



Universidad  
**Externado**  
de Colombia

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FRENTE A LOS  
ACREEDORES EN CASOS DE NO INTERVENCIÓN OPORTUNA Y PREVIA A LA  
LIQUIDACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD E.P.S.**

**AUTOR**  
**SERGIO LEONARDO MUÑOZ MORALES**

**DIRECTOR**  
**DOCTOR: HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ**

**BOGOTÁ D.C., MAYO DE 2019**



**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO**

**Rector:**

**Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

**Secretaria General:**

**Dra. Martha Hinstroza Rey**

**Directora del programa de Maestría en Derecho Médico:**

**Dra. Emilssen González de Cancino**

**Director de Tesis:**

**Dr. Hugo Alberto Marín Hernández**

**Examinadores:**

**Dr. Luis Carlos Sánchez.**

**Dr. Jorge Manrique.**



## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar esta investigación a Dios, quien ha llegado de nuevo a mi camino para ser mi compañía en este largo viaje. Agradezco de manera especial a mi madre: Isabel Cristina Morales, por ser la persona que ha sembrado en mí la confianza necesaria para poder alcanzar este logro; a mi padre: Leonardo Muñoz Medina, por haberme dado las herramientas para tener la pujanza y culminar esta investigación; a mi tía: Jacqueline Muñoz Medina, por ser siempre mi cómplice en estos retos académicos, y a todos los miembros de mi familia, por recordarme siempre las capacidades con las que cuento para poder alcanzar cada sueño.

No puedo dejar pasar esta oportunidad para dedicar este trabajo de grado a algunos seres queridos que ya no están en este mundo: a mi primo Jairo Montoya y a mi abuelo Hernando Morales, por haber sido mi motor para emprender todos estos retos; creo que estarían muy orgullosos de tener el primer Magister en la familia... para todos ellos, con todo mi amor.



## **AGRADECIMIENTOS**

Mis más sinceros agradecimientos a la Universidad Externado de Colombia, por brindarme el conocimiento y las herramientas para llegar a la construcción de este documento; en especial, al doctor Hugo Marín quien ha dedicado su conocimiento y experticia en el estudio y construcción de esta investigación.

A todo el cuerpo docente del programa de Maestría en Derecho Médico, en especial al doctor William Vega, quien me compartió las herramientas para conocer el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por último, pero no menos importante, quiero agradecer al Doctor Javier Alonso Berón Zea, quien en su calidad de Gerente de la Clínica la Estancia S.A. de Popayán, me ayudó con la financiación de mis estudios para lograr este sueño en mi vida. Asimismo, mi gratitud sincera a la ingeniera Yamile Sulez Gómez, quien también apoyó todo este proceso.

Sin la confianza y apoyo de todas estas personas no hubiese sido posible alcanzar este sueño.



## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO</b>	<b>9</b>
1.1. CONCEPCIÓN CLÁSICA .....	12
1.2. CONCEPTO DE DAÑO.....	15
1.3. NEXO DE CAUSALIDAD.....	16
1.4. CONCEPCIÓN ACTUALMENTE IMPERANTE.....	17
1.5. DAÑO ANTIJURÍDICO .....	19
1.6. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y PERJUICIO .....	22
1.7. EL CARÁCTER ANTIJURÍDICO DEL DAÑO.....	23
1.8. IMPUTACIÓN.....	27
1.9. LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD .....	28
1.10. DIFERENCIA ENTRE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN.....	31
1.11. TÍTULO SUBJETIVO: FALLA EN EL SERVICIO. ....	34
1.12. IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DEL RÉGIMEN DE FALLA DEL SERVICIO .....	36
1.12.1. Régimen objetivo de responsabilidad.....	38
1.12.2. Daño Especial .....	38
1.12.3. El título de imputación de riesgo creado (riesgo excepcional).....	40
1.13. PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN	43
<b>2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD .....</b>	<b>49</b>
<b>2.1. PROCESO DE CONTRATACIÓN, MODALIDADES Y REGULACIÓN NORMATIVA .....</b>	<b>49</b>
2.1.1. Contratos por capitación .....	50
2.1.2. Contratos por evento.....	54
2.1.3. Contratos de pago global prospectivo (PGP).....	55
<b>2.2. PROCESO DE FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD .....</b>	<b>57</b>



<b>2.3. PROCESO DE CARTERA DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD Y LAS EPS .....</b>	<b>64</b>
2.3.1. Saneamiento contable .....	64
<b>2.4. RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS.....</b>	<b>68</b>
<b>2.5. VIGILANCIA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LAS EPS E IPS.....</b>	<b>71</b>
<b>2.6. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD FUNCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.....</b>	<b>77</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>81</b>



## INTRODUCCIÓN

*“Ganamos justicia más rápidamente si hacemos justicia a la parte contraria”.*

***Mahatma Gandhi.***

*Político y pensador indio.*

En el año 2015, sucedieron dos acontecimientos importantes que se convirtieron en la génesis de esta investigación. El Estado colombiano, mediante la Superintendencia de Salud, empezó la supresión y liquidación de dos empresas promotoras y prestadoras de salud, una pública y otra privada: CAPRECOM y SALUDCOOP EPS, respectivamente. El problema de este fenómeno no se basaba en la liquidación de las mismas, sino en la importancia de liquidar dos empresas de gran envergadura para el sistema de salud y lo que esto implicaba para sus acreedores.

Revisando las cifras, por una parte CAPRECOM alcanzaba una cobertura en 950 municipios del país con 84 IPS propias para la atención y 221.994 afiliados. También tenía deudas por encima de 4,7 billones de pesos y de un número total de 6.334 acreedores, los cuales fueron depurados con la revisión factura a factura (siendo 4,5 millones y medio de documentos de este tipo) hasta lograr reducir la deuda a una suma de \$747.000 millones reconocidos por el Agente liquidador designado por el Gobierno Nacional. Sin embargo, durante el proceso de apelación, los acreedores lograron subir la cifra a 1 billón 568.000 millones de pesos.

Por otra parte, SALUDCOOP S.A. que tenía más de 4.6 millones de afiliados del régimen contributivo, hasta esa fecha tenía un déficit económico de alrededor de 3.6 billones de pesos, lo cual generaba un riesgo patrimonial a más de 4.000 prestadores públicos y privados, ante la falta de disponibilidad de los recursos.

Lo que aumentaba la preocupación de los acreedores, no era que no se hubiera decretado el proceso de liquidación de la EPS más grande del régimen subsidiado (Caprecom), ya que esta era de propiedad del Estado y existía una garantía para la

recuperación de sus carteras; sino que también se estaba liquidando al mismo tiempo la EPS más grande del régimen contributivo (SaludCoop), la cual, al contrario de la anterior, era de propiedad privada y no se tenía ninguna garantía de poder recuperar lo antes posible las obligaciones dinerarias pendientes, por lo tanto, se estaba entrando en un periodo de crisis financiera del sector salud.

Dicha situación ha generado unos detrimentos patrimoniales descomunales, a tal punto que la Nación ha debido disponer de recursos que tenían otra destinación, a fin de garantizar el pago de las obligaciones generadas por el manejo inadecuado que los particulares han hecho de los recursos públicos, y también, como lo analizaremos en esta investigación, que las Superintendencia de Salud no han realizado una buena labor fiscal en su proceso de liquidación, lo cual nos enfoca en la tesis de que el Estado puede responder por los acreedores de empresas privadas del sector salud.

En efecto, para desarrollar esta tesis utilizaremos la metodología de investigación jurídica básica, debido a que solo nos vamos a basar en componentes normativos, jurisprudenciales y doctrinales, con un método analítico deductivo de desarrollo discursivo. El enfoque de investigación es cualitativo, porque se desarrollará una idea coherente de las temáticas que nutren la tesis. Las fuentes de la investigación son secundarias, ya que nos remitimos a jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia, así como a leyes y decretos-ley de la Republica de Colombia, y a doctrinantes que han expuesto varias posiciones sobre la materia en cuestión.

Se encontrará que la investigación está dirigida a brindarle las herramientas suficientes a los acreedores y a toda la academia para discutir sobre la directa obligación patrimonial del Estado sobre las omisiones en la implementación de medidas que garanticen el flujo adecuado de los recursos fiscales de la salud.





## **1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO**

Sobre la facultad jurisdiccional del Consejo de Estado para pronunciarse sobre casos relacionados con la responsabilidad de la administración pública, esta es definida por disposición de la Ley 167 de 1941, en cuanto estos casos se deriven de dos fuentes explícitamente referidas en la ley; primeramente, cuando se trate de una reclamación de un acto jurídico, y segundo, por reclamación sobre un acto material de la administración. Es a través del marco normativo dispuesto en la Ley 167 de 1941, en donde se establece la responsabilidad administrativa respecto a la noción de “falta o falla del servicio público”, incluyendo, así mismo, la noción de daño especial. Sobre esto, se pronunció el Consejo de Estado con relación con la naciente noción:

No quiere (el Estado) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un 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. (Sentencia 29 julio, 1947)

El desarrollo de la responsabilidad administrativa sobre presupuestos distintos a la “culpa” y aquellas derivadas de la jurisdicción civil, siguió su derrotero jurisprudencial, sosteniendo la corporación en sentencia del 30 de septiembre de 1960:

La responsabilidad del Estado (...) no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad civil extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre este y el derecho civil, dadas las materias que

regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. (Sentencia 30 septiembre, 1960)

En relación con esta perspectiva de responsabilidad administrativa, el Consejo de Estado vuelve a pronunciarse explicitando la base constitucional de la cual se deriva tal perspectiva antes señalada:

En la Constitución Nacional se estructuraron las bases de las ideas analizadas y en el Código Contencioso Administrativo, se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado. (Sentencia 2 noviembre, 1960)

Posteriormente, y en concordancia con la tesis expuesta, vuelve a pronunciarse el Consejo de Estado:

La responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo, en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en el que se encuentran colocados. (Sentencia 30 noviembre, 1960)

Estas dos consideraciones inmediatamente antes citadas, corresponde un hito en cuanto al desarrollo posterior del fundamento autónomo de la responsabilidad de la administración o del Estado.

Y es sobre la base del anterior desarrollo jurisprudencial, por el cual por medio del Decreto 528 de 1965, se le atribuye al Consejo de Estado competencia plena sobre todo los asuntos derivados responsabilidad extracontractual del Estado, ampliando el espectro limitado que la Ley 167 de 1941 había dispuesto. Sobre la constante evolución de la responsabilidad administrativa, en 1984 se expide el Decreto-Ley 01, en donde se configura por medio del artículo 86 de dicha ley la figura de la “reparación directa” sustituyendo así lo dispuesto en las disposiciones de la Ley 167 de 1941, así mismo, se

establecen los parámetros conceptuales de las nociones de “hecho de la administración” y “operación administrativa”, en cuanto criterios necesarios para configurar la pretensión de una indemnización patrimonial por acto de carácter administrativo.

Si bien, el Estado por medio de la jurisprudencia y de la normativa amplio criterios dirigidos al establecimiento de la responsabilidad administrativa, es la “falla del servicio” la figura preminente en cuanto al establecimiento de dicha responsabilidad, sobre esto, se ha desarrollado un amplio desarrollo jurisprudencial aplicando dicha figura a las más diversas formas de aplicación fáctica de la misma.

No obstante, la figura de la “falla del servicio”, no puede ser base para una universalidad de situaciones, entre las cuales es imposible o al menos se presenta una gran dificultad o exigencia para configurar o establecer tal “falla del servicio”, se ha establecido por parte del Consejo de Estado el concepto o figura de la “falla del servicio presunta”, en la cual se enmarcan una serie de situaciones o actividades catalogadas como peligrosas, entre las que se encuentran daños ocasionados por armas de fuego dotadas oficialmente, vehículos oficiales e incluso recientemente, algunas fallas en la práctica médica, sobre esta figura se expresa el Consejo de Estado en fallo del 31 de Julio de 1989:

El caso concretamente fue estudiado por esta Sala en relación con el uso de un arma de dotación oficial. Se trató de las lesiones causadas a un particular por un agente de la Policía Nacional, cuando se encontraba gozando de vacaciones, pero con el arma de “la cual se le había dotado y que este no había devuelto al entrar a disfrutar de su descanso”. Encontró aquí la Sala un típico evento de falla presunta del servicio, porque consideró que “el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio. (Sentencia 27 abril, 1989)

Así mismo, se establece en sentencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre de 1989:

En los casos de falla presunta no será necesario, entonces, demostrar el mal funcionamiento del servicio sino que al actor le bastará probar el hecho dañoso, el

perjuicio y que el instrumento causal de éste pertenecía al servicio y la administración no podrá desvirtuar dicha presunción sino mediante probanzas que demuestren la ausencia de la falla bien porque observó una extremada prudencia y diligencia en el cuidado del instrumento y su uso o que se presentó un evento de fuerza mayor que por imprevisible e inevitable (es decir, irresistible) constituyó la verdadera causa del perjuicio.

El hecho de tercero exculpará a la administración sólo en cuanto reúna las mismas características de imprevisible e inevitable. (Sentencia N° 5573, 1989)

El trabajo jurisprudencial del Consejo de Estado logró desligar la noción de responsabilidad administrativa de los presupuestos de la jurisdicción civil, de gran importancia esto para la responsabilidad de naturaleza extracontractual, la cual fue por medio de estas deliberaciones situada en el marco de los preceptos de derecho público constitucional y en el rango aplicativo o de abordaje del Código Contencioso Administrativo, en donde sin estar explicitada, pudo establecerse tal indemnización gracias a los esfuerzos interpretativo de los jueces, la cual posteriormente fue insertada en la Constitución Política de 1991 como una cláusula de responsabilidad constitucional.

### **1.1. CONCEPCIÓN CLÁSICA**

De acuerdo con el doctrinante Libardo Rodríguez (2017), la historia jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por hecho propio, hasta la segunda mitad del Siglo XIX, consistía en que el Estado no debía responder por daño alguno; esto es entendible en la época, pues el derecho administrativo apenas venía en desarrollo. Además, la teoría del poder y la soberanía estatal aun ponía en cabeza de éste toda la potestad del Estado, el cual podía disponer de los bienes jurídicos de todos a satisfacción, basado en el origen divino de su poder. Así, de acuerdo con Borda y Hernández (2001):

(...) La posición de Enrique IV frente a la pretendida independencia eclesial se basaba claramente en la teoría de origen divino del poder: si el poder del rey

emanaba de Dios, solo era responsable por su ejercicio ante Dios y solo Él podía juzgarlo. (p. 7)

Si bien, esta tesis de base religiosa fue desestimada antes de la segunda mitad del S. XIX, con la aparición de Hobbes (El Leviatán o la Invención Moderna de la Razón, 1980), Locke (Dos Ensayos Sobre el Gobierno Civil, 1997) y Rousseau (El Contrato Social, 2003), teóricos del contractualismo como fuente del poder y legitimidad del Estado en los siglos XVI, XVII y XVIII respectivamente, el fundamento del poder de los Estados o Naciones ya no radicaba en cabeza del rey o de Dios, sino que era la esencia propia del pueblo, que restringía sus libertades o capacidades, con el fin de obtener seguridad mientras convive con el otro.

Pero esta restricción no se hacía sin garantía alguna, pues uno de los postulados fundamentales para el desarrollo del modelo Estatal Moderno posterior a la segunda mitad del Siglo XIX, consistió en la aplicación del principio de legalidad como uno de los principios, que obligaba al Estado a sujetarse a las normas previamente expedidas, de modo que su actuar debía estar dentro de estos límites normativos; así, se evitaban los exabruptos cometidos por los reyes.

Ahora en esta segunda etapa, de acuerdo con González Noriega (2009), se reconocía que había situaciones específicas mediante las cuales el Estado debía responder patrimonialmente, así pues:

La autoridad del Estado se asimilaba a la responsabilidad de los particulares, de las personas jurídicas de derecho privado, de tal manera que el Estado se asimiló a un patrón teniendo la responsabilidad de seleccionar, elegir y vigilar a sus agentes, por ser sus dependientes. La responsabilidad es una sanción al Estado por la mala elección o la falta de vigilancia sobre sus agentes conocida bajo los conceptos de la culpa in eligiendo y culpa in vigilando. (p. 78)

Esta nueva concepción, le permitió al Estado asignarle la Competencia específica de las acciones de reparación interpuestas contra entidades de carácter público, al Consejo de Estado mediante la Ley 167 de 1941, en sus artículos 34.2, 54.7, 68 y todo el Capítulo XXII, al igual que a los Tribunales administrativos.

Este último capítulo en cuestión, fue demandado por el Procurador General de la época, y declarado inconstitucional posteriormente mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1959 (Sentencia de Inconstitucionalidad, 1959), bajo el entendido de que la jurisdicción ordinaria era quien según la Constitución de 1886<sup>1</sup> tenía la competencia para abordar las indemnizaciones por el trabajo público, no por un ánimo retardatario, con miras a eliminar la responsabilidad del Estado frente a los hechos jurídicos que ocasionara, sino por la tesis consistente en que el Estado no podía juzgarse a sí mismo, por lo que esas acciones debían agotarse en la Jurisdicción ordinaria, bajo normas de derecho privado.

La Corte Constitucional, en el año 2001 (Sentencia C-832, 2001), realizó un recuento sucinto sobre el avance de la responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia colombiana, en la que resaltó la labor de la Corte Suprema de Justicia para dirimir estos conflictos desde el derecho civil:

La Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 22 de octubre de 1896 y durante las primeras décadas del siglo XX, empieza el proceso de formulación jurisprudencial de la institución con base en las normas del Código Civil impulsada no sólo por los postulados del Estado de Derecho sino fundamentalmente por una nueva realidad social y económica que imponía la necesidad de un mayor intervencionismo del Estado. Es una transformación jurídica que se presenta en todo el ámbito del derecho comparado, razón por lo cual, se ha señalado acertadamente que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es hija del intervencionismo del Estado. La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia abarca tres períodos: el de la responsabilidad indirecta, el de la responsabilidad directa y el de la falla del servicio. (Sentencia C-832, 2001)

De esta forma, es útil identificar dentro de la jurisprudencia sobre el tema estos últimos tres elementos al analizar posteriormente, es decir, desde la responsabilidad indirecta, desde la responsabilidad directa analizadas en la acción u omisión del servicio, y desde la falla en el servicio.

---

<sup>1</sup> Artículo 150.3 de la Constitución Política de Colombia.



## 1.2. CONCEPTO DE DAÑO

El daño como institución o figura jurídica puede ser definido en el marco de la generalidad como una lesión a un bien jurídico relevante, esto es, un bien jurídico que se encuentra tutelado o protegido. Sobre el concepto de daño ininidad de autores han definido o al menos construido una referencia conceptual de este, en cuanto a esto, citaremos algunos conceptos con el objetivo de acercarnos a una amplia apreciación del mismo:

Sobre el daño expresa Jinesta Lobo (2005):

La esencia de la responsabilidad (contractual o extracontractual), la constituye el daño. La esencia del daño es la lesión a un bien jurídico. El núcleo de todo bien jurídico consiste en un interés humano jurídicamente relevante. Consecuentemente, la esencia del daño es la lesión aun interés humano relevante desde la perspectiva jurídica. (p. 101)

Así mismo, Rave Martínez (2003) se refiere a daño como:

El daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido, para que exista el daño. (p. 256)

El daño entonces se configura como una manifestación física o no que afecta el interés jurídico de un individuo determinado; pero esta afectación debe cumplir una serie de requisitos esenciales para que se puede hablar o al menos materializar el daño como institución jurídica: primero, que el daño afecta un interés protegido; segundo, que este sea especial, en relación que este pueda individualizarse a la persona que exige su reparación, y tercero. Que este derive de una falla del servicio o tenga su origen en una situación jurídica determinada.

Sobre lo anterior, y en el marco de la responsabilidad administrativa nos remitimos a sentencia del 2 de noviembre de 1960 del Consejo de Estado:

Tanto el derecho colombiano como el francés están configurado en materias de responsabilidad sobre la teoría de que toda persona debe ser indemnizada por el daño que se le cause por culpa de otra persona natural o jurídica (...)Cuando la

administración traspasa los linderos de la legalidad con lesión de derechos particulares, o cuando por faltas del servicio acarrea dicción como el contencioso típico de la responsabilidad del Estado, y en daños a las personas, se establece entre el Estado y los perjudicados una típica relación de derecho público que engendra una responsabilidad de derecho público, porque el agente productor del perjuicio es un sujeto de derecho público que actúa en función pública. (Sentencia 2 noviembre, 1960)

El daño entonces obedece al acontecer, sea voluntad o no del agente a quien se le imputa la responsabilidad del hecho, dándole a la responsabilidad el carácter de fenómeno objeto de análisis jurídico.

### **1.3. NEXO DE CAUSALIDAD**

Un nexo causal es un vínculo jurídico existente entre dos conceptos jurídicos, en el caso que nos ocupa, resulta ser la relación existente entre el hecho jurídicamente relevante y la declaración de la responsabilidad patrimonial por parte del Estado, así, el Consejo de Estado ha enunciado que:

Conocido es, que para que la responsabilidad extracontractual del Estado sea declarada, es menester que la actuación que dio origen al perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, sea administrativa, y vincule por tanto al servicio cuestionado.

Dicho de otra manera, se exige que la actuación causante del perjuicio guarde un vínculo con el servicio cuya responsabilidad se pretende declarar, lo que vale tanto como decir, en los eventos de la falla del servicio, que aquella falla que no esté desprovista de toda relación con el servicio, será falla de éste. (Sentencia 27 abril, 1989)

Resulta pues que el nexo causal, como se ha expuesto en el aparte de la Sentencia, es condición necesaria para definir con certeza la responsabilidad en cabeza de la administración pública; de igual manera, la naturaleza jurídica del agente generador del daño determina la naturaleza intrínseca de la acción a elevar, pues si fue un Agente



del Estado, el daño ocasionado por este en ejercicio de sus funciones es de carácter público.

#### **1.4. CONCEPCIÓN ACTUALMENTE IMPERANTE**

La expedición de la Carta Política de 1991, configuro tanto sustancial como estructuralmente al estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, e introdujo a nivel constitucional explícitamente en el artículo 90 superior, el fundamento de la responsabilidad patrimonial de carácter administrativa o estatal, estableciendo en el mismo: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitucion politica, 1991).

Así, se estableció que los siguientes elementos eran necesarios para la declaración de la Responsabilidad patrimonial Estatal:

- Que el daño sea antijurídico.
- Que el daño pueda ser imputable a un agente del Estado o al Estado mismo.
- Que provengan de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Y es que al suponer o derivar estos elementos de la normativa superior, es posible sostener que esencialmente la cláusula de responsabilidad estatal construye su aplicabilidad sobre la existencia del daño antijurídico y de la imputación, refiriéndose con este último elemento a la atribución de un daño antijurídico sin que medie o sea necesario el estudio de otro elemento para el establecimiento de la responsabilidad de carácter administrativa. Así mismo, el Estado no realiza distinción alguna entre la forma de actuación de la administración ya sea contractual, precontractual o extracontractual, sobre esto se pronuncia la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, en los cuales se han definido los siguientes aspectos esenciales:

Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas. La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase

(contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. (Sentencia C-036, 2006)

Este elemento no estaba siendo considerado para ser incluido en la Constitución de 1991, pues el grueso de los constituyentes no consideraba que era un asunto de carácter constitucional (Portocarrero, 2010), pero a pesar de todo se logró comprender que este fundamento constitucional debía aclarar de una vez por todas, mediante la implementación de una regla de carácter constitucional: primero, que el Estado debía responder por cada daño realizado, y segundo, que los agentes públicos implicados, que actuaran de manera dolosa o gravemente culposa, debían responder con su propio patrimonio por la sanción.

Pero más allá de esto el mensaje era claro, el Estado debe ser más cuidadoso al momento de desplegar su actividad, de modo que no debe dañar a quien se supone que debe proteger; por otra parte, quien ejerce la función pública debe ser muy cuidadoso, pues ahora su patrimonio se encuentra en riesgo de afectación, de suerte que no es el Estado únicamente quien responde por los daños, sino que se crea una especie de solidaridad entre ambas partes, logrando con ello que los directamente implicados se vigilen unos a otros.

Al elevarse la categoría del individuo, esta situación necesariamente obliga a que el Estado tenga más en consideración a los asociados, y de allí proviene la relevancia abismal que ha adquirido en los últimos años el principio de las cargas que deben soportar los administrados.

Esta variación en la concepción del asunto que nos ocupa, se debió principalmente al cambio de la concepción que existía sobre el Estado, pues si el fundamento de legitimidad y soberanía era el pueblo, no puede este soportar cargas injustas en su diario vivir, sin que el Estado responda bajo el imperio de normas que sean de su propia naturaleza, e incluyendo actuaciones que van más allá de las falencias sucedidas durante la prestación de un servicio o la omisión de prestar los mismos.

### **1.5. DAÑO ANTIJURÍDICO**

El daño antijurídico consiste en una carga que el administrado no está en la obligación de soportar, pues rompe con el clásico principio de *igualdad de los individuos ante las cargas públicas*. En efecto, el hecho de que sea antijurídico implica necesariamente que este no se encuentra signado en ninguna norma, surge como resultado de un hecho jurídico identificable, y como consecuencia genera un resultado, interpretado como responsabilidad, o consecuencia jurídica.

El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc.), a tal punto que la ausencia de aquel imposibilita el surgimiento de esta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de lo desarrollado por los autores Mazeaud y Tunc, argumentado en la sentencia N° 10397 del Consejo de Estado, quienes sobre el particular afirman:

Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan solo producirse en lo



futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético. (Sentencia N° 10397, 1998)

Así mismo, y siguiendo la línea argumentativa de la anterior sentencia, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de septiembre de 1990, se expone o se manifiesta la diferencia entre certidumbre y determinación como elementos constitutivos del daño:

Cierto es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede armarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquel aún no realizado pero que necesariamente habrá de producirse) y determinado es aquel que puede ser tasado". (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera dice relación a la existencia y extensión del daño y esta con su cuantía). (Sentencia 5835, 1990)

Sobre lo anterior, podemos entonces relacionar la certeza o la existencia del daño antijurídico, con la evidencia factible o comprobable de su configuración independiente de la temporalidad, ya que esta; puede ser de carácter actual (presente) o futuro. Por otro lado, lo que se denomina como eventualidad, está relacionado o al menos supedita la existencia del daño a factores remotos que puede o no influenciar para su configuración factual, por lo que no puede derivarse de la responsabilidad extracontractual. En lo que corresponde a la facticidad o concreción del daño, esta se determina o al menos se configura con una afectación del bien; esto es, con la destrucción del mismo, alguna modificación o deterioro, lo que brinda la posibilidad de un proceso de tasación cuantificable del monto indemnizatorio.

Sobre lo anterior, podemos establecer dos características diferenciadas para el establecimiento de una indemnización:

- En lo referido a la concreción del daño, este debe ser demostrable en cuanto se pueda establecer una afectación fáctica y propia tanto material como inmaterial de

al bien. En palabras de Larenz sobre la concreción del daño, citado por el Consejo de Estado (Sentencia N° 10475, 2016): “Es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; así mismo, este daño, o al menos la concreción del mismo, tiene la facultad temporal de la extensión del mismo indefinidamente, en este sentido que: “aparezca como la prolongación cierta y directa de una afectación o estado de cosas actual” (Martinez, 2003, p. 261). esto, en contraposición de lo que se ha denominado como un daño de naturaleza hipotético, en el cual no es posible la acción de reparación, en cuanto la víctima tenía una posibilidad remota y no segura de algún tipo de beneficio futuro si el daño no se hubiese concretado.

- En lo que corresponde a la afectación al individuo, el daño debe ser de naturaleza personal, esto es que el daño pueda ser relacionado o establecido en un individuo en concreto. Y es, que en el desarrollo sobre la responsabilidad administrativa, el sustento de la misma o al menos la base de esta a nivel jurisprudencial en su desarrollo nacional, se ha establecido en la existencia de una afectación o daño, y es así, en cuanto si no se puede identificar o no hay una existencia concreta y definible de daño, se impide derivado de esa circunstancia cualquier tipo de examen con respecto a la imputación. Sobre esto, se pronuncia el Consejo de Estado:

Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos. *“En efecto, en sentencias proferidas [...] se ha señalado tal circunstancia precisando que “es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado[...].”* y, por tanto, releva al

juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado. (Sentencia 19707, 2011)

Sobre esto, se reafirma también en análisis doctrinal:

Si el daño no aparece demostrado, las actuaciones del sujeto resultan inocuas desde el punto de vista de los derechos de los administrados. Aun el comportamiento más riesgoso, o la conducta más temeraria de la Administración carecerán de relevancia jurídica frente a las personas si no se traducen en perjuicios apreciables. (Saavedra, 2011, p. 596)

Esto asienta la posición de que es el daño el principal elemento configurativo de la responsabilidad, correspondiendo esto con los antecedentes deliberativos de la Asamblea Constituyente la cual en segundo debate estableció el daño como base del artículo 90 de la constitución.

## **1.6. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y PERJUICIO**

Existe una confusión generalizada en torno a la asimilación de conceptos bajo el marco de la sinonimia entre daño y perjuicio, y es en torno a esta problemática, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han abordado en infinidad de ocasiones la diferencia sustancial entre estas dos instituciones jurídicas, construyendo de manera general una distinción amplia entre ambos conceptos, en lo que corresponde al daño, este se ha entendido como un daño concreto a la integridad de un individuo, mientras que lo concerniente a perjuicio, este se define como las consecuencia directas o indirectas derivadas del daño producido.

En relación con la diferencia conceptual entre daño y perjuicio, se expresa Juan Carlos Henao (1998) de la siguiente manera:

El daño es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...], el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es,

al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. [...]. En esencia la diferencia entre daño y perjuicio permite concluir que el patrimonio individual es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión y el perjuicio menoscabo patrimonial que resulta del daño, es decir la consecuencia del daño sobre la víctima—, lo cual permite concluir que se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño. (p. 76)

Podemos realizar un análisis paralelo conceptual, entre lo citado anteriormente y lo que la doctrina italiana ha configurado como “daño-evento” y “daño-consecuencia”. Sobre el primero, este es tratado como la afectación o la concreción del daño como tal; el segundo, en tanto, referido al conjunto de consecuencias derivadas de la afectación del bien del individuo la cual genera una situación negativa tanto presente como posiblemente futura.

De la anterior clarificación de conceptos se puede derivar una serie de premisas esenciales en cuanto a la naturaleza del daño, estrictamente cuando se configura o se materializa una indemnización, esta no supone el resarcimiento del daño en sí mismo, sino de las consecuencias directas indirectas que se deriven de cada uno teniendo en cuanto la subjetividad de la experiencia de vida de cada individuo.

## **1.7. EL CARÁCTER ANTIJURÍDICO DEL DAÑO**

Dentro del aparato normativo fundamental o normativa constitucional, se ha establecido como principio configurativo de la responsabilidad administrativa la figura de daño, expresada y explicitada en el artículo 90 de nuestra Constitución Política, si bien se entiende a apriorísticamente que este daño es antijurídico, no existe o al menos no es posible derivar de dicha normativa fundamental un concepto claro sobre la figura de “daño antijurídico”.



En relación con esta problemática conceptual, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, por medio de distintos pronunciamientos jurisprudenciales y aplicando la lógica del comparatismo jurídico o derecho comparado, han tomado elementos presentes en el marco constitucional español explícitamente aquellos presentes en el artículo 106 de dicha constitución, además de elementos presentes en la constitución colombiana tanto en el artículo 60 como el artículo 90 superior, pudiendo así definir el daño antijurídico como: “toda lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, que no está justificado por la ley o por el derecho” (Sentencia 11945, 2000).

Sobre el concepto de daño antijurídico, cabe precisar, que no todo daño es susceptible a una indemnización, ya que es un elemento configurativo del daño propio a ser indemnización que este se enmarque dentro del umbral de la antijuridicidad, es propio entonces de la configuración de una sociedad, que los individuos estén expuestos a un conjunto de cargas inherentes a las mismas, pero que a pesar de menoscabar en cierta forma algunos bienes estas cargas no son antijurídicas, como por ejemplos aquellas correspondientes de los compromisos pecuniarios entre los individuos y el estado, las cuales todos los individuos que conforman el cumulo social están en la misma obligación de sopórtalas.

Entonces, es dentro de los límites marcados en cuanto a la obligación social de soportar cargas en donde se define lo que es antijurídico, en cuanto la antijurídica se desprende cuando las cargas cruzan el umbral de lo que socialmente se espera o aceptable en cuanto a dichas cargas. Sobre esto, se pronuncia la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber: la primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios





de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2 de la Constitución), sino también concluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado social de derecho (artículos 1 y 13 de la Carta). Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que “*superan la normal tolerancia*” o que impiden el goce normal y adecuado del derecho. Específicamente en cuanto a la razonabilidad de la limitación del derecho a la propiedad y al límite de la obligación del titular a soportar dicha restricción en el ejercicio de su derecho, para efectos de establecer el deber de los particulares de reparar los daños.

(...) En consecuencia, para efectos del caso objeto de estudio, solo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto al derecho a la propiedad que ha sido restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo. La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resulta antijurídico las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares. (Sentencia N° 12158, 2005)

Se puede derivar de la jurisprudencia antes citada, que la configuración de un daño antijurídico está supeditado a un conjunto de principios propios del funcionamiento de la administración pública, entre los cuales podemos establecer principios propios de la eficiencia aplicativa de las instituciones del Estado, eficacia y concreción de los derechos, la igualdad antes las cargas públicas y privadas. Por todo lo cual, no es una conclusión lógica derivada de lo antes mencionado, que la indemnización no es una sanción establecida a la administración pública, sino que es una disposición en cabeza del individuo que busca una reparación del menoscabo de algún tipo de derecho patrimonial o no patrimonial por parte de la administración.

Con base en lo anterior, es posible entonces hablar de una responsabilidad sin necesidad de una conducta antijurídica por parte de la administración, sino de la antijuridicidad del daño provocado. Sobre este cambio de régimen de responsabilidad se ha pronunciado ya la doctrina española, la cual sirvió de fundamento y es acogida implícitamente en lo referido en el artículo 90 de la normativa fundamental:

Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no solo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (o “funcionamiento de los servicios públicos”, simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución). Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. (García & Fernández, 1993, pp. 371-372)

Derivado de lo anterior, se establece o se determina que el daño antijurídico puede presentarse de dos formas distintas, las cuales el Consejo de Estado en desarrollo de su jurisprudencia ha explicitado que: “lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar” (Sentencia N° 8163, 1993). Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido acorde a la anterior expresión: “el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita (...) esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva” (Sentencia C-333, 1996)

En conclusión de lo anterior, el daño antijurídico es la base esencial para establecer la responsabilidad administrativa, ya que esta responsabilidad no es derivada de la actuación ordinaria o anómala de la administración o si esta fue dentro de los parámetros legales o no, sino a la carga que no está obligado a soportar el individuo frente a las acciones de la administración.

### **1.8. IMPUTACIÓN.**

La imputación se configura como otro de los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa del Estado, el cual permite vincular al Estado como responsable del daño producido ya sea por omisión o por acción dentro de dos dimensiones distintas una material y otra jurídica (Sentencia N° 2001213, 2006):

- En lo referido al régimen material de imputación, este se refiere a la naturaleza fáctica de la afectación.
- En lo que corresponde a la dimensión de régimen de imputación jurídica, esta se configura o depende de elementos que están fuera de la antijuridicidad del daño, estos son elementos normativos, esto corresponde a la existencia de un conjunto lógico de disposiciones legales que permitan inferir tanto la indemnización como de regímenes y títulos de imputación que permitan la imputación de la misma a la administración pública. Es en este régimen de imputación jurídica, en donde se puede establecer los posibles títulos de imputación de responsabilidad en cuanto

al daño, sobre estos títulos el Consejo de Estado ha establecido dos claros y diferenciados:

- Régimen Subjetivo: falla o falta en la prestación del servicio simple, presunta y probada
- Régimen Objetivo: daño especial —desequilibrio de las cargas públicas— y riesgo excepcional — actividades o cosas peligrosas.

### **1.9. LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD**

Lo que se denomina como eximentes de responsabilidad o causales excluyentes de la imputación, son eventos o casos concurrentes dentro de la realidad factual que imposibilita que de un daño acontecido se derive una posible imputación de responsabilidad. Dentro de la amplia gama de situaciones que pueden configurar dicho eximente de responsabilidad como la fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima. En relación a estos posibles escenarios facticos, la jurisprudencia ha establecido que se deben presentar dentro de los mismos algunos de estos tres elementos:

- Irresistibilidad
- Imprevisibilidad
- Exterioridad respecto del demandado

Sobre estos elementos esenciales y de carácter configurativos de los supuestos facticos eximentes de responsabilidad, el Consejo de Estado se ha pronunciado y ha definido de la siguiente forma:

En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser



los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo. Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, resulte razonable. [...]. En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, [...] debe entenderse aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras, acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada. (Sentencia N° 41362, 2005)

Sobre el eximente que corresponde a la participación de un tercero en la concreción del daño, esta debe ser probada y acreditada en cada uno de los casos con la mayor certeza fáctica posible, esto es; con la mayor concordancia entre los hechos y el resultado. Esta acreditación debe tomar en cuenta hasta qué grado la acción del tercero o de la víctima impacta o genera una injerencia significativa en la producción del daño; esto es, en materia de responsabilidad administrativa; se requiere probar que la conducta de un tercero o de la víctima, sea al mismo tiempo la causa como la raíz del mismo, vale decir que se configure una concausa, lo que no extinguirá la responsabilidad pero sí podrá ser rebajada el monto de la indemnización, esto a tenor de lo dispuesto por el Consejo de Estado en Fallo 19067 de 2011.

Entonces, después de precisar los alcances de esta forma de eximente de responsabilidad, es necesario precisar tanto los alcances de la fuerza mayor y el caso fortuito, como los elementos configurativos eximentes de la responsabilidad. Sobre esto, primeramente traemos a colación lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890: “Se

llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. (Ley 95, 1980). En donde se puede establecer a la luz de la doctrina, que la jurisdicción civil trato estas figuras bajo el concepto o la visión de una teoría monista, esto en cuanto las dos figuras establecen las bases de un solo concepto o figura denominada “causa extraña”, en donde el caso fortuito sustenta la imprevisibilidad del hecho y la irresistibilidad la fuerza mayor.

En lo que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha establecido una marcada diferencia de su tratamiento en la jurisdicción civil, en cuanto la primera no asimiló estas dos figuras bajo la óptica de una teoría monista, sino que por el contrario, se han interpretado como dos figuras independientes y diferenciadas. Sobre este tratamiento diferenciado, tanto conceptual como práctico, se expresa el Consejo de Estado:

Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida. (Sentencia N° 7365, 1993)

El Consejo de Estado ha reafirmado esta visión por medio de distintos pronunciamientos, entre los cuales es pertinente citar el fallo expedido el día 16 de marzo de 2000:

Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que la doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquel, y puede ser desconocido, permanecer oculto,

y la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño. (Sentencia C-036, 2006)

### **1.10. DIFERENCIA ENTRE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN**

En este acápite, es esencial delimitar dos conceptos funcionales dentro de la materialización de la indemnización patrimonial por parte del Estado: causalidad e imputación. Si bien la imputación jurídica está relacionada con la causación material, ambos conceptos no se estructuran en una figura unívoca, ya que no siempre que se configure un daño deviene automáticamente con esto una indemnización por parte del Estado, en cuanto a los casos de daños a nivel administrativo. Sobre esta delimitación conceptual, es preciso traer a colación una sentencia del Consejo de Estado, en la cual se ve reflejada la diferencia entre las figuras:

En el anterior orden de ideas, concluye la Sala que se encuentra demostrada en el plenario la existencia de relación de causalidad entre la actuación de los agentes de la entidad demandada y el daño cuya reparación reclaman los actores comoquiera que, sin lugar a la menor estimación, la actividad desplegada por los agentes de la Policía Nacional con ocasión de los hechos que dieron lugar al deceso del señor Manuel Ángel Tabares Calderón efectivamente tuvo incidencia naturalística, empírica, ontológica, en la producción de los daños derivados del fallecimiento del mencionado señor; ello resulta tan incuestionable como que está plenamente probado en el sub iudice que fue el disparo efectuado con un arma de fuego de dotación oficial, por parte de un agente de la Policía Nacional, el acontecimiento que desencadenó la muerte de Manuel Ángel Tabares. La causalidad, entonces, en el presente caso, se encuentra fuera de toda discusión. Cosa distinta ocurre, no obstante, con la imputación, puesto que también está cabalmente acreditado en el proceso que el señor Manuel Ángel Tabares Calderón intentó agredir con un arma cortopunzante a un agente de policía que se encontraba en situación de indefensión y de riesgo para su propia vida como consecuencia del ataque del señor Tabares y que, como consecuencia de ello, un segundo agente de policía que se encontraba en el lugar de los hechos, después



de haber agotado otros mecanismos a través de los cuales se intentó desarmar al agresor, efectuó un disparo contra éste con el propósito de evitar que el policial agredido fuera lesionado o incluso ultimado por el señor Tabares. [...]. Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que si bien es cierto que entre la actuación desplegada por los agentes de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos de marras y el daño irrogado a los actores existe —por las razones ya expuestas— relación de causalidad, no lo es menos que tales daños no resultan jurídicamente imputables a la Administración actuante, toda vez que el proceder asumido por el hoy lamentablemente fallecido señor Tabares Calderón reúne los elementos necesarios para entender configurada la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual excluye la imputabilidad del daño a la entidad demandada, en relación con la cual pueden entenderse concurrentes los tres elementos referidos en el presente proveído, como necesarios para establecer la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de la víctima: la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la exterioridad jurídica del hecho dañoso para la autoridad accionada. (Sentencia N° 17145, 2009)

Del anterior pronunciamiento, se puede inferir que no es suficiente una construcción causal entre el daño y el hecho para que se configure una indemnización; esto es, que dicha relación de naturaleza empírica no constituye fundamento final para una declaratoria de responsabilidad estatal, en cuanto se requiere la configuración de un conjunto de otros elementos de carácter normativo que definen de manera completa la responsabilidad del daño a un sujeto. Es propio entonces advertir, que la imputación es una especie de perfeccionamiento desde lo jurídico a lo meramente natural o causal, y es lo que configura o completa el proceso de la atribución de responsabilidad, con base en un conjunto de reglas o normas establecidas. Sobre esta diferenciación, pero recalando en la complementación de estas figuras, el Consejo de Estado se pronuncia así:

La Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el





punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada. En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del derecho de daños, el concepto de causa, toda vez que en esta parte del universo del derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia. (Sentencia N° 17145, 2009)

Sobre lo anterior, es posible concluir que el examen a un nivel lógico de corte natural, como lo es la causalidad, no es nunca suficiente para el establecimiento o para la configuración de la responsabilidad de indemnización, por lo cual siempre es necesario sostener tal relación causal sobre un presupuesto normativo en sede de imputación. Sobre el daño y su relación con la imputación, el Consejo de Estado emitió el siguiente concepto, que fue acogido también por la Corte Constitucional:

(...) menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un “*título jurídico*” distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *imputatio juris*, además de la *imputatio facti*. (Sentencia C-333, 1996)



### **1.11. TÍTULO SUBJETIVO: FALLA EN EL SERVICIO.**

Los títulos de imputación subjetivos establecen como obligatorio el análisis de la culpa del Agente Público, al momento de suceder el hecho jurídicamente relevante, pues de este análisis se puede determinar no la intencionalidad de la conducta, sino elementos asociados con el descuido o la excesiva confianza puesta en la actividad e incluso el dolo ejercido, de suerte que de no haber mediado este elemento, el hecho no hubiese sucedido.

Lo que se denomina falla de servicio, es la concreción de un incumplimiento por parte del Estado, relacionado con un deber jurídico correspondiente al mismo. Esta falla se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del Estado. El retardo se configura en cuanto un acción extemporánea o tardía por parte de la administración; la irregularidad, cuando el servicio prestado por parte de la administración presenta anomalías en cuanto a su concreción, la cual no cumple con lo establecido en la normativa tanto interna de funcionamiento como normativas externas de naturaleza jurídica; la ineficiencia se configura, dentro de la prestación del servicio, en cuanto el servicio prestado no cumple con los principios de diligencia ni eficacia; la omisión se configura con la no prestación del servicio.

El Consejo de Estado ha definido conceptualmente las fallas en el servicio, así:

[...] la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se configura que el juez debe referirse en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se menciona en la precitada sentencia, “los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir”. En el presente evento se produjo la detención de un ciudadano por fuera

de las pautas legales, configurándose así, a juicio de la Sala, una falla del servicio imputable al Departamento Administrativo de Seguridad, que compromete la responsabilidad extracontractual de esa dependencia administrativa. (Sentencia N° 3510, 1990)

Siguiendo lo expresado anteriormente, y en tenor de lo dispuesto en la Carta Política artículo 2 inciso 2, el Consejo de Estado ha manifestado:

Debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera. (Sentencia N° 11837, 1998)

Desde esta perspectiva, toda anomalía por parte del Estado en cuanto a los servicios prestados (esto es, a sus obligaciones jurídicas), debe ser estudiada y analizada desde la especialidad de cada caso, o sea, desde las particularidades de cada situación en donde se concretó el daño, a fin de saber si existía alguna forma o herramienta destinadas a la previsión, así como medios destinados a contrarrestarlo y la participación de terceros. El Estado, al disponer de la administración como garante de una serie de servicios esenciales, debe disponer de todos los medios y herramientas para cumplir de manera idónea cualquier servicio prestado; pero si dentro de esta prestación de servicios, se produce un daño por la no utilización de todos los medios y herramientas propias de las buenas prácticas de la administración, la administración misma tendrá la obligación de indemnizar cualquier perjuicio causado; pero en el caso hipotético de que se configure un daño, pese a que se utilizaran todas las herramientas y métodos idóneos para la prestación óptima de un servicio, no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Sobre la existencia de este tipo de horizontes fácticos, en el cual existe cumplimiento pero se genera algún tipo de daño, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado lo que se conoce como la teoría o figura de la “falla relativa” o “relatividad de la falla del servicio”, tal como lo expresa en la siguiente decisión:

No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la Administración de Justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse, en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance. (Sentencia N° 9940, 1996)

Es importante en este punto, aterrizar la teoría de la falla relativa, por cuanto no se está aludiendo a una situación en abstracto, utópica, de la realidad de las instituciones. Por el contrario, en algunas ocasiones las condiciones reales o fácticas de nuestro país no dejan que la administración cumpla sus funciones apropiadamente, a pesar de que ésta pudiera haber sido completamente diligente en su cumplimiento. Aun así, se ha configurado un daño, el cual naturalmente no es indemnizable, al no existir responsabilidad del Estado.

#### **1.12. IMPUTACIÓN OBJETIVA DENTRO DEL RÉGIMEN DE FALLA DEL SERVICIO**

Respecto de la imputación de responsabilidad que le corresponde a la administración, debido a conductas relacionadas con la omisión, es pertinente decir que esto sucede cuando la administración permite la concreción de un daño por el no ejercicio de sus funciones. Y es que en relación con estos eventos, el Consejo de Estado ha aplicado la imputación objetiva para la configuración de la responsabilidad, en cuanto es por medio de este tipo de imputación por la que se puede establecer tal responsabilidad, tal como lo corrobora en el siguiente concepto:



(...) es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño; de lo contrario la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico, en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión del sujeto. (Sentencia N° 17994, 2009)

De lo anteriormente citado, podemos establecer que en los eventos en donde se ha configurado daños por omisión, se ha utilizado la figura de la imputación objetiva como herramienta para superar la imposibilidad de la creación de un nexo causal que explique bajo la lógica la concreción del daño. Y es la translación de la figura de la imputación objetiva propia del derecho penal a las otras ramas del derecho, incluida la administrativa; la que ha dotado de herramientas más amplias para la imputación de responsabilidades por parte del juez administrativo.

Entonces, dentro de la realidad actual de la jurisdicción administrativa, el juez privilegia el uso de figuras e instituciones propias (o al menos desarrolladas) desde la dogmática penal, explícitamente la figura de la imputación objetiva, por lo que se ha abandonado el tradicional escenario de causalidad a favor de un esquema de imputación de responsabilidad de naturaleza objetiva.

En relación con esta translación de la figura de la imputación objetiva desde la jurisdicción penal hacia la administrativa, debemos precisar que la naturaleza de esta imputación no es referida o no se configura de la misma forma en que se imputa la responsabilidad estatal en los casos concernientes a actividades peligrosas o aquellas situaciones que se relacionen con el riesgo excepcional o daño especial, sino que esta figura trata del proceso de imputación de responsabilidad en donde no existe o no se toma en cuenta el elemento intencional del que configura la acción. La teoría de la imputación objetiva es esencial para el tratamiento y análisis de la responsabilidad de la

administración, en situaciones que se deriven de la omisión o incumplimiento de sus obligaciones.

#### 1.12.1. Régimen objetivo de responsabilidad

La configuración de este régimen de responsabilidad no es el resultado de un incumplimiento o de una anomalía del servicio prestado por la administración, como anteriormente ya quedo dispuesto, este es el resultado de un daño producido en el marco del cumplimiento normal y dentro de los procesos normales de las tareas de la administración. Desde esta perspectiva, existen dos situaciones en el marco del régimen de imputación objetiva, en las cuales la administración compromete su responsabilidad:

#### 1.12.2. Daño Especial

El título de este régimen de responsabilidad se configura o es aplicable en el marco de una actividad normal y dentro de los parámetros legales y funcionales de la administración, en cuanto a pesar de la idoneidad del servicio, se presenta en palabras del Consejo de Estado: “rompimiento del principio de equilibrio frente a las cargas públicas”, en donde en el marco de la acción legítima e idónea de la administración un particular carga un detrimento a su derecho el cual debe ser compartido por la comunidad y no en cabeza de un solo individuo o varios individuos, de allí que se configure en cabeza del Estado la responsabilidad de indemnizar.

Esta perspectiva de imputación de responsabilidad, es el resultado del desarrollo y la aplicación concreta del principio de igualdad ante la ley, el cual es explicitado en el artículo 13 de la norma fundamental:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Art 13 (Constitucion política, 1991))

El daño especial como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, es de un amplio desarrollo histórico, pudiendo rastrearse tal figura hasta el año de 1947. El Consejo de Estado se ha pronunciado con respecto a la figura de la siguiente manera:

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. (Sentencia N° 1127, 2003)

La Sección Tercera del Consejo de Estado fijó en 1991, por medio de un análisis jurisprudencial, los parámetros para la configuración de este tipo de daño:

A manera de síntesis, 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 objetiva 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. (Sentencia N° 6334, 1991)

El daño especial, como se deriva de la anterior cita, es utilizado en relación a casos de una relación causal mediada o al menos en el marco de una legítima actuación estatal, en donde se configuren daños por ejemplo: aquellos daños causados en el valor o en el dominio de un inmueble por construcción aledañas o por actos administrativos sobre el uso del suelo dentro de la legítima y legal atribución de la administración.

#### 1.12.3. El título de imputación de riesgo creado (riesgo excepcional)

Este título se configura en el marco de la posibilidad de naturaleza fáctica en la cual el sujeto de derecho realiza actividades que conllevan un riesgo implícito en la actividad misma, o al menos, la actividad pueda presentar una posibilidad de riesgo inherente. Sobre este presupuesto fáctico, se configura o se manifiesta un daño al sujeto o sujetos que se están beneficiando o se beneficiarán de dicha actividad de la administración, y es dentro de esta dimensión fáctica de donde se desprenden o configuran cuatro modalidades:

- a) Responsabilidad por riesgo-peligro
- b) Responsabilidad por riesgo beneficio
- c) Riesgo-conflicto
- d) Responsabilidad por riesgo aleatorio.

Sobre lo ya expresado, el título de imputación se configura o se crea en la medida que una actividad dirigida a la protección de los individuos de una sociedad, excede las cargas que uno o algunos de estos individuos deban soportar en beneficio de la sociedad



en general. En lo que respecta, es necesario hacer una diferenciación fundamental entre los títulos de imputación del riesgo especial y el riesgo excepcional, el segundo, no se refiere a un daño que se configura por una acción anómala o de carácter omisiva de la administración, el daño es configurado por la acción de un tercero, pero en el marco de un riesgo creado por la administración en el actuar normal de sus funciones.

Sobre esta figura el Consejo de Estado ha dispuesto:

La teoría del riesgo excepcional se da cuando el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un 'riesgo de naturaleza excepcional' que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de ejecución de la obra o de la prestación de servicio. (Sentencia N° 4655, 1989)

No obstante, posteriormente el Consejo de Estado volvió a pronunciarse:

Que la imputabilidad surge de la creación de un riesgo que es considerado excepcional, en la medida que se supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad lícita dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, de una acción u omisión de la administración, sino de la protección de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge de la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por el Estado en cumplimiento de sus funciones, y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace la ruptura del equilibrio frente a las cargas. En efecto, si bien ha sido reiterada la jurisprudencia extranjera, y fundamentalmente la francesa y la española, en el sentido de expresar que el Estado no asume responsabilidad patrimonial alguna por este tipo de actos incluidos dentro de las denominadas operaciones de guerra, esta Sala se ha apartado de aquéllas, al considerar que, dadas las circunstancias en que los mismos se producen, podrían resultar imputables a una acción u omisión de la

administración, que bien puede consistir en una falla del servicio, o en la exposición de algunas personas a un riesgo excepcional, creado en cumplimiento del deber constitucional y legal del Estado de proteger a la comunidad en general. En otros eventos, como se vio, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general.

No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Sentencia N° 11518, 2000).

De lo anterior, podemos suponer o derivar un conjunto de elementos que configuran la responsabilidad de daño excepcional:

- Un riesgo que se deriva de una acción contra los elementos de acción estatales y que afecta a los administrados
- Daño generado a un individuo o a un conjunto
- Comprobar la existencia de un nexo causal entre el daño que surge a los administrados y la conducta

Así mismo, sobre estos elementos el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha sentenciado:

Cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad. La Sala ha precisado que los elementos estructurales de la responsabilidad bajo este título jurídico, son: “Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado –instrumentales, humanos y de actividad, en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque

real de esos instrumentos y la consecuencia se refleja en los administrados (personas o bienes) que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquel. La responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida cuando en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste, dada su gravedad, excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público, la sala no desconoce que el daño en mismo considerado no lo produjo el Estado, sino que lo produjo un tercero, pero advierte que para su producción del riesgo sí fue eficiente en el apareamiento del mismo. (Sentencia N° 10731, 2001)

La naturaleza objetiva de este tipo de responsabilidad implica que, al existir tal determinante factico, el sujeto víctima o del daño no está obligado a probar la responsabilidad del Estado, y este solo puede ser eximido de la responsabilidad cuando se demuestra la culpa exclusiva de la víctima, o por la injerencia de fuerza mayor.

### **1.13. PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN**

Los supuestos fácticos sobre los que recae la tarea de análisis por parte del administrador de justicia en temáticas relacionadas con la imputación de alguna forma de responsabilidad estatal, son casi infinitas, esto en cuanto las posibilidades fácticas de análisis no pueden ser caracterizadas de manera individual, y en este caso para realizar tal imputación de responsabilidad se deben aplicar ciertos criterios o elementos normativos “generales” o “objetivos”, los cuales posibilitan extrapolar las condiciones fácticas extensas a imputaciones normativas claras.



El Consejo de Estado en la Sección Tercera por medio de la Sentencia de 1997 identificada con el radicado 11764, identifica dos presupuestos jurídicos que deben poder establecerse paralelamente a la luz de los presupuestos facticos para que el juez pueda imputar tal responsabilidad:

En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. (Sentencia N° 11764, 1997)

De esta determinación del Consejo de Estado, se pueden derivar dos procesos de análisis propios de la imputación de responsabilidad, en este caso por omisión: primeramente, se debe realizar un análisis de naturaleza normativa, en donde se definirá cual era realmente el alcance de la norma esto es la obligatoriedad de la misma en cuanto a los órganos de la administración, así mismo, definir a la luz de la normativa cual era la naturaleza fáctica de dicha obligación normativa; en segundo lugar, definir si el daño antijurídico causado deviene o se manifiesta como un fenómeno que no se configuraría si la administración dentro en su actuación cumpliera con lo estipulado normativamente. En este sentido, el alto tribunal establece lo siguiente:

La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente". (Sentencia N° 11764, 1997)

Sobre estos presupuestos doctrinales, se deben hacer ciertas diferencias o apreciaciones de orden conceptual en lo relacionado a la naturaleza de los vínculos factico-normativo que configuran la responsabilidad, estas apreciaciones están dirigidas

a la noción de causalidad y de imputación, en cuanto en el plano de la imputación de la responsabilidad por omisión, se debe apartar el legislador de la utilización de aspectos esencialmente naturalísticos como lo es la causalidad, ya que estas se desarrollan en un plano distinto del análisis propiamente jurídico o valorativo-judicial, en el cual la imputación se desarrolla; la causalidad determina un orden de fenómenos de carácter naturales inmutables solo apreciados desde una lógica enteramente deductiva, la cual solo permite observar un describir un plano de la realidad sin ninguna conexión esencial jurídica, es la imputación como forma de análisis jurídica sobre los elementos facticos y normativos la que permite definir de manera “contingente” en gran mayoría de los casos y respondiendo a criterios de justicia a nivel social determinar la imputación de responsabilidad a nivel jurídico.

En cuanto a la responsabilidad contractual en el pleno de la omisión, el juez administrativo, si bien puede diferenciar la naturaleza entre la causalidad y la imputación, se ve frente a una situación de carácter “especial”, en cuanto se refiere al análisis de un fenómeno que corresponde a la no actividad esto es una conducta omisiva por parte de la administración:

Para superar el dilema de la causalidad entre la omisión y el daño, la doctrina ha propuesto la adopción de criterios normativos de atribución que, desde una perspectiva del deber ser, explican conceptualmente la posibilidad de atribuir responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no tuvo participación el Estado, juicio que implica establecer en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica, si es posible imputar a la falla probada en el proceso o no. (Sentencia N° 41187, 2017)

Lo anteriormente citado, nos remite a la no utilización de la causalidad natural como categoría de análisis en los casos que remiten a la atribución de responsabilidad por omisión, en casos específicos en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, el juez deberá remitirse en gran medida o al menos de manera esencial a la naturaleza del deber jurídico de la administración para prevenir el daño, y si este, dentro de sus funciones específicas posee la capacidad pero no realiza dicha actividad para evitar tal hecho.

Entonces, si bien parece existir un uso de la causalidad, esta relación no se configura en el plano de la naturalística, al remitirnos a la idea expresada por Mir Puigpelat (2000) en cuanto un fenómeno positivo no puede ser el resultado de una omisión, la relación causal entonces es hipotética, no entre la omisión y el fenómeno (daño), sino entre la acción no realizada y el posible daño, esto es, un ejercicio de creación de escenarios hipotéticos por parte del administrador de justicia, lo que si bien es un intento por superar el problema intrínseco de la omisión queda corto.

La jurisprudencia en cuanto a esta barrera que surge de la imputabilidad de responsabilidad en cuanto a la omisión, se ha dirigido entonces a la noción de “rol” de los órganos de la administración pública, en cuanto a no cumplir tal “rol” defraudan una expectativa jurídica y social, lo que obliga a la administración a asumir la responsabilidad del daño.

Sobre esto, nos remitimos a Jakobs (1996):

De este modo queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol (...) refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes. (Jakobs, 1996, págs. 25-26)

Este rol determina el cumplimiento o no de la responsabilidad de la administración, esto es que no ha atendido este rol o lo ha atendido de manera deficiente, en cuanto a las obligaciones impuestas normativamente por el estado; esto es en cuanto a lo que se ha determinado como posición de garante.

Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de

un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida. (Sentencia N° 15567, 2017)

La anterior línea de pensamiento, nos supone que la posición de garante se desarrolla como un punto esencial en los eventos en los que el Estado por omisión o los daños los cuales no intervino directamente, pero dentro de la cual o al menos en el marco del desarrollo de la misma, supone asumir una actitud o un grado de conducta la cual se enmarca dentro de lo que se supone como de protección o de prevención, en donde la violación de estas esencialmente configura una relación de responsabilidad al mismo nivel que una hipotética participación de carácter activa o positiva.

Dentro de este marco analítico, el cual es esencial para la imputabilidad de la responsabilidad por parte del juez, paralelamente un análisis de la normativa la cual regula y define tales actividades que propenden por constituir tal relación con el administrado de garante, esto es definir los contenidos obligacionales de dichos organismos administrativos, en cuanto son estos contenidos obligacionales los que determina el “rol” de la administración; estos contenidos obligacionales deben ser concretos, no de estructura abierta, de los cuales no solo se puedan verificar tal obligación por parte de la administración, sino la manera en la cual debe cumplirla esto dentro de las posibilidad fácticas y legales de las mismas:

Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento objetivamente exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa (STS de 7 de octubre de 1997).

(...)

Se trata, en definitiva, de “admitir el influjo normativo de lo fáctico sobre el propio ordenamiento jurídico cuya función transformadora de la realidad y cuya imperatividad tienen límites materiales, naturales si se prefiere, de imposible



superación”, porque, como reza el viejo aforismo, “ad impossibilia nemo tenetur”.  
(De Ahumada, 2009, pág. 304)

Entonces, es esencial por parte del juez examinar e identificar “*estándares de servicio*”, los cuales son las condiciones mínimas como estos órganos administrativos deben desarrollar su actividades, regulados tanto desde lo legal, jurisprudencial y constitucional; la valoración de todas las dimensiones obligacionales y las posibilidades propias de cumplimiento de estos órganos en relación con las posibilidades fácticas del caso concreto.



## **2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

De acuerdo con el mapa de procesos de la Superintendencia de Salud de Colombia, es preciso referirse a los procesos misionales, en tanto son aquellos a través de los cuales se busca la protección y participación de los usuarios del servicio de salud. Estos procesos atienden a la inspección, vigilancia y control hacia los sujetos que por ley son vigilados por esta entidad estatal, así como a la forma idónea en que debe administrarse justicia y dirimir de manera eficaz los casos en los cuales se ha causado un daño determinado.

Todo ello fue el producto de una evolución en la comprensión de cómo debe asumirse, para el sector salud, la responsabilidad estatal, como se verá a continuación.

### **2.1. PROCESO DE CONTRATACIÓN, MODALIDADES Y REGULACIÓN NORMATIVA**

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia en 1991, y en el marco de la Ley 100 de 1993, se pasó de un sistema nacional de seguridad social de un enfoque vertical y de una configuración centralista, a un sistema general de salud, en donde se introducen formas y funcionamientos en el marco de los procesos económicos actuales, esto es; la competencia libre de prestadores de servicio, la libertad del usuario en cuanto a su escogencia y la incorporación del principio de solidaridad como fundamento del sistema, en cuanto a los procesos de subsidiariedad de estratos sociales bajo por los servicios de salud de los estratos altos.

En palabras de García (2007) con respecto a los objetivos del sistema, en el marco de la nueva lógica de mercado imperante:

Uno de los objetivos que se buscaba con la implantación del SGSSS es el aumento de la eficiencia del sistema, para lo cual se introdujeron las siguientes modificaciones: i) se separaron las funciones de aseguramiento y prestación de servicios de salud y se permitió la participación del sector privado; ii) se estableció que la relación entre aseguradores y prestadores esté determinada por el modelo de competencia regulada propuesta por Enthoven (1997), en el cual el Estado juega fundamentalmente el papel de regulador. (p.252)

Dentro del sistema de seguridad social colombiano, las entidades promotoras de salud (EPS) se relacionan o entran en concordancia activa o de procesos funcionales a través de las instituciones prestadoras de servicio de salud (IPS), por medio de figuras contractuales (contratos). Estas dinámicas contractuales están explicitadas en la Ley 100, y se agrupan en un conjunto de dinámicas diferenciadas en cuanto a los servicios o la prestación de este a los usuarios del servicio de salud.

Dentro de esta relación contractual, se han establecido tres formas específicas de contratación: capitación, pago por evento y el pago global prospectivo. Sobre esta variedad de formas de relación contractual, no se ha establecido o determinado cuál de estas figuras es mejor o peor dentro de la prestación de los servicios, lo que sí se ha establecido es que cada una responde a un cierto grupo poblacional que generalmente depende de su posición socio-económico.

### 2.1.1. Contratos por capitación

Actualmente en Colombia, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), configuran sus servicios en el marco de una prima de riesgo fija que corresponde o que se deriva de cada uno de los afiliados al servicio de salud; esta unidad de pago fija es lo que se denomina como Unidad de Pago por Capitación (UPC). Dichos pagos están destinados a mantener activos los servicios referentes al Plan Obligatorio de Salud (POS), por lo que las EPS dentro del mercado de los servicios de salud intentan contratar IPS que por un precio más bajo ofrezcan más calidad y amplitud de servicios; las EPS remplazan al

usuario por así decirlo, y realizan por ellos los procesos de selección de entidades prestadoras de servicio de salud, bajo el paradigma de mejor precio y más calidad.

El sistema de salud colombiano viene estructurándose desde mediados de 1949, en el marco de los esfuerzos realizados en ese entonces por el Ministerio de Higiene, el cual en ese momento estructuraba las directrices y funcionamiento del sistema de salud a nivel nacional. El posterior desarrollo de estos objetivos planteados por el Ministerio de Higiene, ocurre alrededor de las décadas de los sesenta y setenta, específicamente entre 1963 y 1973, lapso en el cual se configuran o se establecen las directrices del Sistema Nacional de Salud (SNS), instancia que entró en pleno proceso de funcionamiento ya en el año 1975. Este primer modelo de SNS se enmarca dentro de la lógica funcional del modelo neoliberal imperante en ese entonces, caracterizado por estructuras marcadas nacionales, departamentales, regionales y locales, obedeciendo con esto al modelo de descentralización nacional.

Sobre esto, es importante señalar o dilucidar el marco económico en cuanto al desarrollo de este modelo durante esas dos primeras décadas de desarrollo. En efecto, si bien se contaban con diversos activos estatales provenientes por parte del gobierno central, departamental, municipal y aportes ordinarios nacionales, entre 1980 y 1990 los recursos aportados por el Estado decayeron considerablemente, mientras que los recursos aportados por los trabajadores y afiliados aumentaron, por lo que se percibió un fenómeno de estructuración por parte del sistema a la lógica del mercado.

Ya durante el último periodo de la década de los ochenta, se manifestaron una serie de fenómenos económicos y políticos que afianzaron el paso del SNS a un sistema que funcionara eminentemente bajo una lógica mercantil. Por un lado, durante ese periodo se vivió un proceso político altamente centralizado, el cual no podía responder a las necesidades de un amplio sector de la sociedad; por otro lado, la intervención de la economía internacional minimizaba aún más el papel estatal.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de Colombia, el Estado colombiano se configura como un Estado Social de Derecho; y es con esta modernización, precisamente, que se construyeron los servicios públicos en torno a la

premisa de funcionalidad y estabilidad económica, esto es, bajo la condición de servicios regulados a través de la lógica mercantil.

En lo que corresponde a la salud, esta aparece como un servicio público en cabeza del Estado, configurando ciertas bases conceptuales y funcionales del mismo, como lo son el principio de solidaridad como horizonte funcional, así como el esquema de dos regímenes de salud, el público y el privado, como una ampliación de su estructura y con esto de su naturaleza frente a los servicios ofertados; todos estos cambios materiales y sustanciales en cabeza de Ministerio de la Protección Social (MPS) y el Consejo Nacional de Seguridad Social (CNSSS).

Bajo esta lógica o la nueva lógica funcional implantada por la Constitución Política, se establecen como desarrollo del artículo transitorio N.º 57 fundamental, la implementación de instituciones o partes del sistema esencialmente administrativas o de aseguramiento y otras funcionales o aquellas dirigidas a la prestaciones del servicio de salud, división justificada por la especialización de funciones, en donde un órgano capacitado para la afiliación serviría de puente entre el usuario y las entidades prestadoras de servicio, dada la complejidad y la amplia carga que esto representaría si las instituciones prestadoras de salud también afiliaran.

Dentro de esta relación entre el individuo y las EPS es donde se deriva la teoría de agencia, la cual es la delegación de responsabilidades de un individuo en este caso usuario a una entidad, en este caso concreto la EPS, para que esta lo represente en cuanto a la búsqueda o el establecimiento de una relación de servicio de salud, es bajo esta lógica de agencia de donde se desprende el llamado contrato por capitación, que no es más que el pago de un valor fijo por parte del usuario ajustado a las condiciones socioeconómicas del mismo Unidad de Pago por Capitación (UPC), el cual representa el costo de los servicios médicos derivados del POS.

Sobre el marco legal de los contratos por capitación podemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 52 de Ley 1438 de 2011, en el cual se especifica en conjunto de reglas que deben configurar estos tipos de contratos dentro del sector salud:

Artículo 52. Contratación Por Capitación. Se establecen las siguientes reglas aplicables en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades

Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud: 52.1 Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación. 52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio ni de la gestión del riesgo. 52.3 La contratación por capitación de las actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública, se deberá hacer con fundamento en indicadores y evaluación de resultados en salud. (Ley 1438, 2011)

Sobre lo anterior, se puede deducir que los contratos por capitación se enmarcan generalmente para los servicio de baja complejidad.

En relación con la modalidad de pago o con el proceso de cancelación de los contratos por capitación debemos remitirnos al artículo 2.5.3.4.4 del Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo. 2.5.3.4.4 Mecanismos de Pago Aplicables a la Compra De Servicios De Salud. Los principales mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud son: a). Pago por capitación. Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas. (Decreto 780, 2016)

Cabe realizar una aclaración conceptual, y es que la capitación no es una modalidad de prestación de servicios, sino un mecanismo de pago aplicable a la compra de servicios en salud.

### 2.1.2. Contratos por evento

Es una de las modalidades o formas de contratación dentro del Sistema de Seguridad Social y Salud del Estado, en el cual un asegurador le cancela una determinada suma de dinero a una Institución Prestadora de Servicio (IPS), para la atención o el tratamiento diferenciado de una situación médica específica.

Este pago por evento, incluye no solo la prestación del servicio como tal, sino todo aquellos que lo configuran; los honorarios médicos, los gastos por el cuidado generado por la intervención o por el tratamiento, suministros o medicamentos y aquellos derivados directamente del uso de las herramientas quirúrgicas.

La esencialidad de esta figura es que no puede ser pactada de manera anterior, ya que depende de la particularidad del caso que es llevado a la IPS y claro, de los honorarios y las capacidades económicas del individuo, sobre esta modalidad de contratación, es propio explicitar algunas situaciones que en la facticidad desvirtúan y pueden generar una anomalía en la aplicación de la misma.

Esta situación anómala, puede estar en directa relación con la naturaleza del riesgo de tal modo de contratación, ya que la totalidad del riesgo del mismo en cuanto al procedimiento lo asume la Institución Prestadora de Servicio, lo que puede derivar en varias anomalías, a saber:

- Es posible que las instituciones prestadoras de servicio con el ánimo de acrecentar sus ingresos traten enfermedades como si fueran de mayor complejidad sin serlo, esto con el objetivo de recibir más beneficios económicos e inflar los precios.
- Es posible que el servicio pueda ser de baja calidad, ya que las instituciones prestadoras de servicio pueden bajar los costos de los procedimientos para obtener así un mayor beneficio económico.
- La institución prestadora de servicio se encuentra en una posición dominante en cuanto a los precios de los tratamientos.

### 2.1.3. Contratos de pago global prospectivo (PGP)

Este mecanismo de contratación de salud se desarrolla o se enmarca en la determinación de un valor monetario que cubra los gastos y costos de una Prestadora de Servicio de Salud por un periodo de tiempo determinado, el cual generalmente se establece de manera anual. De acuerdo con esto, el PGP actúa como un marco o techo para la forma en que se relacionan los servicios con el precio pagado por el usuario; esto, claro está, bajo una lógica de eficiencia entre gastos de recursos y control de ingresos. Dicha condición se ve reflejada en la realidad factual, en donde a corto plazo la eficiencia se relaciona directamente con la gestión y con la forma de aplicación de un conjunto de insumos determinados a una situación, la eficiencia y el control de gastos, y a largo plazo se relaciona con la forma y la cantidad de servicios ofrecidos por los operadores de la salud, en relación con un marco de recurso anteriormente percibido.

En lo que se refiere a la concreción de Pago Global Prospectivo, al momento de suscitarse éste debe tener claro o explicitado un conjunto de elementos tanto aplicativos como sustanciales y de seguimientos, en el cual se debe especificar el monto exacto y los servicios médicos específicos a realizar por parte de la entidad; la cantidad o las veces de los servicios y el tiempo determinado que cubre dicho pago; así como las herramientas de medición que se utilizaran para comprobar la idoneidad de los servicios aplicados; así mismo, las disposiciones técnicas de carácter administrativas que posibiliten el funcionamiento de tal modo de contratación en el sector salud.

Sobre esta forma de contratación en el sector salud, se debe especificar la forma en que las instituciones prestadoras de servicio fijan los montos anuales o aquellos tendientes a cubrir un conjunto de procedimientos en el marco de un periodo de tiempo, sobre esta fijación de presupuesto o valores se establecen tres formas o procedimientos diferenciados:

1. Gasto de carácter histórico: Esta determinante de valores se basa en una relación homogénea de valores y servicios entre la institución prestadora de servicio y el contratante, esto es una especie de gestión de valores basados en los gastos históricos una especie de transferencia de rubros de gastos causados.

2. **Capitación:** La capitación lo que permite esencialmente es la diferenciación de los servicios por pago de poblaciones no homogénea, esto es población diferenciada, esta modalidad permite un flujo más equitativo de los servicio que las instituciones pueden prestar, pero se necesita un complejo sistema de servicios que logre diferenciar que servicios son más utilizados o cuales se van a ofertar.
3. **Tarifas de enfoque normativo:** Estas tarifas son reguladas bajo la lógica del mercado y por la intervención de organismos de control, los cuales realizando una estudio de corte económico determinan las tarifas diferenciador de grupos poblacionales diferenciados, estableciendo tarifas nacionales las cuales aseguran un conjunto de servicios especializados o de carácter diferenciados para cada población.

La contratación de un PGP presente un conjunto de variaciones dependiendo de un triángulo de elementos esenciales que sostienen la efectividad de la contratación, estos son: volumen, costo y gasto. Con base a estos elementos, se configuran un conjunto de formas de contratación que responden a necesidades específicas en la prestación de servicio de salud:

1. En los contratos denominados como de bloque, los compradores del servicio de salud establecen a pagar a la institución prestadora de servicio una suma fija para asegurar el acceso a una población determinada a un conjunto de servicios prestados independiente al volumen de los mismos. Generalmente, estos servicios son aquellos que son denominados de bajo costo, y que en su generalidad siempre representan gran demanda para la población.
2. En los contratos denominados como volumen y costo, estos servicios se limitan a un conjunto mínimo de estos, generalmente estos servicios en esta modalidad de contratación están identificados por trabamientos especializados que no requieren cirugía pero si de alto costo o complejidad, este contrato generalmente representa una relación de servicios de alto costo y volumen de servicio.



3. En los contratos configurados en el marco de la naturaleza de costo por caso, esta se cancela o se configura el precio por cada uno de los servicios medios prestados, generalmente, y con el objetivo de un mejor flujo o de aplicabilidad estos pueden ser cancelado de manera anual, trimestral o semestral; esto para un fácil acceso a la información histórica por parte del paciente.

## **2.2. PROCESO DE FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

En lo referente a la facturación de los servicios de salud en el Sistema de Seguridad Social Colombiano es dispuesto como un servicio, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, y es mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, y es en relación con lo explicitado y por la naturaleza del mismo servicio, se fundamenta la Ley 1751 de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud (2015), por el cual se disponen y crean organismos como la Superintendencia de Salud para que en cumplimiento de lo estipulado por la ley coordine, dirija y ejerza, inspección, vigilancia y control sobre el sistema.

En directa concordancia con lo anterior y por medio de la el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011, en la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se establecen uno de los principios reguladores de todo el Sistema de Salud y Seguridad Social, esto es la sostenibilidad económica o de flujo del sistema mismo: “Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito” (Ley 1438, 2011).

Así mismo, en virtud del principio de sostenibilidad, los recursos que hagan parte del sistema deben ser expeditos y deben tener un fin claro, y es así que mediante el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, que se ha establecido como una de las funciones legales de la Superintendencia de Salud la vigilancia de la eficiencia y aplicación de esos flujos de recursos y su aplicación razonada y razonable dentro del sostenimiento del mismo.

Y es sobre este orden de ideas, que el legislador ha dispuesto a través del control y vigilancia de la Superintendencia de Salud, determinadas formas tanto de facturar estos servicios como de su cancelación, adoptando medidas destinadas a preservar el flujo ágil y expedito de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En relación con esta perspectiva organizacional y funcional se ha dispuesto el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007:

Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura (Ley 1122, 2007).

Sobre lo anterior, se observa el intento por regular, de parte del legislador, dos aspectos esenciales de la prestación del servicio, por un lado los contratos de salud, y por otro, la modalidad de pago escogido por los diversos actores del Sistema de Seguridad Social y de Salud, tomando como ejemplo el contrato por capitación el cual debe ser pagado por su naturaleza en un 100% anticipadamente.

Sobre estos esfuerzos, podemos establecer las prerrogativas que el legislador le otorgó al Ministerio de Salud, en donde este es el encargado de reglamentar la contratación y el trámite que se le debe imprimir a las facturas, estableciendo un plazo

de 60 días para el pago de la misma luego de su presentación a la entidad que debe realizar los pagos correspondientes.

Y es sobre el principio de optimización de flujo, que es necesario remitirnos al numeral 1° artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, en donde se establecen medidas sancionatorias por parte del gobierno nacional para la preservación de flujo de capital y su racional y optima utilización: “todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos”. En este orden, como se advierte, el legislador dictaminó la necesidad de velar por el flujo de los recursos de la salud, de manera que éstos se irrigen entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud de manera eficiente, desde las E.P.S. hasta el último eslabón en la prestación del servicio de salud: los profesionales de la salud.

Y es sobre esta lógica de optimización y de utilización de los recursos de manera razonada y eficaz dispone el numeral 6° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007:

Quando las IPS no paguen oportunamente a los profesionales que les prestan sus servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras, de acuerdo con la reglamentación que para ello expida el Ministerio de la Protección Social. (Ley 1122, 2007)

Sobre lo anterior, estas medidas son complementadas por lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011:

Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007. El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción. Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los

servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social. También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos. (Ley 1438, 2011)

Sobre esto se recalcó el compromiso dispuesto por ley que hay sobre las Entidades Promotoras de Salud para pagar los servicios de Salud suministrados por las Instituciones Prestadoras de Servicio eso en disposición sobre lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 y en el Reglamento. Así mismo, se estableció el reconocimiento de la mora en los compromisos contractuales asumidos por las EPS. De igual forma, se prohibió el uso de figuras e control interno como las auditorias con el fin de no aceptar las facturas presentadas por las IPS. Y finalmente, se estableció la responsabilidad de la EPS en la configuración de mecanismos tendientes a la facturación en línea de los servicio de salud, esto en concordancia con lo establecido Ministerio de Salud y Protección Social. Inclusive, se señaló que las facturas enviadas por correo certificado se entienden recibidas por las E.P.S.

En relación directa con lo anterior, podemos citar lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, en donde se especifica el trámite que se debe realizar alrededor de la impresión de las facturas y de los elementos allí contenidos:

Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial. El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable

del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago. Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas. Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago. (Ley 1438, 2011)

Sobre lo anteriormente citado, se puede identificar o derivar una serie de procesos sobre el pago y la impresión de facturas por pago de servicios prestados:

1. Las entidades promotoras de salud una vez que se les ha presentado la factura tienen 20 días para presentar las glosas respectivas a las entidades acreedoras, estas glosas deben cumplir con lo especificado por el Ministerio de Salud y Protección Social en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008, Decreto 4747”, D.O. 47.082 de agosto 15 de 2008. , modificada por las Resoluciones 416 de 2009 “Por medio de la cual se realizan unas modificaciones a la Resolución 3047 de 2008 y se dictan otras disposiciones”, D.O. 47.272 de febrero 23 de 2009. y 4331 de 2012 “Por medio de la cual se adiciona y modifica parcialmente la Resolución número 3047 de 2008, modificada por la Resolución número 416 de 2009”, D.O. 48.651 de diciembre 21 de 2012.
2. Al radicar una factura no se puede remitir otra factura sobre el mismo concepto, salvo que se desprenda un nuevo hecho de la glosa presentada por la entidad deudora.



3. La Entidad Prestadora de servicio al recibir la glosa esta tiene 15 días para aceptar lo que ella explicita en cuanto a gastos o por el contrario no acepta, esto debe ser con justificación razonada de la EPS.
4. Recibida la respuesta a las glosas, formulada por el Prestador de Servicios de Salud, la Entidad Responsable del Pago tiene diez (10) días hábiles para decidir si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.
5. La EPS adicionalmente de los 15 días que contaba primeramente para la aceptación o no de las glosas presentadas, cuenta adicionalmente con 7 días para la subsanación de glosas que no haya levantado pero que considere que deben ser subsanadas.
6. La entidad responsable del pago se encuentra en la obligación de informar el prestador de servicios de salud la justificación de las glosas y su proporción, respecto de aquellas que no fueron levantadas, dentro del término de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta dada por el prestador de servicios de salud a las glosas formuladas inicialmente.
7. Los valores de las glosas levantadas en su totalidad o de manera parcial deben ser pagadas previo aceptación en un margen de 5 días hábiles.
8. Ya vencido los términos de la obligación de pago por parte de la EPS y continúe el desacuerdo de tales levantamientos por parte de esta y la IPS, el prestador de servicio podrá acudir a la Superintendencia Nacional de Salud para que esta dentro y en el marco de sus obligaciones legales sirva de agente conciliador.

De esta manera el pago de facturas por servicio de salud prestado está regulada por el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y, por otro, por los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, sin perjuicio de las disposiciones comerciales y tributarias aplicables.

En este sentido, el artículo 2.5.3.4.10 del Decreto 780 de 2016. Se encargó de regular los soportes de las facturas de prestación de servicios de salud, estableciéndose:

Así mismo, la entidad que este en la obligación del pago no puede, para realizar tal pago, exigir más soportes que los que se han establecido ya normativamente en los Anexo Técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008, modificada por las Resoluciones 416 de 2009 y 4331 de 2012.

Sobre las glosas y el manual único de estas, en el artículo 2.5.3.4.12 del Decreto 780 de 2016 se establece:

El Ministerio de Salud y Protección Social expedirá el Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, en el que se establecerán la denominación, codificación de las causas de glosa y de devolución de facturas, el cual es de obligatoria adopción por todas las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sobre esto, ya se había especificado en relación con las glosas, su naturaleza y devolución artículo 14 de la Resolución 3047 de 2008:

Artículo 14. Manual Único De Glosas, Devoluciones y Respuestas. La denominación y codificación de las causas de glosa, devoluciones y respuestas de que trata el artículo 22 del Decreto 4747 de 2007 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, serán las establecidas en el Anexo Técnico No. 6, el cual forma parte integral de la presente resolución. Las entidades responsables del pago no podrán crear nuevas causas de glosa o de devolución; las mismas sólo podrán establecerse mediante resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social. (Resolución 3047, 2008)

Así mismo, y en relación a lo establecido en el artículo 2.5.3.4.13 del Decreto 780 de 2016, y en concordancia a lo ya establecido en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, en relación con los intereses moratorios que surgen de la dilatación del pago de las glosas por parte de las entidades deudoras:

En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002. En el evento en que la glosa formulada resulte justificada y se haya pagado un valor por los servicios glosados, se entenderá como un valor a descontar a título de pago anticipado en cobros posteriores. De no presentarse cobros posteriores, la entidad responsable del pago tendrá derecho a la devolución del valor glosado y al reconocimiento de intereses moratorios



desde la fecha en la cual la entidad responsable del pago canceló al prestador.  
(Ley 1438, 2011)

Sobre lo anterior, podemos entonces establecer que las entidades que tienen la responsabilidad de pago no pueden expedir glosas sin fundamentos, lo que puede acarrear una sanción de carácter económico, explicando que en el desarrollo de esta situación la entidad le debería reconocer a la institución acreedora intereses moratorios, liquidados a la tasa que maneja la DIAN para tales efectos (Ley 1819, 2016).

Como punto final se establece en el artículo 2.5.3.4.14 del Decreto 780 de 2016, la regulación pertinente con el seguimiento o vigilancia de los flujos de capital para el pago de glosas, imponiendo la obligatoriedad de reportar información relacionada con el cobro, glosas y pago de servicios de salud; reporte que según el Anexo Técnico No. 8 de la Resolución 3047 de 2008, modificado por el artículo 7 de la Resolución 4331 de 2012, debe ser adoptado por las entidades responsables del pago.

Es este el proceso que se determina tanto normativamente como reglamentario en relación con el trámite de las facturas ocasionadas por la prestación de servicios de salud, entre entidades responsables del pago y prestadores de servicios de salud, por lo que cualquier forma anómala o alejamiento de estos preceptos podrá ser sancionado según el caso por la Superintendencia de Salud conforme lo señalado en el artículo 17 de la Resolución 3047 de 2008.

## **2.3. PROCESO DE CARTERA DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD Y LAS EPS**

### **2.3.1. Saneamiento contable**

En lo que respecta al saneamiento de pasivos entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y las Entidades Prestadoras de Servicios, debemos remitirnos forzosamente a los Decretos 4747 2007 y posteriormente Decreto 780 del 2016, este último modificando el primero, en el cual se plantean los mínimos o los elementos esenciales para la configuración de acuerdos de voluntades relacionadas con el pago de servicios adeudados.



Dentro de estos Decretos siempre se ha establecido que la idoneidad de los contratos entre las IPS y EPS son de obligatorio cumplimiento, y en caso de presentarse alguna polémica en cuanto al incumplimiento de alguna de las partes en relación con el pago de obligaciones estos siempre tienen una instancia de negociación o herramientas de solución de carácter voluntarias.

Y es así, sobre este presupuesto normativo, que podemos encontrar en el Decreto 1776 del 2016 la siguiente disposición:

Artículo 6 Saneamiento de los Pasivos de los Prestadores de Servicios de Salud. Para el saneamiento de los pasivos de los prestadores de servicios de salud y/o para otorgar liquidez a estas entidades con recursos del Presupuesto General de la Nación o de la Subcuenta de Garantías del Fosyga, o de la entidad que haga sus veces, se posibilitarán las consultas. “(...) si las conciliaciones entre auditores IPS y EPS se ajustan a una conciliación que preste merito ejecutivo y si esta conciliación reemplaza una audiencia de conciliación extrajudicial en derecho” siguientes alternativas financieras: a) Otorgar a las EPS líneas de crédito blandas con tasa compensada para el sector salud, las cuales estarán orientadas a generar liquidez, al financiamiento de los pasivos por servicios de salud a cargo de los responsables del pago y al saneamiento o reestructuración de los pasivos en el caso de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, independientemente de su naturaleza. Estas operaciones se realizarán a través de entidades financieras públicas, sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; b) Saneamiento directo de pasivos de las Empresas Sociales del Estado hasta el monto máximo de la cartera no pagada por las Entidades Promotoras de Salud liquidadas de conformidad con la disponibilidad de recursos para este fin, y c) Ampliar las estrategias de compra de cartera; d) Otorgar líneas de crédito blandas con tasa compensada a los prestadores de servicios de salud, independientemente de su naturaleza jurídica para generar liquidez, cuando se requiera; e) Las entidades responsables de pago deben emitir certificación de reconocimiento de deudas, la cual podrá servir de título para garantía de operaciones de crédito, entre otras. El Ministerio de Salud y Protección social establecerá el procedimiento para el efecto. (Decreto 1776, 2016)

Dentro del flujo de capital proveniente del FOSYGA, o de las entidades que por ley este realizando las funciones del mismo, esto es el recaudo de los fondos y giros señalados y explicitado artículo 31 de la Ley 1438 de 2011, que se genere podrá ser girado e manera directa al acreedor o al beneficiario referido en el artículo o podrá ser consignado en la Subcuenta de Garantías del Fosyga incluyendo los intereses generados.

El pago, giro y asignación de recursos para el pago de estas obligaciones, deberán ser registrados por todas las entidades, tanto las acreedoras o beneficiarias de la operación del crédito como las entidades de control, así mismo, queda en cabeza del área legal, contable y del representante legal tales funciones de pago.

Artículo 9. Aclaración de Cuentas y Saneamiento Contable. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y del Contributivo, independientemente de su naturaleza jurídica, el Fosyga o la entidad que haga sus veces y las entidades territoriales, cuando corresponda, deberán depurar y conciliar permanentemente las cuentas por cobrar y por pagar entre ellas, y efectuar el respectivo saneamiento contable de sus estados financieros.

Si existe algún incumplimiento en lo previsto en los artículos y Decretos antes explicitados se considera una violación directa al Sistema de Seguridad Social, y con esto al derecho fundamental a la salud, por lo que se explicitan multas en el artículo 131 de la Ley 1438 de 2011 y demás sanciones a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1. A partir de la vigencia de la presente ley la depuración y conciliación de cuentas debe realizarse en un plazo máximo de 90 días, salvo los casos en que amerite la ampliación de dicho plazo. (Subrayado fuera del texto)

PARÁGRAFO 2. La Superintendencia Nacional de Salud deberá realizar auditorías selectivas que verifiquen el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo

En sumas para que se pueda optimizar un servicio de salud y el mantenimiento del Sistema de Salud y Seguridad Social Colombiano, las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud cuenta con herramientas que han sido dispuestas para el saneamiento

y el control de obligaciones de carácter pecuniarias para el saneamiento de los pasivos del sector salud.

Así mismo, ofrece la posibilidad a las Instituciones Prestadoras de Servicio, y a cualquier actor con alguna obligación pecuniaria dentro del Sistema de Salud y Seguridad Social, la posibilidad de poder depurar sus cuenta en relación a los pasivos existentes, para lo cual los actores del SGSSS cuentan con un plazo de noventa (90) días para su realización, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, salvo en los casos que amerite la ampliación de dicho plazo.

Estos procesos de conciliación y pagos de pasivos existen actas de conciliación como lo dispuesto en Ley 446 de 1998, así:

Artículo 66. Efectos. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo. (Ley 446, 1998)

Al explicitar sobre los actores que puede fungir la función de conciliadores entre las entidades del Sistema de Seguridad Social colombiano, debemos remitirnos a lo dispuesto en la Ley 640 de 2001, que a su vez señala que existen varias clases de conciliación, esto es, la judicial y la extrajudicial.

La conciliación judicial es aquella que se realiza dentro de un proceso judicial y la extrajudicial es aquella que se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. A su vez, la conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Sobre lo anterior, las partes en conflictos pueden acudir a la jurisdicción ordinaria si los procesos de conciliación no determinan algún pago, ya que lo establecido en la Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001:

Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de Salud y Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social. (Ley 446, 1998)

## **2.4. RESPONSABILIDAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD EN LOS PROCESOS LIQUIDATORIOS**

Sobre la naturaleza de la Superintendencia Nacional de Salud este se configura como una institución de carácter técnica, la cual está adscrita al Ministerio de Salud y Seguridad Social, con descentralización administrativa por servicios, autonomía administrativa y un patrimonio independiente, en donde los objetivos de estas institución; en que se cumplan las bases funcionales del sistema de seguridad social, el financiamiento, aseguramiento, la prestación de los servicios de salud o atención pública, la atención al usuario, participación pública.

Las disposiciones funcionales de la Superintendencia Nacional de Salud son confirmadas en sentencia no 11001-03-26-000-1998-00017-00(15071) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 8 de marzo de 2007, Consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, se dictaminó que:

"...las superintendencias tienen a su cargo el ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control, en los precisos términos dispuestos por la ley, o por la delegación del Presidente, legalmente autorizada; así mismo, que tales funciones obedecen al ejercicio de la función de policía administrativa, tal y como ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado. (Sentencia N° 11001, 2007)

La función de la superintendencia nacional de salud ha sido configurada paralelamente o en base de las funciones de los cuerpos de policía, en donde tiene la función pero desde una dimensión esencialmente administrativa de ejercer una jurisdicción de carácter sancionatoria y de intervención estatal, esto con el fin de cumplir las funciones de inspección, vigilancia y control como se encuentra dispuesto en el Decreto 2462 de 2013, Artículos 18 y 19.

En lo que respecta a los sujetos o elementos dentro del sistema de seguridad social de los cuales la superintendencia tiene jurisdicción, o aquellas funciones de inspección, vigilancia y control se entiende que son a los actores o elementos activos dentro del sistema y que están explicitados en los artículos s 121 y 130 de la Ley 1438 de 2011, estos actores se especifican de la siguiente manera:

- Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y del régimen subsidiado, as Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familia en cuanto a sus actividades referentes a los servicios de salud, as Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.
- Las instituciones que fungen como Direcciones Territoriales de Salud, las cuales ejecutan funciones de aseguramiento, la inspección, vigilancia y control, la prestación de servicios de salud y demás relacionadas con el sector salud.
- Las entidades prestadoras de servicios públicos ya sean de naturaleza mixta o privadas.
- La Comisión de Regulación en Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, o quienes hagan sus veces.
- Los que programen, gestionen, recauden, distribuyan, administren, transfieran o asignen los recursos públicos y demás arbitrios rentísticos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sobre la intervención que realiza la superintendencia nacional de salud, esta explicitada en el Decreto 788 de 1998 en la cual se establece:

Ordena que las funciones de intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las Entidades Promotoras de Salud (ARS), cualquiera sea su naturaleza jurídica, se ejercerá por la Superintendencia Nacional de Salud, en armonía con lo dispuesto en el Decreto 1922 de 1994 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (Decreto 788, 1998)

Sobre la intervención de la superintendencia en cuanto a la liquidación de una entidad prestadora de servicio, explicitado en el Decreto 1922 de 1994, citamos:

Artículo 28. Definición. El Ministerio de Salud podrá intervenir o tomar posesión de las Entidades Promotoras de Salud para administrarlas transitoriamente, de



manera total o parcial, cuando se pueda afectar gravemente la prestación del servicio, sin perjuicio del proceso de disolución y liquidación que sea necesario conforme las disposiciones legales.

**Parágrafo 1.** Para decretar la intervención de que trata el presente artículo se oirá el concepto previo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y el de la Superintendencia Nacional de Salud.

Artículo 31. Intervención para liquidar. El Ministerio de Salud o la autoridad en quien éste delegue podrá intervenir o tomar posesión de una entidad promotora de salud para liquidarla cuando se le haya revocado la autorización para funcionar o haya incurrido en una causal de liquidación de conformidad con sus estatutos o con su régimen legal. (Decreto 1922, 1994)

El marco legal descrito se establece la facultad que tiene la Superintendencia Nacional de Salud para la intervención, ya sea total, parcial o de algún programa desarrollado por EPS y las administradoras del régimen subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, esto con el anterior proceso de evaluación y fijación del carácter de la falta en el servicio de salud que éstas prestan.

Entonces, se entiende a la luz de la intervención o explícitamente expedición del acto administrativo de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo entidad deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles.

Sin embargo, a pesar de que aquellas deudas u obligaciones de carácter patrimonial se hacen exigibles o son exigibles, estas no pueden ser cubiertas o saldadas por la instituciones intervenida, ya que para lograr dicho cumplimiento, este debe ser por medio de los procesos legales en cabeza de la superintendencia de salud nacional, trámites que no dependen de la voluntad ni tampoco se celebran directamente por la intervenida, sino por el funcionario liquidador designado para el efecto.

Esta intervención da como resultado un conjunto de contratos que componen los títulos ejecutivos base del recaudo, son firmados por representantes legales autorizados y por otros designados por la Superintendencia Nacional de Salud, lo que deriva, dentro de la relación de la intervención realizada existe solidaridad de la Supersalud respecto

de las obligaciones nacidas en dichos contratos por tener su origen en la respectiva intervención.

Y es dentro de esta interpretación la cual no puede ser al contrario, ya que esto estaría en contravía de los ejes funcionales de la propia intervención, además de contravenir los bases jurídicas de la contratación contemporánea, ya que en este marco de acción; la Superintendencia Nacional de Salud retira de su cargo a los administradores y lo asumen, así mismo, suscribe el contrato con el posterior interventor encargado de la liquidación.

Siguiendo la lógica de lo que representa la intervención de la superintendencia nacional de salud a la entidad liquidada, es preciso decir que la EPS intervenida y liquidada no posee ninguna actitud jurídica para ser sujeto de algún tipo de proceso, ya que no tienen ninguna obligación procesal, ni pueden asumir las cargas que se desprendan de ningún proceso de cobros de pasivos de servicio de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

No se puede pretender que la obligación se cobre a una EPS que ya está liquidada y que en su oportunidad fue intervenida por la Supersalud que representa a la Nación, que es la llamada a responder por las obligaciones surgidas con posterioridad a esas liquidaciones.

## **2.5. VIGILANCIA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LAS EPS E IPS**

La inspección de los recursos destinados a la salud por parte de la Superintendencia de Salud, se desarrolla a través del denominado grupo de seguimiento de flujo de recursos, el cual dentro de su función principal es la verificación que las Entidades Promotoras de Salud bajo su vigilancia cumplan cabalmente lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 1122 del 2007:

Todos los recursos de salud, se manejarán en las entidades territoriales mediante los fondos locales, distritales y departamentales de salud en un capítulo especial, conservando un manejo contable y presupuestal independiente y exclusivo, que



permita identificar con precisión el origen y destinación de los recursos de cada fuente. El manejo de los recursos se hará en tres cuentas maestras, con unidad de caja al interior de cada una de ellas. Estas cuentas corresponderán al recaudo y al gasto en salud pública colectiva, régimen subsidiado de salud y prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con las excepciones de algunos rubros que en salud pública colectiva o en prestación de servicios de salud en lo no cubierto por subsidios a la demanda, señale el Ministerio de la Protección Social. (Ley 1122, 2007)

Esta disposición, por supuesto, está en concordancia con lo establecido en cuanto al giro directo en las resoluciones 2320 y 4182 del 2011.

Así mismo, la Superintendencia de Salud, en concordancia con las actividades propias de vigilancia de los recursos para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, y con el objetivo de realizar un seguimiento y control a los recursos autorizados por medio de giro directo por parte de las EPS, las Empresas Sociales del Estado y las IPS de carácter mixtas o privadas que tengan una capacidad de atención mayor a 50 camas de hospitalización, estas entidades remitirán a la Superintendencia de Salud un informe entre los 15 – 22 días del mes en donde se especificara las facturas que estas le presentan ante las EPS, además, si es el caso del valor por capacitaciones por municipio que la EPS debe girar de manera anticipada.

Dentro de esta función, la Superintendencia de Salud puede y tiene la capacidad jurisdiccional y al mismo tiempo de convocar procesos de conciliación de carácter oficioso para aquellos eventos en los que algunos de los entes del sistema no cumpla con los pagos equivalentes a la prestación de servicio, capacitación o pago por evento.

Dentro del proceso de vigilancia de activos, la Superintendencia basándose en las facturas y montos establecidas por las IPS a través del Grupo de Seguimiento al Flujo de Recursos, verificara que los montos autorizados por las EPS los cuales fueron reportados por este en la plataforma PISIS del Ministerio de Salud y Protección Social correspondan a las modalidades de recursos diferenciados:



- En el caso de los pagos que no corresponden a los pagos por capitación: pago por evento, global prospectivo o por grupos relacionados por diagnósticos. El Grupo de Seguimiento al Flujo verificara que este corresponda al 50% del valor que se radica mensualmente, además, se debe verificar el saldo no glosado que han presentado exactamente el mes anterior, esto en conformidad con lo establecido en el literal d del artículo 13 de la Ley 1122 del 2007:

Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura. (Ley 1122, 2007)

- En el caso de los contratos de capacitación, el Grupo de Seguimiento al Flujo debe verificar que el 100% de los valores autorizados corresponda al valor facturados por las EPS, menos los recursos gastados propios de la Caja de Compensación que sean incorporados en la respectiva Liquidación Mensual.

Subsiguientemente a la verificación correspondiente y dentro de la semana siguiente al reporte realizado por la EPS y en concordancia con el artículo 2 de la Resolución 4182 del 2011, el cual determina:



**Artículo 2. Modifíquese el Artículo 6 de la Resolución 2320 de 2011, el cual quedará así:** Artículo 6. Reporte de información por parte de las Entidades Promotoras de Salud al Ministerio de la Protección Social o la entidad que haga sus veces. Publicado el listado de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud respecto de las cuales se haya efectuado el registro de la cuenta, las Entidades Promotoras de Salud reportarán al Ministerio de la Protección Social o la entidad que haga sus veces, a más tardar el décimo quinto (15) día hábil del mes siguiente, a través de la plataforma electrónica dispuesta para tal fin y conforme con la estructura definida en el Anexo Técnico 2 que forma parte integral de la presente resolución, el monto a girar a cada prestador en el siguiente mes, reporte que se sujetará a las siguientes condiciones: 1. Para los contratos bajo la modalidad de pago por capitación, las Entidades Promotoras de Salud reportarán el valor a girar a cada una de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, por municipio, el cual deberá corresponder al 100% del valor mensualizado de esa modalidad de contratación. 2. Para los contratos con modalidades de pago diferentes, las Entidades Promotoras de Salud reportarán el monto autorizado a girar el cual no podrá ser inferior al 50% de la sumatoria de las facturas presentadas y no devueltas por cada Institución VI Prestadora de Servicios de Salud. 3. Las EPS reportarán un único valor a girar a cada Institución Prestadora de Servicios de Salud, por modalidad de contratación. 4. Los montos a reportar como valores a girar por concepto de las distintas modalidades de contratación deberán consultar las reglas establecidas en el Artículo 8° de la presente resolución y guardar consistencia con lo consagrado en el literal d) del Artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. 5. El monto a girar a cada Institución Prestadora de Servicios de Salud, no podrá ser inferior a Un Millón de Pesos Mlete (\$1,000,000). Para efectos del reporte de la información solicitada en el Numeral 1° de este artículo, se entenderán como contratos bajo la modalidad de pago por capitación en los términos del literal a) del Artículo 4° del Decreto 4747 de 2008 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, aquellos en los que se pacte si pago de una suma fija por persona durante un periodo determinado dentro del cual tendrá derecho a acceder a un

paquete de servicios preestablecido, Parágrafo 1.- Sin perjuicio de los plazos a que alude el presente artículo para el reporte de la información por parte de las EPS, éstas deberán sujetarse en todo momento a los plazos para si pago de los servicios a los Prestadores de Servicios de Salud, contemplados en el literal d) del Artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. Parágrafo 2.- Las Entidades Promotoras de Salud serán responsables de la veracidad y consistencia de la información que reporten en el Anexo Técnico de que trata este Artículo y que forma parte integral de la presente resolución y su reporte implicará la autorización al Ministerio de la Protección Social para que efectúe el giro directo a la respectiva Institución Prestadora de Servicios de Salud, Parágrafo Transitorio. Para efecto del giro directo a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud correspondiente al mes de octubre del año 2011, las Entidades Promotoras de Salud reportarán a más tardar el día 26 de septiembre de 2011, a través de la plataforma electrónica dispuesta para tal fin y conforme con la estructura definida en el Anexo Técnico 2 que forma parte integral de la presente resolución, el monto a girar a cada prestador, con base en el listado de IPS que publicará el Ministerio de la Protección Social a más tardar el día 21 de septiembre del año 2011., respecto de las cuales se haya registrado la cuenta y que por tanto, estén habilitadas para el citado giro.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia de Salud podrá pedir, cuando sea necesario, el ajuste de los montos inicialmente remitidos y las Entidades Promotoras de Salud efectuarán los ajustes en la plataforma del PISIS dentro de los dos días siguientes a la petición.

En cuanto a los registros contables autorizados como giros de naturaleza directo con relación a las Entidades Promotoras de Salud, esta se realiza en concordancia en el artículo 4 de la Resolución 4182 del 2011:

Artículo 4. Reporte de información por parte de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Dentro de los tres (3) días hábiles Sigüientes a la publicación de los giros en la página web del Ministerio de la Protección Social o la entidad que haga sus veces,

las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado deberán remitir a cada Institución Prestadora de Servicios de Salud incluida en la relación de giros, el detalle de las facturas a las cuales se deben aplicar dichos giros. Esta información deberá ser suministrada por cada Entidad Promotora de Salud, utilizando la estructura del Registro Conjunto de Trazabilidad de la Factura establecido en el Anexo Técnico N° 8 de la Resolución 3047 de 2008 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya. La información entregada por las EPS deberá ser verificada por cada IPS, quien de encontrar diferencias respecto de cualquiera de las variables informadas, las comunicará a la EPS dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción, con el objeto de que ésta proceda dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la aclaración respectiva. Los valores que en criterio de la EPS hayan sido omitidos en la relación de giro, serán incluidos en el giro del mes siguiente. En todo caso, las diferencias en los valores se sujetarán al trámite de glosas establecido en la normatividad vigente. Aclarada la información, las IPS deberán realizar los asientos contables correspondientes, de acuerdo con la normatividad vigente. (Resolución 4182, 2011, pág. 2)

Dentro de los 3 días siguientes en cuanto a la publicación del giro directo de recursos desde el Ministerio de Salud, deberán informar a las IPS los montos del giro directo que se deberá aplicar a cada factura correspondiente, sobre la base de lo anterior, y tomando como base los reportes que la EPS realizan al Ministerio de Salud o a la Superintendencia de Salud, esta última verificará y aplicará sus controles y procesos destinados a la vigilancia.

Así mismo, y en conformidad con la circular conjunta 000030 del 2013, es propio de las funciones de la Superintendencia de Salud, vigilar que las IPS posean información contable actualizada y contable, esto en cuanto posibilita el seguimiento a la aplicación del giro de recursos y su facturación reportada, a fin de verificar que dichas entidades realicen las operaciones contables específicas con la información reportada.

## **2.6. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD FUNCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD**

Para el año 2015, la prensa colombiana dio a luz una noticia que conmocionó el sector salud nacional; según esta, el Gobierno colombiano, a través de la expedición del Decreto número 2519 del 28 de diciembre de 2015, ordenó la supresión y liquidación de la *Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom Empresa Industrial y Comercial del Estado (EICE)*, la cual había sido creada por la Ley 82 de 1912 y transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante Ley 314 de 1996, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto-ley 4107 de 2011. Es importante aclarar que Caprecom era una empresa con una extensión de cobertura que alcanzaba 950 municipios del país, además de poseer 84 IPS propias para la atención de un total de 221.994 afiliados, siendo esta una Entidad Promotora de Salud, una Institución Prestadora de Salud y en su último periodo de funcionamiento una Administradora de Régimen Subsidiado en Colombia.

Cuando se elaboró el decreto de clausura en mención, se especificó en su artículo segundo, que el plazo máximo para finiquitar el proceso de liquidación sería de doce (12) meses, contados a partir de la publicación de la decisión administrativa. Sin embargo, mediante el Decreto número 2192 de 28 de diciembre de 2016, se prorrogó el plazo para culminar la liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones hasta el día 27 de enero de 2017, un mes más.

El proceso de liquidación de Caprecom fue largo, complejo, polémico y bastante ventilado por los medios de comunicación nacional, ya que en un principio se llegó a hablar de deudas por encima de 4,7 billones de pesos y de un número total de 6.334 acreedores, los cuales fueron depurados con la revisión factura a factura (siendo 4,5 millones y medio de documentos de este tipo) hasta lograr reducir la deuda a una suma de \$747.000 millones reconocidos por el Agente liquidador designado, el abogado Andrés Felipe Negret, persona designada por el Gobierno Nacional para adelantar el proceso de liquidación de Caprecom; sin embargo, durante el proceso de apelación, los acreedores lograron subir la cifra a 1 billón 568.000 millones de pesos.

Cabe resaltar que una vez decretada la iniciación del proceso liquidatorio, se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom (PAR-CAPRECOM), el cual estaba administrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A, quienes se encargaban del avalúo de los activos, remate de bienes y pago de las acreencias reconocidas en prelación B, es decir las obligaciones que tenía la entidad con los acreedores por la prestación de los servicios de salud.

Como es de esperarse la situación en cuestión generó descontento, malestar, desconfianza y preocupación en varios sectores de la sociedad nacional, pero de manera particular en los prestadores de los servicios de salud a nivel nacional, quienes estaban a cargo de atender a la población más vulnerable en Colombia, la cual estaba configurada por comunidades vejadas, población Privada de la libertad (PPL), comunidades rurales, fuerzas militares, tercera edad, comunidades afros, raizales, palenqueras e indígenas; las cuales venían de un padecimiento en la garantía del acceso al derecho constitucional de la salud, por las diferentes barreras administrativas, debido a las dificultades en el pago a los acreedores que no permitían el acceso y la oportunidad del servicio.

Casi de la mano, el 24 de noviembre de 2015, se anunció en los medios de comunicación la expedición de la Resolución 2414 del 2015, emitida por la el Ministerio de Salud coadyuvada por la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se decidió iniciar el proceso de liquidación de la Cooperativa SALUDCOOP EPS, la cual se caracterizaba por ser la Entidad Promotora de Salud (EPS), con más de 4.6 millones de afiliados del régimen contributivo; ésta a la fecha tenía un déficit económico de alrededor de 3.6 billones de pesos, lo cual generaba un riesgo patrimonial a más de 4.000 prestadores públicos y privados, ante la falta de disponibilidad de los recursos.

Lo que aumentaba la preocupación de los acreedores, no era que no se hubiera decretado el proceso de liquidación de la EPS más grande del régimen subsidiado (Caprecom), ya que esta era de propiedad del Estado y existía una garantía para la recuperación de sus carteras; sino que también se estaba liquidando al mismo tiempo la EPS más grande del régimen contributivo (SaludCoop), la cual, al contrario de la anterior,



era de propiedad privada y no se tenía ninguna garantía de poder recuperar lo antes posible las obligaciones dinerarias pendientes.

## **CONCLUSIONES**

Se ha explicado con detalle en esta investigación que según el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia del Consejo de Estado, los particulares no estamos obligados a soportar los daños antijurídicos causados por el Estado por acción u omisión del mismo, sobre todo cuando se trata de un evidente daño especial que se le causa a los acreedores de las entidades de Salud, ya sea EPS o IPS, del régimen subsidiado o régimen contributivo, en las cuales se encuentra en proceso de liquidación la entidad.

Si el Estado, efectivamente, no realiza un buen procedimiento de liquidación, y además la entidad promotora o prestadora no tiene el dinero suficiente para pagar las deudas contenidas mediante la prestación del servicio, evidentemente debe responder por responsabilidad extracontractual. La actuación del Estado no debe causar daño antijurídico a estos acreedores, porque no están en la necesidad de soportarlo.

Lo recomendable es realizar un buen procedimiento fiscal, con mucho cuidado de analizar las glosas o facturas contenidas en el proceso, por parte de la Superintendencia de Salud, para evitar la omisión del pago de los servicios prestados a las entidades pertenecientes al sistema de salud para no caer en este daño antijurídico y revisar los estados financieros de la entidad para que pueda cubrir todas las acreencias sin perjudicar los rubros públicos con destinación diferente a la temática en cuestión. De esta forma no se perjudican los recursos públicos y se fortalece el Estado Social de Derecho y el sistema de salud colombiano.





## BIBLIOGRAFÍA

Borda Medina, C., & Hernández Moreno, C. (2001). *La Soberanía Estatal y su Alcance en el Nuevo Orden Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.  
Recuperado el 08 de octubre de 2019, de  
<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis06.pdf>

Colombia, R. d. (1991). *Constitucion politica*. Bogota, Colombia: Congreso de la Republica.

Colombia, R. d. (2016). *Ley 1819* . Bogotá, Colombia: Congreso de la República.

Corte Suprema de Justicia. (1959). *Sentencia de Inconstitucionalidad*. Colombia.  
Recuperado el 09 de octubre de 2019, de  
[http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=30004781#ver\\_30004787](http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=30004781#ver_30004787)

De Ahumada, F. (2009). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Pamplona: Aranzadi-Thomson.

Garcia, E., & Fernandez, T. (1993). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

Garcia, J. (2007). *Costos de transaccion y formas de gobernación de los servicios de consulta en Colombia* . Bogota: Cuadernos de Economía.

Henao, J. (1998). *Analisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y frances*. Bogota: Externado.

Hobbes, T. (1980). *El Leviatán o la Invención Moderna de la Razón*. Madrid: Editora Nacional. Recuperado el 08 de Octubre de 2019, de  
<http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/95-Hobbes-Leviatan%20%28completo%29.pdf>

Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Lobo, J. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. Medellin: Dike.

Locke, J. (1997). *Dos Ensayos Sobre el Gobierno Civil*. Madrid: S.L.U. ESPASA LIBROS.

Martinez, G. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogota: Temis.

Ministerio, p. s. (2011). Resolución 4182. Bogota, Cundinamarca, Colombia.

Noriega, O. C. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes. *Revista UIS Humanidades*, 77-86.

- Portocarrero, J. (2010). *La proteccion constitucional del ciudadano*. Bogota: Legis.
- Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas.
- República, C. d. (1980). Ley 95. Bogota, Colombia: Congreso de la republica.
- República, C. d. (1998). Ley 446. Bogotá, Colombia: Congreso de la republica.
- República, C. d. (2007). Ley 1122. Bogotá, Colombia: Congreso de la republica.
- República, C. d. (2011). Ley 1438. Bogotá, Colombia: Congreso de la republica.
- República, C. d. (2015). Ley 1751. Bogotá, Colombia: Congreso de la republica.
- República, P. d. (1994). Decreto 1922. Bogotá, Colombia: Presidencia de la republica.
- República, P. d. (1998). Decreto 788. Bogotá, Colombia: Presidencia de la republica.
- República, P. d. (2008). Resolución 3047. Bogotá, Colombia: Presidencia de la republica.
- República, P. d. (2016). Decreto 1776. Bogotá, Colombia: Presidencia de la republica.
- República, P. d. (2016). Decreto 780. Bogotá, Colombia: Presidencia de la republica.
- Rodriguez, L. (2017). *Derecho Administrativo Colombiano*. Bogota: Temis.
- Rousseau, J. J. (2003). *El Contrato Social*. Buenos Aires: La Pagina S.A.
- Saavedra, R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administracion publica*. Bogota: Ibañez.
- Sentencia 11945, N° 11945 (Consejo de Estado 2000).
- Sentencia 19707, N° 19707 (Consejo de Estado 2011).
- Sentencia 2 noviembre, 2 de noviembre 1960 (Consejo de Estado 02 de 11 de 1960).
- Sentencia 27 abril, Exp. 2852252 (Consejo de Estado 27 de 04 de 1989).
- Sentencia 29 julio, 29 julio 1947 (Consejo de Estado 29 de 05 de 1947).
- Sentencia 30 noviembre, 30 noviembre 1960 (Consejo de Estado 30 de 11 de 1960).
- Sentencia 30 septiembre, 30 de septiembre 1960 (Consejo de Estado 30 de 09 de 1960).
- Sentencia 5835, N° 5835 (Consejo de Estado 1990).
- Sentencia C-036, C-036 (Corte Constitucional 2006).
- Sentencia C-333, C- 333 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia C-333, C- 333 (Corte Constitucional 1996).



Sentencia C-832, C-832 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia N° 10397, N° 10397 (Consejo de Estado 07 de 05 de 1998).

Sentencia N° 10475, N° 10475 (Consejo de Estado 25 de 06 de 2016).

Sentencia N° 10731, N° 10731 (Consejo de Estado 2001).

Sentencia N° 11001, N° 11001 (Consejo de Estado 2007).

Sentencia N° 1127, N° 1127 (Consejo de Estado 2003).

Sentencia N° 11518, N° 11518 (Consejo de Estado 2000).

Sentencia N° 11764, N° 11764 (Consejo de Estado 1997).

Sentencia N° 11837, N° 11837 (Consejo de Estado 1998).

Sentencia N° 12158, N° 12158 (Consejo de Estado 2005).

Sentencia N° 15567, N° 15567 (Consejo de Estado 2017).

Sentencia N° 17145, N° 17145 (Consejo de Estado 2009).

Sentencia N° 17994, N° 17994 (Consejo de Estado 2009).

Sentencia N° 2001213, N° 2001213 (Consejo de Estado 2006).

Sentencia N° 3510, N° 3510 (Consejo de Estado 1990).

Sentencia N° 41187, N° 41187 (Consejo de Estado 2017).

Sentencia N° 41362, N° 41362 (Consejo de Estado 2005).

Sentencia N° 4655, N° 4655 (Consejo de Estado 1989).

Sentencia N° 5573, Exp. 5573 (Consejo de Estado 1989).

Sentencia N° 6334, N° 6334 (Consejo de Estado 1991).

Sentencia N° 7365, N° 7365 (Consejo de Estado 1993).

Sentencia N° 8163, N° 8163 (Consejo de Estado 1993).

Sentencia N° 9940, N° 9940 (Consejo de Estado 1996).

