administración, la que al parecer de este Despacho no podría abrigarse porque pretendería trasladar a la administración los efectos patrimoniales de un incumplimiento contractual entre particulares, sin que para ello se cuente con un instrumento legal o contractual que así lo avale.

En otras palabras, supondría la aplicación de una solidaridad pasiva entre la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades objeto de intervención y liquidación, carece por completo de cualquier asidero jurídico. El hecho que la entidad tenga a su cargo el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades prestadoras de servicios de salud, no lleva a admitir, *per se*, que toda obligación que no sea cubierta en el proceso de liquidación debe ser asumida por la Superintendencia en cuestión, dado que si las obligaciones quedan insolutas no es necesaria y automáticamente porque este organismo haya omitido el pleno y efectivo desempeño de sus funciones.

El régimen de imputación en estos casos, como ya se dijo, no puede ser el objetivo, pues no existe ninguna posición legal o jurisprudencial que así lo indique. El título de imputación, por el contrario, es el subjetivo, el de la falla probada del servicio, de suerte que la parte demandante no debe conformarse con afirmar únicamente que la Superintendencia Nacional de Salud omitió actuar con rapidez en el caso referido, sino que debe demostrar, de la manera más clara posible, que pese a haber sido enterada con tiempo de los malos manejos en la EPS, nada hizo al respecto.

Adicional a ello, es preciso demostrar que al momento de radicarse las quejas en la Superintendencia Nacional de Salud la situación económica de la EPS aún permitía garantizar el pago de las obligaciones a su cargo, y que gracias a la lentitud con la que obró dicha entidad se facilitó que la situación económica fuera cada vez más crítica, al punto de dejar insolutas las acreencias que piden ser resarcidas a través del medio de control de reparación directa.

Infortunadamente, la demandante DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S., estructuró su demanda de reparación directa bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, pues se limitó a afirmar que la Superintendencia Nacional de Salud no intervino a tiempo a HUMANA VIVIR S.A. EPS y que esa demora fue la que facilitó la fuga de capital y por ende, la imposibilidad material de cubrir buena parte de los pasivos existentes, entre ellos los aludidos por la parte actora.

DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S., en efecto sí probó que HUMANA VIVIR S.A. EPS fue intervenida por la Superintendencia Nacional de Salud. En cambio, dejó de probar que esa intervención fue tardía o que esta entidad gubernamental desde mucho tiempo atrás disponía de suficiente información para haber actuado como mayor rapidez.

La omisión, como factor constitutivo de falla probada del servicio, no se puede suponer. Tampoco se puede derivar de la intervención misma, y mucho menos del hecho de que los activos hayan sido insuficientes para cubrir la totalidad de los pasivos. Si la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado se pudiera basar únicamente en el hecho mismo de la intervención estatal, en la práctica cada vez que la Superintendencia Nacional de Salud tomara la decisión de intervenir una de las entidades que vigila y controla, debería ir alistando parte de su presupuesto para indemnizar a aquellas personas cuyos créditos no van a ser cubiertos al cabo del proceso de liquidación.

Además, resulta válido plantear el siguiente interrogante: ¿En qué momento se podría considerar oportuna la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud sobre una EPS? Alguien podría sugerir como respuesta cuando se garantice el pago de todas las acreencias. Ante tal hipótesis sería evidente que la intervención estatal no tendría ninguna justificación, salvo que la prestación de los servicios de salud se vieran gravemente afectados.

Otros, en cambio, podrían entender que la intervención es a tiempo cuando se garantice el pago a la mayoría de los acreedores. Esto, evidentemente, denota que a algunos de los acreedores no se les alcanzaría a pagar. Entonces, ¿a ellos tendría necesariamente que indemnizarlos el Estado? Desde luego que no, porque si tal situación se presenta no es porque la administración haya dejado de ejercer sus funciones o lo haya hecho a destiempo, sino porque corresponde a un detrimento patrimonial que no guarda ningún nexo de causalidad con el proceder de la administración, y que antes bien tiene como única justificación los malos manejos que se dieron al interior de la entidad, los que paradójicamente deben producirse para que el Estado pueda actuar a través de sus facultades de inspección, vigilancia y control.

De otra parte, el Despacho no comparte la idea de que las supuestas omisiones en que incurrió la Superintendencia Nacional de Salud fueron las que determinaron que la demandante no recuperara los dineros que le adeudaba HUMANA VIVIR S.A. EPS, pues si de omisiones se trata es claro que DENBAR

INTERNACIONAL IPS S.A.S., no acudió oportunamente a los medios de control judiciales idóneos para que por la vía coercitiva le fueran cancelados esos dineros.

Si la mencionada IPS tenía a su favor esos créditos, seguramente respaldados en títulos ejecutivos, tan pronto se percató de la mora por parte de HUMANA VIVIR S.A. EPS, ha debido formular el medio de control ejecutivo, y dentro del mismo solicitar la práctica de medidas cautelares para garantizar el pago de esos dineros. Por el resultado, lo que se puede afirmar es que no actuó con la debida diligencia, que omitió activar los mecanismos judiciales a su favor, tardanza que la llevó a someterse al proceso de liquidación, cuando ya la situación económica de la intervenida se había agravado en la forma descrita en esta providencia.

Pues bien, le asiste la razón a la Superintendencia Nacional de Salud al advertir que dentro de sus funciones no se encuentra la de garantizar o pagar las deudas de las empresas promotoras de salud frente a las cuales ejerce sus facultades de intervención o control. Es más, esa entidad no tiene la posición garante de las obligaciones contractuales asumidas por las EPS y no pagadas, como pretendió, en últimas, la parte demandante.

En suma, se declarará probada la excepción de Falta de legitimación material en la causa respecto de las dos entidades demandadas y se negarán las pretensiones de la demanda.

5.- Costas Procesales

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y que cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal habrá lugar a ello. En este caso, al ponderar la argumentación del libelo introductorio, resulta razonable no imponer costas en esta instancia, dado que la parte actora decidió instaurar la demanda bajo una hipótesis no puede considerarse descabellada.

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

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de *Falta de legitimación material en la causa por pasiva* planteada por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA** promovida por **DENBAR INTERNACIONAL IPS S.A.S.** contra el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

TERCERO: Sin condena de costas.

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

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada³⁷ **JENNIFER MORALES URIBE** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.128.394.269 y tarjeta profesional No. 208.011 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada judicial de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a los términos del poder conferido³⁸.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DEMANDANTE	andres.suarez@abogadosbogota.com; asv@ASVabogados.com;
DEMANDADOS	notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co; snsnotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co; jennifer.morales@supersalud.gov.co; lcalderon@minsalud.gov.co; perezlizcano@gmail.com; lvalderon@minsalud.gov.co;
ANDJE	procesos@defensajuridica.gov.co;
MIN. PÚBLICO	mferreira@procuraduria.gov.co; ojaramillo@procuraduria.gov.co; procjudadm6@procuraduria.gov.co

DMAP

Firmado Por:

HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 038 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

³⁷ El 11 de febrero de 2021 se consultó en <https://sirna.ramajudicial.gov.co/Paginas/Certificado.aspx> la vigencia de la tarjeta profesional encontrándose vigente la T.P. N° 208011.

³⁸ Folio 162 a 169 del Cuaderno 2

Reparación Directa
Radicación: 110013336038201900340-00
Actor: Denbar Internacional IPS S.A.S.
Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social
Fallo Primera Instancia

Código de verificación: **4fef0fd226c7e7c26581cafb348decaf1c8f1ba788f76288780a3d32c7ac2be**
Documento generado en 25/02/2021 11:02:35 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>