

# La responsabilidad del Estado por “daño especial” en los eventos de existencia de desequilibrio financiero en la liquidación de EPS

State Liability for “Special Damage” in Cases Involving  
Financial Imbalance during the Liquidation of EPS

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v55n142.a6>

Jorge Esteban Agudelo Gómez 

Universidad Pontificia Bolivariana (UPB)

Correo electrónico: [jagudelo@enfoquejuridico.com](mailto:jagudelo@enfoquejuridico.com)

---

Cómo citar este artículo:

Agudelo Gómez, J. (2025). La responsabilidad del Estado por “daño especial” en los eventos de existencia de desequilibrio financiero en la liquidación de EPS. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 55(142), 1-29

Recibido: 13 de junio de 2023

Aprobado: 11 de febrero de 2025

## Resumen

El presente estudio tiene como objetivo explorar la hipótesis de si el título de imputación de "daño especial" puede configurarse a favor de los acreedores y en contra del Estado en eventos de liquidación forzosa de Entidades Promotoras de Salud (EPS). A través de una metodología analítica con un enfoque cualitativo y teórico-reflexivo, se identifican las cargas y riesgos que enfrentan los actores del sistema de salud colombiano en la prestación del servicio público de salud, analizando las consecuencias económicas derivadas de estas problemáticas. El análisis aborda los factores que contribuyen a la insolvencia de las EPS, destacando el rol del Estado y sus entidades rectoras y controlantes en el manejo y flujo de los recursos financieros del sector. El propósito principal del estudio es explorar los fundamentos legales de la responsabilidad estatal, enfocándose específicamente en el título de imputación de "daño especial" y proponer un marco jurídico de riesgos sectoriales que pueda ser aplicado en la resolución de litigios relacionados con la liquidación forzosa de EPS.

### Palabras clave

Daño especial, Liquidación forzosa, EPS, Responsabilidad del Estado, Sistema de salud, Riesgos sectoriales.

## Abstract

The aim of this study is to explore the hypothesis of whether the legal principle of "Special Damage" can be applied in favor of creditors and against the State in cases of forced liquidation of Health Promotion Entity (EPS). Using an analytical methodology with a qualitative and theoretical-reflective approach, the study identifies the burdens and risks faced by actors in the Colombian health system in delivering public health services, analyzing the economic consequences stemming from these challenges. The analysis addresses the factors contributing to the insolvency of EPS, highlighting the role of the State and its governing and supervisory entities in managing and directing the financial resources of the sector. The primary purpose of the study is to examine the legal foundations of State liability, with a specific focus on the "Special Damage" principle, and to propose a legal framework for sectoral risks that can be applied to resolve disputes related to the forced liquidation of EPS.

### Keywords

Special damage, Forced liquidation, EPS, State liability, Health system, Sectoral risks.

## Introducción

Es de público conocimiento que actualmente el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) atraviesa una problemática específica ligada a la despatrimonialización de algunas Entidades Promotoras de Salud (EPS), lo cual ha conllevado una inmediata intervención del Estado y, eventualmente, la decisión de proceder con su liquidación.

Más allá de determinarse las causas puntuales y los orígenes específicos de cada evento de liquidación, el común denominador en las liquidaciones forzosas de EPS es que sus pasivos superan su patrimonio (prenda general de los acreedores), situación que ha implicado la declaración de desequilibrio financiero por parte de los liquidadores asignados. Esta circunstancia tiene de suyo que una gran parte de las obligaciones contraídas por las EPS en liquidación, en calidad de deudor, no van a poder pagarse a los acreedores, en su mayoría Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), aun cuando estas instituciones de orden público o privado cuentan con acreencias totalmente legítimas y exigibles.

Estos eventos de insuficiencia patrimonial de la mayoría de EPS en liquidación, independiente de las acciones judiciales de carácter civil que puedan ejercerse en su contra, permiten plantearse la exploración de hipótesis de responsabilidad del Estado tanto frente a la estructuración actual del sistema y las fallas en la metodología de inspección, vigilancia y control del aseguramiento como en el desequilibrio en las cargas asumidas por los actores pertenecientes a la rama de la prestación del servicio público de salud.

Para efectos de dicho análisis, lo indispensable es conceptualizar acerca de los riesgos, cargas, obligaciones y facultades establecidas por el legislador para cada uno de los actores del sistema, especialmente IPS y Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), así como los deberes legales en cabeza de los entes de control: Superintendencia Nacional de Salud y Ministerio de Salud y Protección Social. Ambos estudios son los que permitirán delimitar las responsabilidades de cada entidad en estos procesos de liquidación forzosa de EPS.

Bajo este panorama, en este escrito se plantearán las hipótesis posibles de responsabilidad del Estado a la luz de las normas orientadoras del SGSSS y la jurisprudencia del Consejo de Estado, abordándose la tradicional “falla del servicio” y sus limitaciones, para posteriormente centrarse en la hipótesis de

“daño especial”, la cual permite un análisis residual más amplio sobre las cargas y riesgos prestacionales detallados en el ordenamiento, lo cual facilita acercarse con mayor precisión al deber resarcitorio del Estado en relación con el eventual desequilibrio de estos conceptos.

De esta manera, a través de este escrito se pretende no solo explorar posibles fundamentos de la responsabilidad del Estado en estas hipótesis, sino establecer un marco jurídico de riesgos sectoriales que permita responder a la siguiente pregunta: ¿deben las IPS asumir los riesgos de despatrimonialización de las EPS y, en consecuencia, no recibir el pago de atenciones en salud efectivamente prestadas a sus afiliados?, o, por el contrario, determinar si esta despatrimonialización en la liquidación de EPS genera un desequilibrio en las cargas públicas que las IPS no se encuentran en el deber de soportar en el contexto de la prestación de un servicio público.

## Metodología

Para desarrollar el presente estudio de reflexión, se utilizó una metodología analítica con un enfoque de tipo cualitativo, y se realizó un análisis a las distintas normas y jurisprudencia, con el fin de establecer la viabilidad de configurar la responsabilidad del Estado a título de “daño especial” en los eventos de insolvencia de las EPS.

La investigación fue de tipo teórico-jurídico con alcance descriptivo, delimitado a la normatividad colombiana y a los fallos jurisprudenciales relacionados con las obligaciones de los actores del sistema de salud en el flujo de recursos, y en los principales pronunciamientos en temas de responsabilidad estatal. Para ello, empleando la observación teórica como técnica de recolección de datos, se utilizaron las siguientes fuentes:

- a. **Primarias:** Constitución Política, Ley Estatutaria 1751 de 2015, Ley 100 de 1993, Ley 1438 de 2011, Decreto 971 de 2011, Ley 1797 de 2016, Ley 1955 de 2019 y Ley 2294 de 2023. Además, las sentencias más relevantes sobre “falla del servicio” y “daño especial”, concretamente la Sentencia Expediente N.º 22745 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2011) y la Sentencia N.º 6334 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1991).

- b. **Secundarias:** artículos publicados en revistas indexadas sobre la temática de “falla del servicio” y responsabilidad extracontractual del Estado, obtenidos tras una búsqueda en Google Scholar.

## Marco teórico de aproximación al tema

Para efectos de conceptualizar de forma correcta y rigurosa la problemática descrita, y desarrollar el objetivo principal del proyecto, es indispensable que el primer acercamiento teórico sea la identificación de los riesgos y responsabilidades de los agentes del sector salud, pues esto permitirá analizar las decisiones legislativas y ejecutivas en relación con las obligaciones, deberes, facultades y cargas que deben soportar las entidades prestadoras de servicios de salud.

Una vez definidas las cargas públicas asumidas en la prestación del servicio público de salud, así como los vacíos propios en la regulación del sistema, se debe precisar si la situación de insolvencia de las EPS y el posterior impago de obligaciones pueden enmarcarse en el título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado bajo la denominación de “daño especial”.

De esta manera, para efectos metodológicos, se enlista parte del marco legal vigente que fundamenta este estudio en relación con la evolución histórica del comportamiento normativo del flujo de recursos a cargo del Estado, el cual permite identificar los principales riesgos y responsabilidades de los agentes del sector:

- **Constitución Política:** en sus artículos 49 y 365, la Constitución consagra la salud como un servicio público y establece al Estado como titular de su organización, dirección y garantía de prestación.
- **Ley 100 de 1993:** en el artículo 4 establece que la seguridad social es un servicio público obligatorio, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, quien tendrá la responsabilidad de intervenir, dirigir, coordinar, vigilar y controlar el SGSSS (arts. 154 y 156). También se encomienda al Ministerio de Salud la función de supervisar y controlar a las EPS (art. 173), mientras que las IPS deben prestar servicios con calidad y eficiencia, manteniendo autonomía administrativa, técnica y financiera (art. 185).

- **Ley 1438 de 2011:** dispone que el Ministerio de Salud podrá girar directamente a las EPS la Unidad de Pago por Capitación (UPC) o realizar pagos directos a las IPS (art. 29). Además, en caso de deudas derivadas de contratos liquidados del Régimen Subsidiado, los recursos a favor de las EPS deberán transferirse directamente a las IPS cuando estas sean acreedoras de dichos montos (parágrafo transitorio 2).
- **Decreto 971 de 2011:** establece el marco técnico y jurídico para realizar el giro directo de recursos a las EPS e IPS que financian el Régimen Subsidiado (art. 1). Este giro directo, implementado progresivamente y definitivamente aplicado a prestadores públicos desde el 1 de enero de 2012, busca garantizar el pago directo a los prestadores de salud públicos y privados (art. 12). Además, el Ministerio de Salud podrá intervenir con giros directos a la red de prestadores cuando las EPS incumplan pagos que pongan en riesgo el acceso de los afiliados a los servicios de salud (art. 15).
- **Ley Estatutaria 1751 de 2015:** en su artículo 5, además de responsabilizar al Estado en la protección y garantía en el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, establece que este tiene la obligación de adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud, y garantizar el flujo de los recursos. Así mismo, el artículo 14 establece que las IPS no pueden negar la prestación de servicios de atención de urgencia, con independencia de la existencia de autorización previa. Esta norma obliga a garantizar la atención de todos los afiliados del país, sin importar la situación financiera de las EPS ni la existencia de pagos pendientes.
- **Ley 1797 de 2016:** establece que el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), o la entidad que haga sus veces, realizará el giro directo de los recursos de las UPC del Régimen Contributivo a las IPS que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, según los porcentajes y condiciones fijados por el Ministerio de Salud. Este mecanismo se aplica a las EPS del Régimen Contributivo que no cumplan con las metas de solvencia. Asimismo, en el Régimen Subsidiado, el giro directo operará para todos los proveedores de servicios y tecnologías del plan de beneficios, y también para los servicios y tecnologías no incluidos en dicho plan, conforme a las disposiciones del artículo.
- **Ley 1955 de 2019:** establece que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) realizará el giro directo de los recursos de las UPC de los regímenes Contributivo y Subsidiado a las IPS

que presten servicios y tecnologías incluidas en el plan de beneficios (art. 239). Además, se permite, de manera transitoria, el giro directo para cubrir servicios y tecnologías no financiados con recursos de la UPC en ambos regímenes. Por otro lado, las EPS serán responsables de gestionar y financiar estos servicios y tecnologías no cubiertos con cargo al presupuesto máximo asignado por la ADRES (art. 240).

## Evolución de las cargas, riesgos y obligaciones asumidas por los diferentes actores del sistema de salud

Con el anterior marco legal descrito, se pretende proporcionar una descripción en relación con la evolución histórica que han tenido las obligaciones a cargo de los actores del sistema, evidenciándose que las circunstancias imprevisibles de la actividad sanitaria y los vacíos legislativos han hecho que la idea original de sistema de salud haya mutado a lo largo de los más de 30 años de vigencia de nuestra Constitución Política.

Al respecto, tanto la Constitución Política como la Ley 100 de 1993 consideraron de forma armónica un sistema cuyo principal pilar era la titularidad del Estado en relación con la prestación efectiva del servicio público de salud con la convergencia de otros actores públicos y privados, cuyas obligaciones venían dadas por la voluntad del legislador y se encuentran íntimamente ligadas a la garantía efectiva del derecho a la salud, el cual actualmente ostenta la calidad de fundamental.

De esta manera, aun cuando las obligaciones de las IPS se han mantenido más o menos incólumes a través de los años, esto es, enfocadas siempre en la garantía de los derechos de los ciudadanos y en la obligación de no generar barreras administrativas aun ante la incertidumbre del pago de los servicios, el panorama no ha sido el mismo para el Estado, debido a los múltiples problemas en relación con la suficiencia de los recursos, con la malversación de la UPC por algunas EPS y, no menos importante, por la indeterminación normativa, especialmente en temas de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) (hoy denominado Plan de Beneficios en Salud [PBS]) y en la imposibilidad

de reaseguramiento de riesgos financieros por parte de las EPS; la voluntad legislativa y reglamentaria ha procurado solventar dicha problemática al redistribuir funciones o al asignarlas a los organismos del Estado.

Es así como en temas netamente financieros, especialmente en materia de pagos a IPS, aun cuando hasta el momento era claro que la metodología de pago tradicional era la asignación del valor de la UPC a las EPS y que estas pagaran a las IPS, en el año 2011, con la promulgación de la Ley 1438 de 2011 y su Decreto Reglamentario 971 de 2011, ante la notoria crisis de las EPS del Régimen Subsidiado, se configuró una alternativa de pago novedosa a cargo del Estado, mediante la cual se pretendía el “giro directo” de los recursos de la UPC a los prestadores sin la intermediación de las EPS, vislumbrándose por primera vez el reconocimiento por parte del Estado de una obligación concreta de pago de los servicios del antiguo POS a los prestadores, esto como reacción urgente a las deficiencias estructurales y continuas del sistema.

De esta forma, a partir de enero de 2012 se empezó a abrir camino en nuestro sistema el denominado “giro directo” de los recursos del Régimen Subsidiado, figura exitosa replicada en 2016 con la promulgación de la Ley 1797 de ese año para las atenciones prestadas a los afiliados de las EPS del Régimen Contributivo que no cumplieran las metas de solvencia, incluso proponiéndose en la misma norma la posibilidad de girar los recursos de tecnologías y servicios no incluidos en el PBS.

A modo de una aparente consolidación, el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 (Ley 1955 de 2019) estableció, de forma directa y en cabeza de la ADRES, en nombre de las EPS y demás entidades obligadas a compensar, efectuar el giro directo de los recursos de la UPC de los regímenes Contributivo y Subsidiado destinados a la prestación de servicios de salud a todas las instituciones y entidades que presten dichos servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios. Así mismo, luego de años de controversias judiciales en las que las EPS reclamaron al Estado el pago de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC, a raíz de la indeterminación jurídica de la titularidad de estos servicios, se consolidó, a través de esta norma, la figura de “presupuestos máximos”, en virtud de la cual el Estado, a través de la ADRES, transfiere unos recursos para que sean las EPS las que gestionen los servicios y tecnologías no cubiertas con la UPC con cargo a estos recursos.

Con lo anterior, se evidencia que la estructura actual y la metodología de flujo de recursos no fueron una configuración original de la Ley 100 de 1993 al momento de redefinir el sistema de salud, sino que ha sido un desarrollo paulatino y preponderantemente reactivo, que tiene como factor común la asunción o responsabilidad final en el flujo de recursos de la salud por parte del Estado en momentos de crisis o de indeterminación normativa. Lo anterior, en armonía con los preceptos constitucionales que hacen al Estado organizador y director del sistema, y, en consecuencia, obligado a garantizar un equilibrio financiero de los actores.

Respecto de los “presupuestos máximos” instituidos en la Ley 1955 de 2019, se observa claramente que la intención reguladora cercena virtual y paulatinamente el concepto de aseguramiento, pues establece, en cabeza de las EPS, una obligación limitada exclusivamente a la administración de los servicios no cubiertos por la UPC, sin que estas asuman riesgos de desviación o insuficiencia, vislumbrándose nuevamente que el Estado se autoatribuye responsabilidades financieras, delegando en la ADRES, con ciertos matices, la evaluación y verificación de la suficiencia de dichos recursos, y asumiendo, en cierta forma, funciones propias de un asegurador y, obviamente, de un pagador.

Así mismo, se destaca que la misma norma conserva esta tendencia y regula el saneamiento financiero definitivo de las deudas de las entidades territoriales por servicios del Régimen Subsidiado, permitiéndose la cofinanciación por parte del Gobierno nacional por medio de operaciones de crédito en las vigencias 2020 y 2021; lo anterior, por medio de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Con esto, se desataca una vez más la intervención del Gobierno central ante situaciones de déficit de recursos o incumplimientos recurrentes por parte de otros actores del sistema.

Con lo anterior, surge el siguiente interrogante: si históricamente se ha visto reflejado que el Estado entra a suplir las necesidades de flujo de recursos cuando las EPS no cumplen indicadores y en relación con lo no cubierto por la UPC, ¿no puede estructurarse analógicamente la misma responsabilidad del Estado cuando estas EPS, que en principio incumplían indicadores, se encuentran en etapa de liquidación y, en definitiva, no cuentan con patrimonio para asumir sus deudas de prestación?

El reflejo histórico del sistema nos ha enseñado que nunca ha existido una norma concreta que obligue al Estado a asumir las responsabilidades que en principio son de las EPS; sin embargo, como hemos tratado de dilucidar, la construcción de la responsabilidad del Estado en el financiamiento ha sido paulatina y en la medida del surgimiento de las crisis, de manera que se puede considerar como una reglamentación eminentemente reaccionaria, pero con características más o menos uniformes, tendientes a que el aparato estatal supla las deficiencias financieras.

### Objetivos del Proyecto de Ley 339 de 2023, por medio del cual se transforma el sistema de salud en Colombia y se dictan otras disposiciones

Las tendencias anteriormente descritas no son algo menor y sin duda han puesto en tela de juicio la viabilidad del sistema de salud, pues cuestionan de forma directa el papel del aseguramiento y reprochan la distorsión que han tenido las funciones de los actores del sistema, especialmente en el tema financiero y de flujo de recursos.

Es así como el actual Gobierno, de índole progresista, ha puesto sobre la mesa una reforma estructural al sistema de salud, que, de forma directa, plantea atribuir al Estado no solo la responsabilidad de establecer y regular las políticas, normas y disposiciones que rigen dicho sistema, sino también un papel importante en la asignación y administración de los recursos destinados a su funcionamiento. Esto implica para el Estado la planificación y gestión de los presupuestos de salud, la distribución de recursos financieros a los prestadores y el establecimiento de mecanismos de financiamiento que aseguren la sostenibilidad del sistema a largo plazo.

Sea preciso indicar que no es objeto de este estudio entrar a analizar la conveniencia de este proyecto que ha suscitado un debate nacional importante, ni mucho menos dar cuenta en detalle de su contenido y cambios relevantes, sino únicamente para efectos de reconocer que es una reacción más a las falencias estructurales del sistema y que procura, al igual que los anteriores cambios legislativos, una evolución hacia un “aseguramiento social”, con una estatalización en el manejo de los recursos y un paulatino desaparecimiento del aseguramiento de las entidades de orden privado, situación que traslada el control del riesgo financiero a la ADRES.

## Objetivos de la Ley 2294 de 2023, por el cual se expide el Plan Nacional De Desarrollo 2022-2026

En igual sentido, se resalta la tendencia legislativa y reglamentaria de que el Estado establezca las obligaciones financieras del sistema ante las deficiencias de las EPS, las cuales, bajo una estructura lógica, deben ser aplicables a los eventos de liquidación e insolvencia de dichas entidades. Se trae a colación el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, que, al igual que el plan de desarrollo anterior, consagra y perpetúa el giro directo de los recursos en los siguientes términos:

ARTÍCULO 150. GIRO DIRECTO. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en nombre de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás entidades obligadas a compensar, realizará el giro directo de los recursos de las unidades de pago por capitación (UPC) de los regímenes contributivo y subsidiado, destinados a la prestación de servicios de salud, a las instituciones y entidades que presten dichos servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, así como a los proveedores. Así mismo, girará directamente los recursos de presupuestos máximos por los servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC. Los porcentajes y condiciones de giro directo, aplicable a las EPS que operen en los regímenes contributivo y subsidiado, serán definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, para lo cual se tendrá en cuenta, entre otras, la normativa en el cumplimiento del flujo de recursos. (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2023, p. 703)

Al igual que en anteriores circunstancias, consagra la intervención financiera estatal en casos específicos de desfinanciamiento o de vacíos del sistema, esta vez en relación con las atenciones prestadas durante la pandemia de la Covid-19, así:

ARTÍCULO 153. SANEAMIENTO DEFINITIVO DE LOS PASIVOS DE LA NACIÓN CON EL SECTOR SALUD. Para efectos de lograr el saneamiento definitivo de las cuentas de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC, así como los pasivos en salud de la atención de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, deberán cumplirse las siguientes reglas:  
[...]

Las cuentas que cumplan con las condiciones señaladas serán reconocidas como deuda pública y podrán ser pagadas con cargo al servicio de deuda pública del Presupuesto General de la Nación. Los montos que serán reconocidos como deuda

pública y pagados en virtud de lo establecido en este artículo no podrán exceder el valor máximo que para cada vigencia se determine en el plan financiero de la vigencia correspondiente. (DNP, 2023, p. 705)

Con lo anterior, se logra identificar una intención lógica de sanear las deudas del sistema de una forma unificada ante los déficits de flujo que afectan a los prestadores. Esta actividad estatal, denominada comúnmente “punto final”, fue exitosa en relación con la depuración histórica de cartera y el reconocimiento de deuda pública.

## La “falla del servicio” como fundamento de responsabilidad del Estado en las hipótesis de liquidación forzosa de EPS

Una vez brindado un espectro general acerca de las obligaciones asumidas por el Estado en relación con el flujo de recursos del sector salud, procedemos a indagar de forma directa el contexto general de las liquidaciones forzosas de EPS y cómo se podrían analizar sus resultados de cara a los títulos de imputación de responsabilidad en materia administrativa, considerando inicialmente la tradicional “falla del servicio”.

La “falla del servicio” es un título jurídico para imputar responsabilidad al Estado y generar la obligación indemnizatoria a su cargo, una vez reunidos una serie de requisitos de responsabilidad extracontractual. Para su configuración, se debe determinar si el daño alegado se produce por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia de gestión en el cumplimiento de una obligación a cargo del Estado. Lo anterior es ilustrado por la doctrina de una forma precisa, indicando que su fundamento radica en la consideración de que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de sus más importantes necesidades y que cualquier daño que ocasione por irregularidades o deficiencias en esos servicios debe ser reparado (Bustamante Ledesma, 1997). En consecuencia, la “falla del servicio” implica que, como existe un deber del Estado de obrar de cierta manera correcta y eficiente en la prestación de un servicio, cuando esta prestación es defectuosa y no se encuentra una causal eximente (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de

un tercero o el hecho de la víctima), procede la declaratoria de responsabilidad con la consecuencia de que el Estado tendrá que reparar los daños y perjuicios que el funcionamiento deficiente haya podido ocasionar.

Con todo, la “falla del servicio” es un fundamento de responsabilidad de carácter subjetivo, en tanto implica el desconocimiento de la legalidad en el actuar por parte de la entidad estatal. La jurisprudencia colombiana, en la Sentencia Expediente 22745, ha manejado la siguiente noción de “falla del servicio”:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2011)

Teniendo en cuenta el contenido dogmático y jurisprudencial anteriormente expuesto, se procede a analizar la eventual configuración de “falla del servicio” por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, no en relación directa con el contenido de los actos administrativos que ordenan la liquidación de las EPS o aquellos expedidos por los agentes liquidadores que determinan el desequilibrio financiero que impide el pago de las acreencias, que son legales y legítimas, sino en todo lo relacionado con ciertas deficiencias y omisiones administrativas continuadas que llevaron a su expedición, tales como deficiente vigilancia e incorrecta intervención, que obligaron especialmente a los prestadores a asumir cargas y deberes por fuera de su esfera obligacional, como la prestación de servicios de salud sin el correspondiente pago.

Para el caso concreto, se considera que la falla en el servicio atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud podría configurarse por la omisión en el ejercicio de una vigilancia adecuada para evitar el desfaldo de las EPS que presentaban de manera sistemática problemas financieros, evitando generar el escenario óptimo para que las IPS pudiesen ver reconocidas sus acreencias

legítimas, teniendo como especial referencia que dichas entidades debían actuar de manera precisa, ya que prestan servicios relacionados con un derecho fundamental. En este contexto, el desequilibrio financiero y, por ende, la imposibilidad de honrar el pasivo por parte de las EPS ponen en riesgo la prestación y vulneran derechos fundamentales de la población afiliada.

De esta manera, la falta de actuaciones positivas y adecuadas que hubiesen permitido una liquidación sin desequilibrio financiero, o bien una regulación técnica y jurídica que brindara alternativas viables o reconocimientos económicos, al menos parciales, a través de fondos públicos, configura hoy una “falla del servicio” por omisión en inspección, vigilancia y control.

De forma ilustrativa sobre este punto, se exponen los periodos completos desde que la Superintendencia Nacional de Salud inició la vigilancia de ciertas EPS importantes y se demuestra que transcurrieron varios años en los cuales, a pesar de la insalvable situación de estas entidades, se siguió con la facturación de prestadores y posiblemente con el pago de muchos de estos en disfavor de los otros.

- **Coomeva:** seis años y cinco meses entre la orden de medida cautelar (Superintendencia Nacional de Salud, 2015) y la orden de liquidación (Superintendencia Nacional de Salud, 2022a).
- **Medimás:** cuatro años y cinco meses entre la medida de vigilancia (Superintendencia Nacional de Salud, 2017) y la orden de liquidación (Superintendencia Nacional de Salud, 2022)
- **Comfenalco:** un año y cerca de seis meses entre la medida cautelar (Superintendencia Nacional de Salud, 2012) y la orden de liquidación (Superintendencia Nacional de Salud, 2014)

En dichos procesos son palmarias las arbitrariedades de los liquidadores, las cuales, a la postre, redundan en una falla en la vigilancia y supervisión de la liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, especialmente al permitir glosas en las liquidaciones en porcentajes considerablemente más altos que los determinados en los procesos de facturación entre IPS y EPS. Así mismo, se destaca la pasividad de la Superintendencia Nacional de Salud al permitir y no exigir de manera efectiva que las EPS intervenidas, o sometidas a medidas especiales de vigilancia, cumplan con el pago de las facturas a las IPS en los términos establecidos por la ley.

*Grosso modo*, se podría concluir que la deficiente administración durante varios años por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de varias de las EPS liquidadas se evidencia en la comparación de sus estados financieros antes y después de las medidas, lo cual, al margen de sospechas de corrupción que no son objeto de este estudio, sí permite corroborar la ineficacia absoluta de dichas gestiones.

A modo de ejemplo, se resalta el caso de Coomeva EPS, en el cual, en 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la implementación de una medida cautelar preventiva mediante el Programa de Recuperación, detectándose unos pasivos por 1 781 213 millones de pesos (Superintendencia Nacional de Salud, 2015). Sin embargo, luego de seis años, periodo de medida especial, revocatoria de funcionamiento e intervención forzosa, se informaron unos pasivos totales del orden de 1,7 billones de pesos (Superintendencia Nacional de Salud, 2022b).

No obstante toda esta argumentación, tendiente a consolidar una “falla del servicio” a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, debe indicarse que dicha posición no es absoluta y trae inmerso un riesgo de desestimarse judicialmente, bien sea por dificultad probatoria en relación con los errores concretos de la entidad pública, que tuvieron como causa el impago de las obligaciones de la EPS, bien porque dicha entidad gubernamental justifica judicialmente que su labor se limita a nombrar al liquidador y verificar la legalidad de la liquidación, y que corresponde a este liquidador la responsabilidad en el pago a los acreedores a prorrata del monto que se les reconoce a cada uno, y hasta donde alcancen los recursos. En consideración a este argumento, es común encontrar procesos judiciales en los cuales se desestima la “falla del servicio”, en consideración a que los responsables de las quiebras son los administradores que fueron removidos, no la entidad pública que ordena la liquidación. Si bien este argumento evidentemente no se comparte por lo expuesto, el riesgo de que sea acogido judicialmente obliga a explorar alternativas de imputación como las que se expondrán a continuación.

## El “daño especial” como fundamento de la responsabilidad en las hipótesis de liquidación forzosa de EPS

Una vez analizado lo anterior, se considera que la estructuración de la responsabilidad del Estado a título de “falta del servicio” puede ser susceptible de un debate judicial que termine por concluir que la Superintendencia Nacional de Salud ha cumplido con sus deberes y prerrogativas legales, y, por ende, no hay lugar a la declaratoria de omisión susceptible de generar perjuicios.

Bajo este panorama, se considera que, aun cuando pueda resultar desfavorable la configuración de la “falta del servicio” en consideración a la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha anunciado y a las dificultades probatorias indicadas, es indefectible que se realice un análisis sobre otro título de imputación de responsabilidad del Estado denominado “daño especial”, pero esta vez en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social como director y organizador del sistema de salud.

Este título de imputación es una de las hipótesis de responsabilidad objetiva de la administración a través de la cual se prescinde de la conducta estatal, de su culpabilidad o intencionalidad, pues se configura en eventos en los cuales el Estado se compromete a responder por un daño causado, sin necesidad de que el hecho que lo provocó haya sido causa de una falla en el servicio o del defectuoso cumplimiento de sus funciones en virtud de dolo o culpa. La naturaleza de este título de responsabilidad radica en el daño antijurídico producido en el ejercicio de la legalidad y legitimidad de sus funciones.

No obstante, aun cuando puede suponerse erróneamente como un régimen más flexible por prescindirse del análisis conductual del Estado, sí resulta indispensable, en los términos del Consejo de Estado, realizar un juicio de imputación bajo el principio del rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas, pues, si bien el Estado tiene obligaciones con los ciudadanos, también crea deberes, responsabilidades y sujeciones, denominadas cargas públicas, que recaen de igual forma sobre todos los particulares y los obliga a soportarlas con el objetivo de colaborar al mantenimiento y desarrollo del Estado, siempre que estas se distribuyan de manera equitativa y sin discriminación.

Con lo anterior, si se genera en cualquier contexto alguna situación que altere el equilibrio de las cargas públicas impuestas a los particulares, y ello conduce a que una persona (natural o jurídica) asuma una carga mayor y excesiva en comparación con los demás administrados, se genera una consecuencia desigual e inequitativa. Esta situación, al violar el derecho a la igualdad, hace necesario resarcir el daño y el desequilibrio generados, siempre que la aludida carga sea anormal y excepcional.

Al respecto, relacionamos la jurisprudencia trazadora en relación con este título de imputación, lo cual nos permite aproximarnos a los conceptos mencionados:

- **Sentencia Radicación número: 448-CE-1947-07-29:**

No quiere el Estado que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 1947)

- **Sentencia N.º 6334:**

Para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber: a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración; b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona; c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas; d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados; e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración. Se trata, entonces, de una responsabilidad objetivada dentro de la cual, demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta [...] que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1991)

- **Sentencia Radicación número 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228):**  
la igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima se asemejan i) en cuanto ambos son principios de rango constitucional a los que está sujeta la función legislativa; ii) el juicio de responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado por la expedición de la ley que afecta igualdad ante las cargas públicas y la confianza legítima no se subordina a una declaración previa de inconstitucionalidad, de donde deviene que en ambos casos procede la responsabilidad sin falla legislativa y iii), en términos generales, la protección de la confianza legítima, al igual que el daño especial, apunta a no imponer cargas más allá de las que debe tolerar la generalidad de los asociados, en igualdad en condiciones. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2013)
- **Sentencia T-1127:**  
Como se ha sostenido en otras oportunidades, ha existido confusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, frente a los regímenes del daño especial y el riesgo excepcional, pues, bajo las dos orientaciones la actividad desarrollada por la Administración es lícita; ésta se ejerce en cumplimiento de un deber legal y se aplica con fundamento en el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, en el daño especial la actividad no resulta ser peligrosa, en cambio, en la teoría del riesgo excepcional, la actividad de la Administración es la que coloca en situación de riesgo al individuo, la cual se ejerce en provecho o en beneficio suyo y le impone a los asociados una carga que no tienen por qué soportar. De tal modo que en este último caso, el fundamento de la responsabilidad descansa sobre el hecho de que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa creada por el Estado, la que sin duda resulta imputable a la administración; en cambio, en el daño especial, la actividad lícita ejercida por la administración rompe con el principio de igualdad frente a las cargas públicas y lesiona los intereses del administrado. (Corte Constitucional, 2003)
- **Sentencia Radicación número 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421):**  
Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustado a un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2007)

- **Sentencia Radicación número 152383333001201700004-02:**

Este régimen de responsabilidad por daño especial se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos: 1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados. 2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular. 3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado. (Tribunal Administrativo de Boyacá, 2021)

Sobre esta jurisprudencia citada debe advertirse que el “daño especial” y la confianza legítima se distinguen en lo que toca con el interés que en cada caso se propende defender. La confianza legítima es amplia y comprende privilegios al margen de la igualdad. Por su parte, en el “daño especial” se afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo, desde un punto de vista razonable. Razonabilidad que, en palabras del Consejo de Estado, tiene que ver con actuaciones acordes con un mensaje institucional capaz de infundir la creencia en el destinatario de que lo que se pregona será cumplido.

Al respecto, se trae a colación una definición muy precisa en torno a la confianza legítima que indica lo siguiente:

En suma, del estudio de la noción y el alcance del principio de confianza legítima, puede colegirse a primera vista la protección constitucional que se impone frente a las decisiones intempestivas del Estado, puesto que ello implica, per se, razones objetivas que permiten apelar a su aplicación frente a actuaciones arbitrarias, repentinas e, incluso, legales pero intempestivas que alteran su equilibrio. (Vargas, 2023, p. 6)

Retomando el concepto de “daño especial”, a modo de ejemplo, se informa que el Consejo de Estado ha reconocido esta figura principalmente en casos de: (i) Daños con actos administrativos lícitos, sean generales o particulares; (ii) Ocupaciones; (iii) Declaraciones sobre bienes y afectaciones a la propiedad, y (iv) Daños causados como consecuencia de la suscripción de tratados internacionales.

Con base en la jurisprudencia anteriormente referida, procedemos a indicar por qué, a nuestro juicio, se reúnen los elementos configurativos de este régimen a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y se hace énfasis en que el fundamento de la responsabilidad en este título de imputación recae sobre aquella entidad, puesto que es la responsable del flujo de recursos, la organización y dirección efectiva del sistema, y, en consecuencia, es quien debe garantizar la proporcionalidad en las cargas asumidas por los actores, a diferencia de la “falla del servicio”, que busca la responsabilidad patrimonial en relación con los errores en los procesos previos y concomitantes de las intervenciones y liquidaciones a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

Como premisas indispensables para analizar cada uno de los requisitos propios de la procedencia de esta figura dentro del contexto del desequilibrio financiero de una EPS, debemos contar con los siguientes presupuestos facticos y procesales:

- (i) El no pago de las atenciones en salud en el contexto del desequilibrio financiero de las EPS y, por ende, la consolidación del perjuicio en cabeza del acreedor a título de “daño especial”, deben analizarse aun ante la inexistencia de la falla en el servicio, bien porque esta última se desestimó como pretensión principal dentro de un proceso judicial y se planteó el “daño especial” como pretensión subsidiaria, o porque simplemente desde un comienzo se descartó la “falla del servicio” como título de imputación en la demanda, al considerar que el perjuicio se consumó aun ante la actuación legítima de las entidades públicas en el contexto del desequilibrio financiero de las EPS.
- (ii) La entidad pública llamada a responder dentro de este título de imputación es el Ministerio de Salud y Protección Social y no la Superintendencia Nacional de Salud, puesto que la entidad encargada del flujo de recursos y la responsable de garantizar el equilibrio de las cargas en la actividad asistencial es quien dirige y organiza el sistema, esto es, el Ministerio de Salud.
- (iii) El perjuicio es el mismo, *el injustificado impago de facturas por servicios de salud efectivamente prestados*. Por ello, dependerá del operador judicial analizar si este presenta un nexo de causalidad con una “falla del servicio” en la vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud en el contexto de las intervenciones forzosas, o si se encuentra ligado a un

desequilibrio en las cargas públicas que el acreedor no debe soportar y que, por ende, debe ser resarcido por el Ministerio de Salud en su calidad de garante del flujo de recursos.

a. **Que se desarrolle una actividad legítima de la administración**

En el contexto del “daño especial” como título de imputación, la expresión “actividad legítima del Estado” hace referencia a aquellas actuaciones o intervenciones que realiza el Estado en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, las cuales son consideradas lícitas y están ajustadas al ordenamiento jurídico.

A modo de ejemplo, podrían incluirse actuaciones tales como la construcción de infraestructura pública, la ejecución de políticas públicas o la adopción de decisiones administrativas legítimas, como expropiaciones, o, como en el caso que nos compete, la intervención forzosa de entidades en el marco de sus competencias, así:

- **Superintendencia Nacional de Salud:** una vez identificados los déficits financieros de las EPS, dicha entidad procedió como correspondía según la normatividad que la regula. Decretó medidas especiales de vigilancia, luego intervenciones forzosas nombrando liquidadores y, por último, haciendo un seguimiento a dichas liquidaciones. Recordemos que a dicha conclusión se puede llegar por dos vías, una, porque dentro de un proceso judicial no prospere la pretensión de “falla del servicio” y se estudie el “daño especial” de manera subsidiaria o, dos, porque desde la estructuración inicial del proceso judicial se persiga la responsabilidad objetiva del Estado a través del “daño especial”.
- **Ministerio de Salud y Protección Social:** al respecto, debe indicarse que, en el contexto de las intervenciones forzosas y los desequilibrios financieros de las EPS, el Ministerio de Salud y Protección Social ha actuado en el marco de sus competencias y límites normativos, ha diseñado dentro de su potestad reglamentaria la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y la forma como se ejerce la inspección, vigilancia y control, a través de direcciones especializadas para la toma de posesión en las EPS. Así mismo, dentro del marco de sus deberes de dirección y organizador del sistema, ha tomado decisiones políticas legítimas en torno a la tolerancia en la permanencia de ciertas EPS que, desde un inicio de la

controversia, merecían la revocatoria de la habilitación. No obstante, por temas de conveniencia social y por considerar la salida de una EPS como un posible riesgo sistémico más grave, ha permitido su operación durante años bajo medidas de intervención y vigilancia especial, tolerando incluso su reiterada renuencia a cumplir con los pagos a su red de prestadores.

De esta manera, aun cuando dichas decisiones, desde el punto de vista jurídico y político, puedan considerarse legítimas y admisibles en materia de interés general, han generado daños antijurídicos que los prestadores de salud no están obligados a soportar. Esto resulta especialmente grave si se considera que dichos prestadores deben continuar prestando sus servicios de manera irrestricta y sin condicionamientos a los ciudadanos, pese al incumplimiento en los pagos por parte de algunas EPS. Tal situación ha sido consecuencia directa de decisiones legítimas adoptadas por el Ministerio de Salud y Protección Social en su rol de director del sistema, las cuales, lamentablemente, han derivado en esta afectación.

Ahora bien, luego de determinar las actividades o decisiones legítimas de la administración, debe también evaluarse la razón por la cual el Ministerio de Salud y Protección Social es la entidad llamada a resistir dicha pretensión, y esto se puede responder indicando que sus decisiones correctas en torno a la dirección y control del flujo de recursos, en principio, han sido siempre reactivas en relación con las crisis históricas que ha tenido el sistema de salud, especialmente en temas financieros. Como puede observarse en análisis anteriores, la evolución normativa viene marcada por hitos históricos, tales como la insuficiencia de la UPC y la omisión en el reconocimiento de servicios del PBS, no de la UPC, a los prestadores, donde el Ministerio de Salud y Protección Social, en procura de garantizar el flujo de recursos que redundan en prestación efectiva del servicio público de salud, ha actuado legítimamente.

Es por ello por lo que, bajo una interpretación jurídica, es posible sostener, amparados en criterios analógicos, que a esta eventualidad en el no pago de servicios efectivamente prestados a EPS que se encuentran en desequilibrio financiero debe dársele un tratamiento similar al de otras crisis históricas del sistema, en las que se ha obligado al Ministerio de Salud y Protección Social a garantizar el flujo de recursos a los prestadores en pro del mantenimiento del sistema, evitando su colapso.

**b. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona**

Estas decisiones legítimas, adoptadas principalmente por el Ministerio de Salud y Protección Social, en torno a prolongar políticamente la salida del sistema de ciertas EPS, tal vez por considerar que su retiro era más perjudicial para los afiliados y podía constituir un colapso en la prestación, generaron un menoscabo en las personas jurídicas y naturales, quienes, de buena fe y por obligación legal, se vieron obligadas a continuar prestando servicios de salud a sabiendas de su impago.

De esta forma, todas las decisiones tomadas por las entidades públicas rectoras del sistema de salud, en el marco de las intervenciones y los posteriores desequilibrios, culminaron con la defraudación de las acreencias presentadas de forma oportuna por los prestadores, al lesionar de forma directa los derechos económicos de aquellas IPS que cumplieron con su obligación de atender pacientes, pero que, debido al desequilibrio financiero de ciertas EPS, no lograron ver la retribución respectiva sin que dicho impago obedezca a negligencia administrativa, sino más bien a un desequilibrio en la carga prestacional, tal como se expresa adelante.

**c. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas**

Como se afirmó anteriormente, este resulta ser el punto trascendental en la fundamentación de este título de responsabilidad, en el entendido de que el menoscabo del derecho (impago de acreencias) obedece de forma específica al rompimiento de las cargas públicas, en términos de obligaciones asumidas como actores del sistema (atención de pacientes) y expectativas correlativas de retribución (pago de atenciones).

Por ello, el argumento debe conllevar evidencia histórica y argumental del rompimiento de las cargas públicas en clave de igualdad y equidad, lo cual consideramos que se puede condensar en los siguientes puntos, previamente analizados en el capítulo donde se tratan en detalle las obligaciones asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

- Las IPS han tenido que asumir una carga en la asunción individual de los costos de las atenciones en salud de los afiliados a las EPS en liquidación ante su desequilibrio financiero, aun en contra de lo estipulado en

la Constitución Política, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993, la Ley 1438 de 2011, el Decreto 971 de 2011, la Ley 1797 de 2016, la Ley 1955 de 2019 y la Ley 2294 de 2023, que han establecido, de forma sistemática y estructurada, las responsabilidades de la nación en relación con la gestión, flujo de recursos y cubrimiento de los servicios de salud.

- Una de las condiciones jurisprudenciales indispensables para que sea procedente el título de imputación de “daño especial” es que la carga pública asumida por el particular sea inequitativa y desigual, en consideración con otros sujetos puestos en la misma condición o que ejerzan la misma actividad. Para nuestro caso, es claro que algunas IPS recibieron recursos de estas EPS durante los periodos de las medidas especiales de vigilancia e intervención forzosa, logrando así satisfacer en gran medida sus créditos. Por el contrario, otros prestadores vieron negada desde un principio su acreencia, situación que los dejó en una situación de desventaja en relación con otros prestadores.

Con lo anterior, al no tomar la decisión de asumir con sus recursos el pago de los servicios desde el primer instante en que se decretaron las medidas especiales o las intervenciones, y al no gestionar y girar directamente el valor de la UPC a todos los acreedores, tal como le era permitido normativamente, y en su lugar tolerar las largas intervenciones de la Superintendencia Nacional de Salud justificando esto en la prevención de un colapso en la migración de pacientes a otras EPS, se da un rompimiento en las cargas públicas, especialmente porque estas intervenciones tuvieron como característica principal el pago a la red de prestadores de cada EPS intervenida, dejando en un segundo plano la cartera de prestadores por fuera de su red, en el entendido de que la primera le garantizaba continuidad en la prestación.

Sin duda, esta decisión, políticamente entendible desde el punto de vista de la garantía del servicio público de salud, genera que los prestadores por fuera de la red de la EPS intervenida se encuentren en un plano de desigualdad frente a los otros prestadores a quienes les eran reconocidos sus créditos durante la intervención, rompiéndose así el equilibrio ante las cargas públicas.

**d. El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados**

En los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el daño producto

de la actividad lícita será reparable en tanto sea considerado anormal y grave; luego, el daño que se repara con fundamento en este régimen es un daño calificado.

Es en esta calificación que se manifiesta el verdadero rompimiento de las cargas públicas, pues, ¿qué explica que sea anormal y grave? Que, en términos de equidad e igualdad, se genere sobre un particular de forma diferenciada e injustificada, en comparación con otros particulares puestos en la misma posición, tal como sucede en nuestro caso, pues el daño no solo tiene su consolidación al momento de decretarse los desequilibrios financieros o al momento de liquidarse totalmente la entidad, sino que tiene su origen en las tomas de posesiones, medidas e intervenciones, donde muchos prestadores pudieron ver honradas sus acreencias pero otros no, especialmente cuando antecedían relaciones contractuales que exigían la continuación de las atenciones y que, de una u otra forma, favorecían a unos prestadores por encima de otros.

Por último, es importante recordar que este análisis no corresponde a una regla general y que se deberá analizar probatoriamente cada caso concreto de EPS en torno a los siguientes interrogantes: durante el periodo de la intervención o medidas especiales de vigilancia, ¿qué porcentaje de cartera fue pagado al prestador que demanda? y durante el periodo de intervención o medidas especiales de vigilancia, ¿qué porcentaje de cartera fue pagado a los prestadores pertenecientes a la red de la EPS intervenida? Si la respuesta consagra un mayor porcentaje pagado a otros prestadores, a nuestro juicio es posible concluir un rompimiento en las cargas públicas en los términos anteriormente descritos, pues resulta anormal y grave que se deba soportar esa diferenciación por criterios exclusivamente de conveniencia en el flujo de recursos.

**e. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.**

En este punto es fundamental que, una vez descartada la falla en el servicio, se concluya que el actuar tanto del Ministerio de Salud y Protección Social como de la Superintendencia Nacional de Salud fue legítimo, en el entendido de que las decisiones en relación con el flujo de recursos durante las medidas especiales de vigilancia e intervención obedecieron a un criterio de conveniencia y mitigación de efectos negativos en la prestación efectiva del servicio público de salud a la población; sin embargo, tales decisiones,

especialmente aquellas de carácter político amparadas en la discrecionalidad, aun cuando fueron legítimas, tuvieron repercusiones negativas en otro grupo de prestadores, pues los dejaron en un lugar de desventaja injustificada con un concomitante rompimiento de cargas públicas.

De esta manera, aun considerando la legitimidad del actuar de dichas entidades, las actividades que permitieron el giro de recursos de forma discrecional a ciertos prestadores derivaron, en términos causales, en que las IPS asumieran completamente los costos de las atenciones en salud, alterando de forma sustancial el equilibrio de las cargas públicas que debe asumir normalmente un actor del sistema salud. Según lo estudiado en este documento, dichos costos deben ser asumidos por la cartera ministerial, especialmente en su esfera de dirección y control del correcto flujo de recursos.

**f. El caso concreto no puede ser susceptible de enmarcarse en los demás regímenes de responsabilidad**

Como se indicó en el fundamento jurisprudencial y a lo largo de este escrito, el “daño especial” es un régimen de carácter residual y solo puede acudir a él si no es posible dirimir el caso como falla en el servicio o riesgo excepcional, debiéndose establecer entonces como (i) principal, argumentando desde un inicio que todo el actuar de la administración fue legítimo o (ii) subsidiario a la no prosperidad de la “falla del servicio” como título de imputación principal.

Esto toma relevancia porque, en todo caso, independientemente de la vía utilizada, la conclusión judicial debe considerar a la actividad de la administración como válida, correcta o legítima, pues es de la única manera que puede procederse a estudiar este título de imputación.

## Conclusiones

Luego del esbozo general en torno a la evolución histórica, no solo de la normatividad del sistema general de seguridad social en salud, sino también de las conductas efectivas emprendidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en relación con el flujo de recursos a los prestadores, se puede determinar que las diferentes problemáticas financieras históricas del sistema han tenido un factor común: la tendencia del Estado a incumplir, de manera recurrente,

sus obligaciones como director y coordinador del sistema, especialmente la de garantizar el correcto flujo de los recursos cuando ciertas EPS no están en condiciones de cumplir con sus obligaciones o cuando las condiciones del sistema impiden su cumplimiento efectivo.

Este anterior comportamiento permite asimilar, de forma analógica, que las liquidaciones forzosas de las EPS en las cuales se presenta desequilibrio financiero son aplicables a la situación antes mencionada, esto es, que, con base en las normas fundantes del flujo de recursos, el Estado acuda en salvaguarda de los prestadores y responda por las acreencias generadas por estas EPS y que representan atenciones efectivamente prestadas a los afiliados.

Teniendo en cuenta que desde las primeras situaciones de intervención y liquidación forzosa de las EPS la nación, a través del Ministerio de Salud, no ha decidido asumir las respectivas deudas con su patrimonio, en este artículo se logra identificar que, a través del medio de control de reparación directa, es posible buscar la declaratoria judicial de responsabilidad del Estado, explorando en un primer lugar la tradicional “falla del servicio” a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, especialmente por las inconsistencias en la inspección, vigilancia y control durante las liquidaciones prolongadas.

Así mismo, como punto central del estudio, se explora una posibilidad menos recurrente en la práctica judicial y más compleja académicamente, que corresponde al fundamento de responsabilidad desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado denominado “daño especial”, el cual permite un análisis residual más amplio sobre las cargas y riesgos prestacionales para efectos de determinar si existieron desequilibrios en dichas relaciones obligacionales entre las IPS y el Estado (Ministerio de Salud y Protección Social), que dan origen a un deber resarcitorio a cargo de este último.

Lo anterior se traduce en la posibilidad judicial de reclamar los perjuicios generados a los particulares en la liquidación forzosa de las EPS, aun ante la inexistencia de “falla del servicio”. Esta reclamación se fundamenta en un título de imputación de carácter objetivo, que analiza las actividades legítimas que emprenden los organismos del Estado en relación con el flujo de recursos, pero que, pese a su licitud, generan un desequilibrio en las cargas públicas que no deben ser asumidas legalmente por las IPS cuyos créditos resultan defraudados.

## Referencias

- Bustamante Ledesma, A. (1997). *Derecho administrativo colombiano*. Librería Jurídica Sánchez R LTDA.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1947, 29 de julio). Radicación número: 448-CE-1947-07-29. C. P.: Gustavo Balbuena.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1991, 19 de julio). Sentencia N.º 6334. C. P.: Daniel Suárez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2007, 8 de marzo). Radicación número 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421). C. P.: R. S. Correa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2011, 14 de septiembre). Sentencia Expediente 22745. C. P.: Mauricio Fajardo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2013, 29 de julio). Radicación número 25000-23-26-000-1998-15972-01(27228). C. P.: Stella Conto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1127. M. P.: Clara Inés Vargas; 27 de noviembre de 2003.
- Decreto 971 de 2011. Por medio del que se define el instrumento a través del cual el Ministerio de la Protección Social girará los recursos del Régimen Subsidiado a las Entidades Promotoras de Salud, se establecen medidas para agilizar el flujo de recursos entre EPS e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y se dictan otras disposiciones. 31 de marzo de 2011. D. O. N.º 48028.
- Departamento Nacional de Planeación. (2023). *Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026. Colombia, potencia mundial de la vida*. <https://www.dnp.gov.co/plan-nacional-desarrollo/pnd-2022-2026>
- Ley 1438 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. 19 de enero de 2011. D. O. N.º 47957.
- Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. 16 de febrero de 2015. D. O. N.º 49427.
- Resolución 1620 de 2015 [Superintendencia Nacional de Salud]. Por la cual se ordena a Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., adoptar la medida preventiva “Programa de Recuperación”. 31 de agosto de 2015. <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/RES%201620-2015.pdf>
- Resolución 5163 de 2017 [Superintendencia Nacional de Salud]. Por medio de la cual se adopta la medida preventiva de vigilancia especial a Medimás EPS S. A. S. identificada con NIT 901.097.473-5. 19 de octubre de 2017. D. O. N.º 50.396.
- Resolución 2022320000000864-6 de 2022 [Superintendencia Nacional de Salud]. Por la cual se ordena la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Medimás EPS S. A. S., identificada con NIT 901.097.473-5. 8 de marzo de 2022.
- Resolución 2022320000000189-6 de 2022a [Superintendencia Nacional de Salud]. Por la cual se ordena la liquidación como consecuencia de la toma de posesión a Coomeva Entidad Promotora de Salud S. A., identificada con NIT 805.000.427. 25 de enero de 2022.
- Superintendencia Nacional de Salud. (2022b, 21 de enero). *Comunicado de prensa 05 de 2022*. [https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Comunicaciones/Comunicados/comunicado\\_005\\_2022\\_web\\_Supersalud\\_liquida\\_a\\_EPS\\_Coomeva.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Comunicaciones/Comunicados/comunicado_005_2022_web_Supersalud_liquida_a_EPS_Coomeva.pdf)
- Tribunal Administrativo de Boyacá. (2021, 28 de octubre). Sentencia Radicación número 152383333001201700004-02. M. P.: Félix Rodríguez.

Vargas, M. E. (2023). El principio de confianza legítima como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado: un análisis desde los títulos de imputación. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 53(138), 1-27. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v53n138.a10>