

Bogotá. D.C., agosto 31 de 2021

Doctor

**GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA**

Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá

[jlato18@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jlato18@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Ciudad

**Referencia:**

Radicado: **2014-00537 (11001310501820140053700)**  
Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA  
Demandante: EPS SANITAS  
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

Llamadas en garantía: Sociedades que conformaron la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y Unión Temporal FOSYGA 2014

**Asunto: Contestación llamamiento en garantía formulado por la ADRES.**

**MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ** mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 1.077.032.324 de Subachoque-Cund, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No 184.709 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por **(i)** CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), **(ii)** SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y **(iii)** el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y en Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** y **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, me dirijo al Despacho con el fin de **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, en los siguientes términos:

## 1. ASUNTO PREVIO

### 1.1 Firma que realizó la auditoría de los recobros objeto de la presente acción:

Tal y como se advirtió en la contestación de la demanda principal y de conformidad con el anexo técnico suministrado por la ADRES “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte*” la presente acción comprende **16** recobros los cuales a su vez involucran **22 ítems**, y fueron auditados de la siguiente manera:

- **5 recobros contentivos de 9 ítems** se auditaron en su totalidad por el **Consorcio FIDUFOSYGA 2005** en mecanismos ordinarios, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011).
- **11 recobros contentivos de 13 ítems** fueron auditados exclusivamente por la **Unión Temporal Nuevo FOSYGA**, en mecanismo ordinario líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).

Cabe precisar que, si bien es cierto que las Uniones Temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014 están conformadas por las mismas sociedades, quienes para efectos de este proceso son mis representadas, cada una de ellas lo hizo en cumplimiento de distintos Contratos de Consultoría, así:

En la cláusula séptima (obligaciones generales) numeral 1° del **Contrato de Consultoría No. 055 del 23 de diciembre de 2011 celebrado entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA** y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”*.

A su vez, en el numeral 17 del aparte referido a las obligaciones de auditoría contenidas en la cláusula séptima del mencionado contrato, se estableció que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones radicadas desde el **mes de octubre de 2011**.

En cuanto a la finalización de las labores de auditoría por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debe señalarse que los últimos recobros auditados fueron aquellos radicados hasta el **31 de diciembre de 2013**, en virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda de la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, que en su tenor literal reza: *“Modificar el Plazo de ejecución en la cláusula tercera el cual quedará en los siguientes términos: El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de marzo de 2014, contado a partir de la fecha de la firma del acta de inicio. **No obstante, las labores de auditoría sobre recobros NO POS y reclamaciones ECAT se ejecutaran únicamente respecto de los recobros y reclamaciones radicadas hasta el 31 de diciembre de 2013, sin perjuicio del reconocimiento y pago de las comisiones fijas a favor del contratista a las que haya lugar por el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de marzo del mismo año. Se exceptúa de las labores de auditoría, los recobros NO POS radicados por el proceso ordinario durante el mes de diciembre de 2013, a través de los formatos MYT-01 y MYT-02.”** (Negrilla fuera de texto original).*

Vale la pena destacar que si bien es cierto el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (Prórroga No. 1 y No. 2), dicha prórroga se circunscribía a las prestaciones asociadas y requeridas para la efectiva y oportuna ejecución del proceso de reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa, según consta en el documento contentivo de la Prórroga No. 2; se reitera que de acuerdo con la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, **la Unión Temporal sólo ejerció sus labores de auditoría respecto de las reclamaciones y recobros radicados hasta el 31 de diciembre de 2013**.

En la cláusula 7.2.1 (obligaciones de generales) numeral 7.2.1.1 del Contrato de **Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014** y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, **que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014** y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.”* (Negrilla fuera del texto original)

En cuanto a la finalización del contrato inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017.

Posteriormente, el plazo de ejecución fue modificado hasta el **31 de octubre de 2018**, en los siguientes términos: *“El plazo de ejecución será hasta el **31 de octubre de 2018**, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales”*. (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, de manera respetuosa se precisa al Despacho que en la presente demanda si bien fueron llamadas en garantía las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN

SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.) como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, **tan solo la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** efectuó la auditoría de **algunos de los recobros** objeto de la presente acción, como quiera que para la época de auditoría de las solicitudes de recobro objeto de litis, la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, no había iniciado la ejecución de sus obligaciones contractuales, conforme se evidencia en el Contrato de Consultoría No 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que la presente contestación se emitirá en esos términos, teniendo en cuenta que la Unión Temporal FOSYGA 2014, no tuvo participación directa, ni indirecta en la auditoría de los recobros objeto de litis.

La anterior aclaración se realiza dejando a salvo la imposibilidad de las Uniones Temporales de comparecer a un proceso judicial en nombre de tal figura, debido a que carecen de personería jurídica, de manera que sus miembros son los que deben participar dentro del proceso, como acertadamente se hizo en el caso que ahora nos ocupa.

Por último, es importante precisar al Despacho que los contratos de consultoría celebrados entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, ya fueron liquidados el 29 de julio del 2016 y el 30 de octubre del 2020 respectivamente, y en cumplimiento de las obligaciones allí contenidas, mis representadas entregaron a la ADRES, todos los soportes físicos y magnéticos, lo cual incluye las bases de datos sobre los cuales versó la auditoría por ser de propiedad del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo anterior, toda la información relativa al actuar desplegado por la Unión Temporal en ejecución de sus obligaciones contractuales se encuentra bajo custodia única y exclusiva de ADRES por expresa disposición legal.

## 2. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

Respecto de los hechos que fundamentan el llamamiento en garantía formulado por la ADRES me pronuncio en los siguientes términos:

**AL HECHO PRIMERO. ES CIERTO**, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Primera del Contrato de Consultoría N° 055 de 2011, a la cual nos ceñimos en su tenor literal.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que el objeto contractual se desarrolló de conformidad con las obligaciones generales previstas en el mismo, entre las que se encontraba:

*“1. Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA (...).”*

Es decir que el proceso de radicación, auditoría en salud, jurídica y financiera y devolución de recobros y reclamaciones no aprobadas, debía realizarse de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y de acuerdo con los procesos y procedimientos descritos. **Por lo que su obligación contractual era auditar, bajo criterios, parámetros, directrices proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy ADRES) y según los manuales y la normatividad vigente.**

De modo que las sociedades que conformaron la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA fueron simples contratistas sin discrecionalidad alguna en el desarrollo de sus actividades, debían ceñirse a la normativa vigente y a las directrices de su entidad contratante.

**AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO**, de acuerdo con lo establecido en la cláusula séptima del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, a la cual nos atenemos en su tenor literal

**AL HECHO TERCERO: ES CIERTO**, de acuerdo con lo establecido en la cláusula décimo primera del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, a la cual nos atenemos en su tenor literal, se destaca que este tipo de cláusulas se pactan en todos los contratos estatales.

**AL HECHO CUARTO: ES CIERTO**, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Primera del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, a la cual nos ceñimos en su tenor literal.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que el objeto contractual se desarrolló de conformidad con las obligaciones generales previstas en el mismo, entre las que se encontraba:

“7.2.1.1. Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del Fosyga, con el criterio técnico necesario **y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces**, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces”. Obligación general que se reitera en lo dispuesto en el numeral 7.2.2.1.

Es decir que el proceso de radicación, auditoría en salud, jurídica y financiera y devolución de recobros y reclamaciones no aprobadas, debía realizarse de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y de acuerdo con los procesos y procedimientos descritos. **Por lo que su obligación contractual era auditar, bajo criterios, parámetros, directrices proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy ADRES) y según los manuales y la normatividad vigente.**

De modo que las sociedades que conformaron la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 fueron simples contratistas sin discrecionalidad alguna en el desarrollo de sus actividades, debían ceñirse a la normativa vigente y a las directrices de su entidad contratante.

**AL HECHO QUINTO: NO ES UN HECHO<sup>1</sup>**, Lo narrado en el presente numeral corresponde a la cita de una cláusula del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscrito entre las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social. Con salvedad de lo anterior, se precisa que:

- **ES PARCIALMENTE CIERTO.** Lo transcrito responde a lo establecido en la cláusula N° 7.2.1.30 del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, a la cual nos atenemos en su tenor literal; sin embargo, el alcance que la llamante en garantía pretende dar a esta disposición es equivocado, pues su contenido no hace referencia a una responsabilidad objetiva como la que pretende atribuir la ADRES a mis representadas al citarlas en el presente asunto.
- La responsabilidad prevista en la cláusula en cita no es de carácter objetivo, esto es, la simple condena del Ministerio de Salud y Protección Social ahora la ADRES no da lugar a la responsabilidad patrimonial de las sociedades que represento, ya que la eventual condena debe ser imputable a un error o deficiencia atribuible a la firma auditora y para tal efecto, se debe establecer la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, los cuales se resumen así: **i)** la existencia de un hecho o conducta dañosa imputable, **ii)** el daño y **iii)** el nexo de causalidad, que para el caso en concreto no se configuran, como quiera que
- Así lo demuestran (i) el apoyo técnico denominado “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte” aportado por la misma llamante en garantía, el cual da cuenta que los 16 recobros **no fueron auditados por la Unión Temporal FOSYGA 2014 en desarrollo del Contrato 043 de 2013, y (ii)** con el oficio No. 201633202015121 del 25 de octubre de 2016, radicado ante la Unión Temporal el día 27 del mencionado mes y año, en el numeral 4° del Oficio del Ministerio de Salud y Protección Social se señala que “En el medio magnético adjunto, en archivo Excel se relacionan los paquetes tramitados por cada uno de las firmas contratadas por este Ministerio para adelantar la auditoría de recobros MYT, identificados en pestañas con el número de Contrato respectivo”. De tal forma que se puede acreditar que mis representadas como integrantes de la UTF 2014 no tuvieron injerencia alguna en la auditoría.

**AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO** lo descrito en el presente numeral, no obedece a un fenómeno de la naturaleza o del comportamiento humano que tenga una consecuencia jurídica, en este caso no se trata de una circunstancia fáctica sino como cita expresa de una cláusula del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito por las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 con el Ministerio de Salud y Protección Social. No obstante, nos atenemos a lo allí estipulado, resaltando que este tipo de cláusulas se pactan en todos los contratos estatales.

**AL HECHO SÉPTIMO:** Frente a la afirmación contenida en este numeral **ES CIERTO** que la **EPS SANITAS** pretende el reconocimiento y pago de recobros por prestación de servicios que según la demandante no estaban incluidos en los planes de beneficios, 11 de los cuales en su momento se presentaron ante mis representadas como integrantes de la Unión

<sup>1</sup> Un hecho es un antecedente o la causa de una relación jurídica, el hecho es definido como un fenómeno de la naturaleza o del comportamiento humano que tiene una consecuencia jurídica, en este caso no se trata de un hecho como circunstancia fáctica sino como cita expresa de una cláusula contractual

Temporal Nuevo FOSYGA sin el cumplimiento de los requisitos normativos y por ende fueron glosados en el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera. Cabe resaltar que, conforme a la demanda instaurada por la parte actora, la única responsable del reconocimiento y pago de los citados recursos, en caso de una eventual condena, es la ADRES según las disposiciones legales y jurisprudenciales que señalan que la fuente exclusiva de financiación de estos son los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**AL HECHO OCTAVO: ES CIERTO** que la ADRES es una entidad creada por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y que entró en operación el 1° de agosto de 2017, en virtud de lo dispuesto en los Decretos No. 1429, 1432 y 2188 de 2016 y 547 de 2017. Así mismo, es cierto que como consecuencia de su creación se suprimió la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.

Debe tenerse en cuenta que con los recursos del entonces FOSYGA, hoy del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pasaron a ser administrados por la ADRES, se reconocen y pagan las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios, razón por la cual **compete exclusivamente a esa entidad efectuar el pago de los amparos solicitados, en el caso de una eventual condena declarada de conformidad con la demanda principal.**

**AL HECHO NOVENO: NO ES UN HECHO**, tan solo se alude a una disposición normativa y nos atenemos en su tenor literal a la misma. No obstante, **ES CIERTO** que los derechos y obligaciones adquiridos por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, se entienden transferidos a la ADRES, en virtud de lo consagrado en el Decreto 1429 de 2016, artículo 27.

**AL HECHO DECIMO: ES CIERTO** que los derechos y obligaciones derivados de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013 fueron subrogados a la ADRES por la supresión de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, según lo dispuesto en la Circular 0001 del 31 de julio de 2017 de la ADRES.

Respecto de la subrogación de derechos y obligaciones a la que se refiere la entidad demandante, debe señalarse que **el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, no contempla la posibilidad que mis representadas se opongan a este tipo de situaciones**, tal es así que la cláusula décimo séptima ibidem, establece “(...) *EL MINISTERIO podrá ceder los derechos y obligaciones que adquiere por este contrato en cualquier tiempo, en el evento de presentarse ajustes o modificaciones normativas en la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

**AL HECHO OCTAVO (sic): Para responder se separa:**

**a) NO ES CIERTO**, tal y como el Despacho puede corroborarlo en el escrito de demanda, la **EPS SANITAS en ningún momento censura el proceso de auditoría realizado por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA**, toda vez que la entidad demandante únicamente se limita a solicitar que el pago de los recobros que en su criterio corresponden a prestaciones no incluidas en el POS se realice por vía judicial, al haberse agotado el trámite administrativo respectivo.

Los fundamentos facticos y de derecho alegados por la parte actora, se resumen así: **a)** La EPS SANITAS cubrió efectivamente el suministro o provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos, y servicios que en su criterio no se encontraban incluidos en el POS, **b)** Los recobros objeto de la demanda fueron glosados con fundamento en la causal de glosa con código 1-03 **c)** La EPS considera se ha visto en imposibilidad de recuperar las erogaciones en las que incurrió por las prestaciones excluidas del POS y teniendo en cuenta que como resultado de los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional y las resoluciones, conceptos emitidos por diferentes autoridades públicas se dio paso a la cobertura de servicios NO POS por parte de las EPS y les otorgaron el derecho al recobro, como una forma de mantener el equilibrio económico financiero de la actividad delegada por el Estado a la EPS<sup>2</sup>.

**b)** Además, **NO ES CIERTO** que sea procedente acudir a la figura del llamamiento en garantía contemplada en el artículo 64 del Código General del Proceso, pues SANITAS EPS no esgrime que el no pago de los recobros hubiese sido por causas imputables a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, como se expuso en el literal anterior, de ahí que se le esté

---

<sup>2</sup> Folio tres del escrito de demanda.

aplicando al caso en concreto una indebida interpretación y se pretenda invocar cláusulas contractuales no aplicables al caso en concreto.

**c) NO ES CIERTO** que la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** hubiese auditado los recobros objeto de demanda, como quiera que de conformidad con la información registrada en el anexo técnico de la ADRES “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte*” la auditoría fue efectuada por parte del Consorcio FIDUFOSYGA 2005 y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.

**AL HECHO NOVENO (sic):** Pese a que lo narrado en este numeral **NO ES UN HECHO**, sino una apreciación subjetiva por parte de la apoderada de la ADRES que no está soportada en los hechos de la demanda y carece de fundamento legal y contractual, **NO ES CIERTO** que respecto de los fundamentos fácticos objeto de debate en la demanda principal, mis representadas se comprometieran a mantener indemne a la ADRES y a asumir su responsabilidad directa, como lo pretende hacer ver la llamante en garantía por las razones que a continuación se exponen:

- Si bien en los referidos contratos se pactó cláusula de indemnidad, esto no deriva en ningún modo en que las sociedades que integraron las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 se comprometieran a asumir el pago de las prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS- hoy Plan de Beneficios en Salud, que eventualmente se reconocieran en virtud de un fallo, pues el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que esta acción sea atribuible a un error de auditoría, y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que sociedades de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Se insiste que el alcance de las obligaciones de **las Uniones Temporales en su calidad de consultoras** desvirtúan cualquier posibilidad de promulgar responsabilidades de tipo objetivo o de resultado, bajo las cuales mis representadas debieran responder por diferencias de apreciación en la realización de la auditoría o “*error*” pues la existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo como el que le es propio, supone no solamente la acreditación de un error en la auditoría, sino que en su ocurrencia haya mediado culpa contractual de la Unión Temporal, aspectos que no están acreditados por la ADRES.

Se destaca que las partes suscribieron acta de liquidación bilateral de los Contratos de Consultoría 055 de 2011 y Contrato de Consultoría 043 de 2014, adicionalmente en este último se suscribió acta de transacción, en consecuencia, la indemnidad acá aludida no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representan los compromisos allí adquiridos y por los cuales las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

- En el remoto evento de una condena, esta debe realizarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES, que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS- hoy Plan de Beneficios en Salud.

La determinación del origen de estos recursos ha sido claramente definida en las normas que han previsto el trámite de los recobros, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De acuerdo con lo anterior, **no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS deba realizarse con recursos de terceros diferentes a los del SGSSS.**

- **Las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 en su calidad de contratistas del Ministerio y posteriormente de la ADRES**, circunscribieron su labor a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, atendiendo la normatividad aplicable, las instrucciones y directrices impartidas por el Contratante – en su momento Ministerio hoy ADRES-, **por lo que no le corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo a su propio patrimonio, incluso de esta forma quedó pactado en la consideración primera<sup>3</sup> del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.**
- Aunado a lo anterior, la entidad demandante al momento de presentar los recobros para el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera, no cumplió con los requisitos

<sup>3</sup> “Que de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, **las solicitudes de recobros por servicios extraordinarios no contemplados en el Plan General de Beneficios del SGSSS (Recobros NO POS) y las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (Reclamaciones ECAT), deben reconocerse y cancelarse con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga.**”

exigidos en la normatividad vigente, sin embargo, es posible que posterior a dicho proceso se presenten dos situaciones a saber; **i)** que al momento de presentar la demanda, la entidad accionante subsane los yerros que llevaron a la aplicación de las glosas en el trámite administrativo, y/o **ii)** que el Juzgado resuelva o considere que se deban cancelar los recobros en vía judicial, situación que de ninguna manera desvirtúa la obligación legal impuesta al ente ministerial citado, ahora la ADRES, de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros ni los traslada a los contratistas, en este caso a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, quien efectuó la auditoría de algunos de los recobros objeto de litis.

- Por último, la auditoría en salud, jurídica y financiera de **11** de los 16 recobros objeto de demanda efectuada por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, se llevó a cabo siguiendo estrictamente los parámetros normativos, lineamientos e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, los cuales se encuentran en las normas y actos administrativos proferidos por éste y para el caso concreto la Resolución 3099 de 2008, norma procedimental que estableció las etapas del proceso de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro.

### 3. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Actuando en nombre y representación de CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), me opongo a todas y cada una las pretensiones solicitadas por ADRES, de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho, que a continuación expongo:

**A LA PRIMERA:** La petición esbozada por la ADRES se dirige a “**citar**” a las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, nótese que no existen pretensiones adicionales frente a mis representadas, por lo que no podría exceder los términos de lo pedido por la llamante quien solo requiere nuestra comparecencia al proceso, situación que ya adelantó a partir del trámite de notificación.

Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso el presupuesto legal para la procedencia del llamamiento en garantía es que exista un derecho legal o contractual para exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir y en el caso que nos ocupa, si bien es cierto existió un Contrato de Consultoría entre el Ministerio de Salud y Protección Social, hoy ADRES y las sociedades que integraron la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, la ejecución del mismo no implicaba el pago de los recobros con recursos de terceros, es decir, la celebración del contrato no conllevó al cambio de la fuente de financiación, aunado a que la responsabilidad patrimonial pactada no implicaba el pago de las prestaciones excluidas de los planes de beneficios, pues la misma en todo momento ha sido a cargo del Estado, antes a través del FOSYGA y en la actualidad a través de la ADRES.

En este sentido, mis representadas **SE OPONEN** a la citación efectuada, por considerar que no se cumplen los supuestos fácticos para llamarlas en garantía, por cuanto no son garantes, no responden como aseguradoras, adicionalmente el pago que se pretende debe ser reconocido con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por disposición legal; y porque adicionalmente, la ADRES debe sujetarse a lo acordado en el Acta de liquidación bilateral del contrato y la transacción suscrita entre las partes, sin que le sea posible pretender indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

**A LA SEGUNDA:** La petición esbozada por la ADRES se dirige a “**citar**” a las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, nótese que no existen pretensiones adicionales frente a mis representadas, por lo que no podría exceder los términos de lo pedido por la llamante quien solo requiere nuestra comparecencia al proceso, situación que ya adelantó a partir del trámite de notificación.

Tal y como se advirtió al emitir pronunciamiento a la pretensión primera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso el presupuesto legal para la procedencia del llamamiento en garantía es que exista un derecho legal o contractual para exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir y en el caso que nos ocupa, si bien es cierto existió un Contrato de Consultoría entre el Ministerio de Salud y Protección Social, hoy ADRES y las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del mismo no implicaba el pago de los recobros con recursos de terceros, es decir, la celebración del contrato no conllevó al cambio de la fuente de financiación, aunado a que

la responsabilidad patrimonial pactada no implicaba el pago de las prestaciones excluidas de los planes de beneficios, pues la misma en todo momento ha sido a cargo del Estado, antes a través del FOSYGA y en la actualidad a través de la ADRES.

En este sentido, mis representadas **SE OPONEN** a la citación efectuada, por considerar que no se cumplen los supuestos fácticos para llamarlas en garantía, por cuanto no son garantes, no responden como aseguradoras, adicionalmente el pago que se pretende debe ser reconocido con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por disposición legal; y porque adicionalmente, la ADRES debe sujetarse a lo acordado en el Acta de liquidación bilateral del contrato y la transacción suscrita entre las partes, sin que le sea posible pretender indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

Así mismo se reitera que mis representadas como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 **NO REALIZARON LA AUDITORÍA A LOS RECOBROS OBJETO DE LA DEMANDA**, y en el caso de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA NO REALIZÓ LA AUDITORÍA DE 5 DE LOS RECOBROS DEMANDADOS, tal afirmación se puede verificar de las fechas de radicación registradas en el anexo técnico remitido por la ADRES “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte”.

#### 4. EXCEPCIONES

Además de la defensa y argumentos expuestos en la respuesta a los hechos del llamamiento en garantía, así como las que resulten probadas en el proceso, que deben ser declaradas de oficio por el Despacho de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General de Proceso, se relacionan a continuación los medios exceptivos formulados por mis representadas.

##### 4.1 EXCEPCIONES PREVIAS:

##### 4.1.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA-DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014

##### 4.1.1.1 LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y LAS SOCIEDADES QUE LAS INTEGRARON, EN VIRTUD DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA N° 043 DE 2013, NO DESPLEGARON CONDUCTA ALGUNA FRENTE A LOS RECOBROS OBJETO DE DEMANDA

La presente excepción se formula con fundamento en el **numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso**, según el cual en cuanto se encuentre acreditada la falta de legitimación en la causa de mis representadas, cualquiera fuere el estado del proceso, se puede dictar sentencia anticipada en relación con éstas, ordenando su desvinculación del proceso.

La legitimación en la causa es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho<sup>4</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha señalado que es la "*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*"<sup>5</sup>, de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Sobre el tema, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:

*“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la*

<sup>4</sup> Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: “En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente, deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandado, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

*causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.** En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....**" (Negrilla fuera de texto original).*

De conformidad con la jurisprudencia que se viene de leer la legitimación en la causa de carácter material implica la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, situación que no ocurrió en el presente asunto, frente a los **16 recobros** que contienen **22 ítems** objeto de la presente demanda, toda vez que los mismos fueron auditados por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 y la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, figuras asociativas diferentes a la Unión Temporal Fosyga 2014.

Las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, no son los sujetos llamados a responder por los hechos y presuntas vulneraciones que se plantean en la demanda frente a las pretensiones y recobros.

La ADRES pretende vincular a mis representadas como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 a la presente controversia con el fin de que estas "*a partir de la notificación personal del auto que admita el llamamiento en garantía e intervenga dentro del proceso de la referencia*"; sin embargo, no tiene en consideración que de conformidad con la información contenida en la base de datos del SGSSS y que para el caso concreto se revisa del anexo técnico "*PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte*", una de las figuras asociativas llamadas en garantía **NO AUDITÓ LOS RECOBROS** objeto de la litis, sino que estos fueron auditados de la siguiente manera:

- **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005:** realizó la auditoría a **5 recobros** que contienen **9 ítems**, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011).
- **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA:** (figura asociativa diferente a la UT Fosyga 2014, que, si bien tenía las mismas integrantes que dicha unión, cumplía obligaciones con base en un contrato de Consultoría diferente como lo fue el 055 de 2011) realizó la auditoría a **11 recobros** que contienen **13 ítems** en mecanismo ordinario líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).

Resulta necesario manifestar que los hechos de la demanda se refieren a operaciones realizadas con anterioridad a la fecha en la que la Unión Temporal FOSYGA 2014 inició la ejecución de obligaciones derivadas del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscritos con el Ministerio de Salud y Protección Social por medio del cual se obligó a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS. Por lo tanto, la vinculación de las sociedades que integran la referida Unión Temporal carece de fundamento fáctico. Por el contrario, los argumentos de la demanda van dirigidos a cuestionar las decisiones adoptadas por el Administrador de los recursos del SGSSS administrados por el FOSYGA y hoy por la ADRES.

Como se mencionó anteriormente, la Unión Temporal FOSYGA 2014, suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, **16 de diciembre de 2013** el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, dicha figura asociativa inició sus actividades contractuales formalmente en esa fecha, según consta en el Acta de Inicio la cual se adjunta al presente escrito; además, se destaca que en el parágrafo de la cláusula primera del mencionado contrato respecto del alcance del objeto se dispuso "*Las labores de auditoría en salud, jurídica y financiera requeridas se desarrollarán sobre las solicitudes de recobros NO POS y las reclamaciones ECAT que se radiquen ante el FOSYGA a partir del 1° de enero de 2014;*

*así como respecto de aquellas que por cualquier motivo no hubiesen podido culminar el trámite correspondiente con la firma contratada para adelantar dichas tareas para los recobros y reclamaciones radicados ante el mencionado Fondo, hasta el 31 de diciembre de 2013". De conformidad con lo anterior, el primer paquete de recobros auditado por la Unión Temporal FOSYGA 2014 fue el radicado en el **mes de diciembre de 2013**.*

En esa medida, los recobros respecto de los cuales la demandante reclama reconocimiento fueron presentados con anterioridad al inicio de las actividades de la Unión Temporal FOSYGA 2014. En suma, para la época durante la cual fueron presentadas y resueltas las solicitudes de recobro cuyo reconocimiento se pretende en la demanda, ni las sociedades que represento, ni la referida Unión Temporal, realizaban ninguna actividad relacionada con la auditoría de recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual **carecen de legitimación material en la causa por pasiva**.

En ese orden de ideas, al configurarse la legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas, toda vez que no son las llamadas a responder dentro de la presente controversia al haberse vinculado como llamadas en garantía, cuando ni siquiera se formulan pretensiones en su contra, ni hechos en los cuales se pueda vislumbrar su participación.

Ahora bien, con el fin de ilustrar al Despacho para resolver la presente excepción, es necesario destacar que el Ministerio de Salud (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social) en virtud a lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, ha suscrito contratos fiduciarios con diferentes consorcios, con el propósito de llevar a cabo las actividades de administración fiduciaria de recursos, junto con el desarrollo y mantenimiento del software requerido para operar el Fondo Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y las actividades propias de la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros y de reclamaciones ECAT, así:

- **Consortio FOSGA:** Por el período 1995-1997, contrato celebrado para la administración de los recursos.
- **Consortio Fiduciario FIDUSALUD:** Por el período 1997-2000, contrato celebrado para la administración de recursos.
- **Consortio FIMALUD:** Por el período 2000-2005 - Contrato de encargo fiduciario No. 255 de 2000. En principio se celebró contrato para la administración de recursos del FOSYGA, luego a través del Otro Sí No. 3, se incluyó como obligación del consorcio realizar la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.
- **Consortio FIDUFOSYGA 2005:** Por el periodo 2005-2011, se celebró el Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005, cuyo objeto fue el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 y 3260 de 2004, lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen y sustituyan. En conclusión, dicho contrato celebrado para administración de recursos y para la elaboración de la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.

Es importante precisar que el entonces Ministerio de la Protección Social a finales del año 2010 y principios de 2011, replanteó el esquema de operación del FOSYGA, con el objeto de especializar los principales procesos que se desarrollan a su interior, estos son, los relativos a la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y a la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT.

En su momento se estimó que para la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA, debía contratarse una fiduciaria que realizara las operaciones correspondientes a la administración de los recursos y se encargara del desarrollo de software requerido para operar el Fondo y a su vez garantizara el mantenimiento del Sistema de Información; y que debía suscribirse otro contrato con una firma auditora especializada en auditoría médica, económica y jurídica para la desarrollar la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT, el Ministerio de Protección Social celebró los siguientes contratos:

- **Consortio SAYP 2011:** Contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, dicho consorcio se encuentra integrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.,

FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX, cuyo objeto es el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA de acuerdo con las normas legales vigentes.

- **Unión Temporal Nuevo FOSYGA:** Contrato Consultoría No. 055 de 2011, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), cuyo objeto es realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT y las solicitudes de recobros por servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutelas u autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS.
- **Unión Temporal FOSYGA 2014:** Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), cuyo objeto es *“Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

Por otra parte, respecto de la finalización de las obligaciones contractuales por parte de la Unión Temporal FOSYGA 2014, inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017. Posteriormente, el plazo de ejecución fue modificado hasta el 31 de octubre de 2018, en los siguientes términos: *“El plazo de ejecución será hasta el 31 de octubre de 2018, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales”*.

El Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, fue liquidado el 30 de octubre de 2020, según consta en el Acta de liquidación Bilateral que se adjunta al presente escrito.

Es preciso indicar que si bien las dos Uniones Temporales estuvieron conformadas por CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS S.A.S, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A. - SERVIS S.A.S Y GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-GRUPO ASD S.A.S. para cada una de ellas se suscribieron contratos con el Ministerio de Salud y Protección Social, con objetos contractuales diferentes y para periodos concretos como se indicó líneas atrás.

En ese orden de ideas, al configurarse la falta de legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas, toda vez que no son las llamadas a responder dentro de la presente controversia al haberse formulado las pretensiones frente a una Unión Temporal que no tuvo participación en los hechos relacionados con los recobros citados que figuran en la demanda.

Aclarado lo anterior, resulta necesario insistir en la inexistencia de conducta alguna por parte de la Unión Temporal FOSYGA 2014, que se relacione con los hechos y circunstancias que se aducen frente **a los recobros involucrados en la presente demanda**, los cuales fueron auditados de manera exclusiva por el **Consortio FIDUFOSYGA 2005 y la Unión Temporal NUEVO FOSYGA**, de manera que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por ende no hay lugar a predicar ningún tipo de responsabilidad respecto de los mismos.

Por último, es importante precisar al Despacho que tal y como se advirtió en el asunto previo los contratos de consultoría celebrados entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, ya fueron liquidados el 29 de julio del 2016 y el 30 de octubre del 2020 respectivamente, y en cumplimiento de las obligaciones allí contenidas, mis representadas entregaron a la ADRES, todos los soportes físicos y magnéticos, lo cual incluye las bases de datos sobre los cuales versó la auditoría por ser de propiedad del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así las cosas, la llamante en garantía estaba en posibilidad de conocer cual o cuales firmas auditoras efectuaron la auditoría de los recobros objeto de la presente litis, esto es Consorcio FIDUFOSYGA 2005 y Unión Temporal Nuevo FOSYGA, tal y como lo informó a través del anexo técnico “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte*”, Sin embargo, pese a conocer dicha información, decidió solicitar la vinculación como llamada en garantía a Unión Temporal FOSYGA 2014, firma que no desplego acción directa ni indirecta en la auditoría de las solicitudes de recobro objeto de debate.

#### **4.1.1.2 LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y LAS SOCIEDADES QUE LAS INTEGRARON, EN VIRTUD DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA N° 055 DE 2011, NO REALIZÓ LA AUDITORÍA DE 5 RECOBROS CONTENTIVOS DE 9 ÍTEMS OBJETO DE LITIS**

Tal y como se advirtió en el acápite que antecede, la legitimación en la causa por el lado activo es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho<sup>6</sup>.

Aunado a lo anterior, la legitimación en la causa de carácter material implica la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, por lo que las sociedades integrantes de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no son los sujetos llamados a responder por los hechos y presuntas vulneraciones respecto de **5 recobros contentivos de 9 ítems**, de los 16 recobros objeto de demanda, los cuales fueron auditados de manera exclusiva por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y se detallan a continuación:

#	NÚMERO DE RECOBRO	ÍTEM	PAQUETES MYT 01-02	PAQUETES MYT 04
1	45283940	1	910	MYT04462011
2	45557005	2	1010	MYT04472011
3	45557005	3	1010	MYT04472011
4	23607923	1	910	MYT04462011
5	23607936	1	910	MYT04462011
6	46829705	1	211	MYT04502011
7	45283940	2	910	MYT04462011
8	45283940	3	910	MYT04462011
9	45557005	1	1010	MYT04472011

Lo anterior de conformidad con la información registrada en el anexo técnico suministrado por la ADRES, “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte*”.

Resulta necesario manifestar que los hechos de la demanda relacionados con los 5 recobros relacionados en precedencia, se refieren a operaciones realizadas con anterioridad y con posterioridad a la fecha en la que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA asumió la ejecución de obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Consultoría 055 de 2011, por medio del cual, se obligó a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS. Por lo tanto, la vinculación de las sociedades que integran la referida unión temporal carece de fundamento fáctico.

En suma, para la época durante la cual fueron presentadas y resueltas estas solicitudes de recobro, ni las sociedades que represento, ni la Unión Temporal que ella conforman, realizaban actividades relacionadas con la auditoría de recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, **razón por la cual no puede ser imputada responsabilidad alguna frente a dichos recobros.**

<sup>6</sup> Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: “En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandado, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”.

En ese orden de ideas, al configurarse la legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas frente a los 5 recobros auditados por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, pues no tuvieron participación en los hechos relacionados con los recobros citados que figuran en la demanda.

#### **4.1.2 FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL - IMPOSIBILIDAD DE EXAMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS REPRESENTADAS**

##### **4.1.2.1 POR LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES LLAMADAS EN GARANTÍA**

El Código Procesal del Trabajo establece en el artículo 2° la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, señalando en el artículo 4°, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que esta jurisdicción es competente para conocer de:

*“Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”*

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está compuesto por: (i) Las entidades del Estado (Ministerio de Salud y Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud), (ii) los aseguradores que son las Entidades Promotoras de Salud – EPS y las Entidades Obligadas a Compensar – EOC, y las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, y (ii) las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud - IPS y por su parte, las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, y las sociedades privadas que la conforman, esto es, CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASD S.A.S y SERVIS S.A.S., que **fueron contratistas estatales**, del Ministerio de Salud y Protección Social y posteriormente de la ADRES, **y no corresponden con ninguno de los organismos o entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

La disposición transcrita establece que la competencia se deriva de controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral que se susciten **entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras**, y, como quiera que la naturaleza jurídica de mis representadas no encaja en ninguna de las figuras citadas en la norma, no puede entonces indicarse que es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral el resolver el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES.

##### **4.1.2.2 POR LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS MANDANTES**

Las sociedades que integraron las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, eventualmente responderían frente al Ministerio de Salud y Protección Social, ahora ante la ADRES, en su calidad de contratistas del Estado y su remota responsabilidad derivaría de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio, y frente a un caso de incumplimiento contractual, el cual se desarrollaría al tenor de las normas de contratación estatal plenamente aplicables y a instancias del juez natural del contrato estatal.

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de las sociedades integrantes de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014** en la ejecución de los Contratos de Consultoría N° 055 de 2011 y 043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no de conformidad con lo dispuesto en el Contrato respectivo y con la normatividad vigente.

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. que establece el **medio de control de controversias contractuales**, en virtud del cual se tramitan los asuntos relacionados con incumplimientos en contratos estatales. Sobre el particular, a manera de ejemplo me permito citar la siguiente sentencia del Consejo de Estado<sup>7</sup>, en la que se manifestó:

*“(…) A través del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, **que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios**, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.*

*Al respecto, cabe recordar que, tal y como ocurría en vigencia del Decreto 01 de 1984 - artículo 87 -, para que una pretensión pueda ser resuelta a través del medio de control de*

<sup>7</sup> Fallo Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-36-000-2012-00403-01(46112), proferida el 10 de julio de 2013, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

*controversias contractuales, es necesario que la misma tenga por origen un contrato estatal, pues en virtud de este medio es procedente solicitar, entre otras pretensiones, la del incumplimiento del contrato y el consecuente restablecimiento y/o indemnización de perjuicios”*

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C- 388 de 1996, estableció el alcance de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de controversias contractuales indicando:

*“Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, **el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presenten en la etapa precontractual y contractual sino también en la post-contractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa, como aparece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, que es objeto de acusación parcial en este proceso.**” (Negrillas fuera de texto)*

En este sentido, debe recordarse que la Constitución Política prevé expresamente en el artículo 29 que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en sentencias como la C-755 de 2013, como que no basta con ser juzgado por un juez, sino que el juez que conoce del asunto debe contar con la competencia para resolverlo.

En el presente caso, el obligado a responder legalmente es el Ministerio de Salud y Protección Legal, hoy la ADRES y no mis mandantes; la responsabilidad de las personas jurídicas que represento solo puede devenir del incumplimiento del contrato estatal, de manera que la norma prevista no atribuye competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de estos asuntos.

Finalmente, es importante resaltar que el hecho de que se haya atribuido la competencia a los jueces laborales para conocer de los asuntos propios de la seguridad social integral frente a la relación del afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadores de servicios de salud o de seguridad social integral, y que en virtud de lo anterior conozca de los conflictos relacionados con el no reconocimiento de los recobros y reclamaciones presentadas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto no hace extensiva la competencia para establecer condenas en contra de mis representadas, quienes se reitera, no hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral y cumplieron sus obligaciones contractuales de conformidad con el contrato suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social.

En conclusión, el derecho al debido proceso incorpora la garantía de ser juzgado por quien legalmente es competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, lo que a su vez se relaciona con el derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio (Corte Constitucional. sentencia C-537 de 2016), situación que sólo se garantiza si mis representadas son juzgadas ante la autoridad competente, con el procedimiento correspondiente.

De conformidad con lo expresado, existe falta de competencia por parte del juez laboral para examinar la responsabilidad de mis representadas y condenarlas en virtud de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada en cumplimiento del Contrato de Consultoría N° 055 de 2011, lo que conlleva el rechazo del llamamiento presentado por la ADRES. **Precisando que la Unión Temporal FOSYGA 2014 no efectuó la auditoría de ninguno de los recobros objeto de demanda.**

#### **4.1.3 CLÁUSULA COMPROMISORIA**

En el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, el cual sirve de fundamento al llamamiento en garantía, se pactó cláusula compromisoria que sometía al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que eventualmente se presentaran en su ejecución, (menos aún, cuando existe acta de liquidación bilateral del contrato), en consecuencia, la Jurisdicción Ordinaria Laboral no puede emitir pronunciamiento alguno sobre la controversia que ahora nos ocupa.

El artículo 3° de la Ley 1563 de 2012, define el pacto arbitral como un negocio jurídico en virtud del cual las partes deciden someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El párrafo tercero de la referida norma prevé que *“Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la*

existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

En materia contractual no debe pasarse por alto la premisa que el contrato es ley para las partes, y por lo tanto, lo acordado por ellas es obligatorio y vinculante, en ese sentido, se evidencia que la ADRES desatendió uno de los aspectos acordados, pues el referido acuerdo contiene una **cláusula compromisoria**, en virtud de la cual ante alguna diferencia de las partes en cuanto a la ejecución y liquidación del contrato, éstas acudirían ante un Tribunal de Arbitramento para su resolución. Su tenor literal, como se transcribió en la respuesta al Hecho Octavo, es el siguiente:

**“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. CLAUSULA COMPROMISORIA:** *Las partes contratantes acuerdan que toda controversia o diferencia relativa a la ejecución y liquidación de este contrato, se intentará resolver, en primer lugar, mediante arreglo directo, entre las partes. En el evento en las partes, no pudiesen solucionar la diferencia mediante arreglo directo, en un periodo de tiempo que no podrá superar sesenta (60) días contados a partir del momento en que cualquiera de ellas manifiestan su existencia, está se someterá y resolverá por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres (3) árbitros, que decidirá en derecho y se sujetará al reglamento de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como a las siguientes reglas:*

18.1. Los Árbitros serán elegidos de común acuerdo por las partes de la lista que para tal efecto lleve el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

18.2. A falta de dicho acuerdo, o en el evento en que una de las partes no asista o éstas no lo designen dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes a la radicación de la solicitud de convocatoria, por cualquiera de las partes, en el mencionado Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición, se entenderá que aquéllas delegan su designación al Director del Centro, la cual se hará mediante sorteo efectuado entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el mismo.

18.3. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en la ley 1563 de 2012 y las demás normas concordantes que la modifiquen, adicionen o sustituyan y que se encuentren vigentes al momento de la convocatoria.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

El llamado en garantía para alegar la existencia de la cláusula compromisoria cuenta con dos vías, (i) **interponer los recursos pertinentes contra el auto por medio del cual se vinculó al proceso, como en efecto se hizo pero que fue considerado por el Despacho como improcedente, o (ii) proponerla como excepción previa en la contestación del llamamiento en garantía** y, en virtud de lo anterior, formulo esta excepción en defensa de los intereses de mis representadas.

Sobre el tema, el Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Unitaria Civil – Familia de Pereira, Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo, mediante auto del 5 de mayo de 2017, Expediente: 66001-31-03-004-2015-00299-01, señaló:

*“(…)3. El llamamiento en garantía ha sido una opción que de antaño les ha permitido a las partes, demandante o demandada, citar al proceso a quien, por una relación legal o contractual, se le pueda exigir la indemnización del perjuicio que la parte llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, para que en el mismo proceso se resuelva esa relación sustancial. Así lo indica el artículo 57 del C. de P. Civil.*

*Esta especial figura permite, como muchas otras del ordenamiento procesal, poner de relieve el factor de conexidad, pues es evidente que, propuesta, se puede llegar al final, en la sentencia, a resolver dos procesos: el que existe entre demandante y demandado, y en caso de que este último sea condenado, el vínculo entre el llamante y el llamado. Se permite, entonces, que por virtud de la facultad que la ley ofrece al demandante o al demandado, que es el que, en general, hace uso de esa facultad, se formule una pretensión específica contra quien, sin necesidad de ser demandado, acude al proceso, producto del llamamiento, con el fin de que se dilucide la relación sustancial que pueda existir entre él y quien lo cita. Corresponde al juez, por tanto, determinar si la reclamación que se le hace para salir al cubrimiento de la indemnización que se le imponga al demandado en el proceso, es viable o no, de acuerdo con el derecho legal o contractual que se disputa.*

*Y ¿qué significa contestarlo? Que puede ejercer su derecho de defensa frente a quien lo cita, como si fuera su demandado, lo que implica que en su respuesta cabe proponer excepciones, y estas admiten ser de mérito o previas. Adicionalmente, se abre la posibilidad de atacar, **por vía de recursos, el auto que ordenó citarlo al proceso, y por este medio, sería viable, entre otras cosas, discutir aspectos que también pudo haber alegado como excepción previa.***

*Por ejemplo, para ajustarnos a este caso, el artículo 97 del CPC, contempla, entre otras, **la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria; pero no es la única forma de discutir la existencia de un pacto arbitral; también se lograría ese cometido, según se dijo, interponiendo contra el auto de admisión del llamamiento, los recursos pertinentes, fundados en que existe una cláusula compromisoria o un compromiso. Dicho de otra manera, como se trata de una persona que puede ejercer todos los medios de defensa a que tiene derecho la parte que lo convoca, resulta perfectamente viable invocar la cláusula compromisorio, ya sea atacando el llamamiento a través de los recursos legales, como aquí acontece, o bien invocando la excepción previa del caso.***

En esa misma providencia sobre la cláusula compromisoria se dijo:

*(...) 5. Hechas estas precisiones, lo que queda es definir si, como pregonaba el recurrente, el llamamiento en garantía en este asunto es inviable, por la preexistencia de una cláusula compromisoria.*

*A decir verdad, tiene razón. No obstante que todos los requisitos se cumplen a cabalidad para que el llamamiento sea aceptado por la juez, es indiscutible que en el contrato suscrito entre la entidad demandada y el llamado en garantía (folios 8 a 14, c. ppal. de copias), se pactó que:*

*Las partes se comprometen irrevocablemente a que cualquier controversia que surja directa o indirectamente en relación a la interpretación, vigencia, cumplimiento o terminación del presente convenio y de las normas legales que le fueren aplicables, se resolverá en primera instancia en forma amigable, y de no existir acuerdo, se someterá a la decisión de árbitros, designados uno por cada una de las partes y un tercero nombrado por el Presidente de la Cámara de Comercio de Pereira, o por quien haga sus veces. El tribunal fallará en derecho dentro de los dos (2) meses siguientes a su instalación y en caso de que una de las partes no hiciera la designación de árbitro que le corresponda también la hará el Presidente de la Cámara de Comercio.*

*Ello, con fundamento, primero, en una norma de rango superior contenida en la Constitución Política que en su artículo 116 prevé que "...los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Y, segundo, en las reglas del Decreto 1818 de 1998, a la sazón vigente, que recogió las normas sobre arbitramento, según las cuales, por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces (art. 117).*

*Si ello es así, como evidentemente lo es, **no queda duda de que la voluntad expresa y deliberada de las partes fue sustraer del conocimiento de los jueces ordinarios el trámite y decisión de un eventual litigio que entre ellas pudiera suscitarse, entre otras cosas, por el cumplimiento del contrato, para asignárselo a unos árbitros. Allí está, precisamente la relación sustancial entre las partes, que, eventualmente, tendría que definirse en la sentencia, pues para imputar cargas económicas al llamado en garantía, tendrían que analizarse los términos del convenio, concretamente las obligaciones contraídas, en procura de establecer si se acataron o no.***

*En ese orden de ideas, poco favor se le haría al proceso si se admitiera el llamamiento, para que al final, en el caso de una sentencia desfavorable a la entidad convocante, se tenga que concluir que por existir una cláusula compromisoria, puesta de presente por el médico llamado en garantía, el juez carece de jurisdicción para adoptar una decisión de fondo.*

*(...) 6. **Se puede concluir, entonces, que entre llamante y llamado existe una convención de por medio, en la que se involucró un pacto arbitral (cláusula compromisoria), que sustrae de la jurisdicción ordinaria toda polémica que entre ellos pueda surgir por causa del cumplimiento del contrato; además, ese acuerdo fue alegado por el llamado en garantía, con lo que salta a la vista que no renunció a sus efectos.***

*Y como ya quedó visto que tal acuerdo puede hacerse valer como excepción previa, o por medio de los recursos ordinarios que la ley prevé, que es el mecanismo al que ha acudido el llamado, no queda alternativa diferente a la de revocar el auto protestado para, en su lugar, rechazar por falta de jurisdicción el llamamiento en garantía formulado por la Caja de Compensación Familiar de Risaralda -Comfamiliar- al médico Luis Javier Villota Gómez, por existir una cláusula compromisoria entre ellos. (Negrilla fuera de texto original).*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente RODRIGO UPRIMNY YEPES, precisó:

*"(...) La excepción de compromiso o cláusula compromisoria es una excepción que surge o*

*se origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato. Así, resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia. Por consiguiente, la excepción descrita le permite al demandado alegar la existencia de esta cláusula dentro del proceso, a fin de desvirtuar la competencia funcional del juez ordinario para conocer del asunto, y llevar el conflicto a instancias del tribunal de arbitramento previamente pactado para el efecto (...)*"

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de junio de 2016, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco, radicado: 11001-31-03-019-2008-00247-01 al señalar que:

*"(...) la posición de la Corte Suprema en este proveído es la de entender que **la existencia de un pacto arbitral inhibe al juez para conocer de un asunto que tenga campo de acción en el mencionado convenio, y que la actuación de la autoridad judicial no supone falta de jurisdicción si de no existir el convenio era esa jurisdicción la llamada a conocer del asunto**"* (Negrilla fuera de texto original).

**Por lo tanto, ante la existencia de la cláusula compromisoria, se excluye la competencia del Juez Ordinario Laboral, pues quien debe conocer del asunto es el Tribunal de Arbitramento.**

En resumen, como quiera que la responsabilidad de mis representadas involucra una controversia o diferencia en la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 con el llamante en garantía, el juez laboral carece de competencia para conocer del asunto en contra de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014.

#### **4.1.3.1 NATURALEZA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INVOCADA.**

Por una parte, de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscrito entre mis representadas y el Ministerio de Salud y Protección Social, éstas fungieron como contratistas del ente ministerial y su labor se circunscribió a realizar la auditoría de las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes ante el entonces FOSYGA, lo que permite inferir que la relación que se predica en este caso se deriva de un **contrato de consultoría estatal** y no una relación de laboral que desencadene un conflicto de carácter individual o colectivo.

Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura ha señalado que las controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones presuntamente no incluidas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS), se enmarcan en las referidas en el numeral 4 del artículo 2 del C.P.T.S.S., por tratarse de conflictos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto no responden a controversias de carácter colectivo derivadas de una relación laboral, y por ello no se puede atribuir la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral frente al llamamiento en garantía, precisamente por la existencia de una cláusula compromisoria.

En consecuencia, no es dable exigir respecto de mis representadas el requisito establecido en el artículo 131 del C.P.T.S.S., el cual precisa que: *"La cláusula compromisoria sólo tendrá validez cuando conste en convención o pacto colectivo, y el compromiso cuando conste en cualquier otro documento otorgado por las partes con posterioridad al surgimiento de la controversia"*, toda vez que esta disposición se refiere única y exclusivamente a **conflictos de carácter colectivo surgidos en relaciones laborales.**

Por último, acorde con el principio general del derecho por el cual *"nadie está obligado a lo imposible"*, al no versar el presente conflicto sobre un asunto de carácter laboral individual o colectivo, no es viable requerir que la cláusula compromisoria se pactara en convención o pacto colectivo, pues esta se acordó en el único documento viable en materia de contratación, esto es, en el Contrato, que en este caso es el de Consultoría 043 de 2013, incluso no tener en cuenta dicho pacto de resolución de conflictos, es una vulneración al acuerdo de voluntades que constituye ley para las partes.

#### 4.1.4 INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES – AUSENCIA DE PRETENSIONES

La figura del llamamiento en garantía no se encuentra expresamente regulada en el Código de Procedimiento Laboral, en consecuencia, es pertinente acudir a las previsiones del Código General del Proceso, por remisión expresa del artículo 145 del referido Estatuto.

El artículo 65 del Código General del Proceso, en cuanto a los requisitos del llamamiento en garantía dispone: ***“La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables”*** Por su parte, el artículo 82 del Código General del Proceso, señala que, salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir un listado de requisitos, entre los cuales, se destaca el contenido en el numeral 4º *“lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad”*. **No obstante, el escrito del llamamiento en garantía presentado por el apoderado judicial de la ADRES no contiene pretensiones descritas de manera clara y precisa.**

Como quiera que **lo pretendido por parte de la llamante en garantía carece de claridad, constituyendo una solicitud etérea** por cuanto la misma únicamente hace alusión a que se ***“cite”*** a las sociedades integrantes de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 con la finalidad de que intervengan en el proceso.

Incluso, bajo los requisitos de la demanda contemplados en el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral, el escrito de llamamiento presentado por la ADRES tampoco reúne el previsto en el numeral 6º ***“Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado”***, como quiera que la ADRES no realiza pretensiones.

En ese orden de ideas, si bien el juez está facultado para interpretar la demanda y buscar un pronunciamiento de fondo, en el presente asunto el operador judicial no puede llegar a suponer las pretensiones del llamamiento en garantía, defecto que se torna insubsanable, de ahí que la excepción deba declararse probada y terminarse el proceso en lo que se refiere a mis representadas.

#### 4.1.5 EXCEPCIÓN QUE DA LUGAR A SENTENCIA ANTICIPADA:

##### 4.1.5.1 CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR PARTE DE LA ADRES FRENTE A LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA.

Como quiera que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 90 del C.G.P. por no existir disposición expresa en materia laboral que trate del rechazo de la demanda cuando carezca de jurisdicción o competencia, o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla, y por tratarse de un asunto de presunta responsabilidad de mi representada resultan aplicables las normas previstas en controversias contractuales con el Estado y en tal sentido debe computarse el término de caducidad de la acción respecto de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.

Vale la pena resaltar que el artículo 64 del C.G.P establece que: *“(…) quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva... podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”*. Es decir, la norma en cita permite formular llamamiento en garantía para los casos en los cuales existe obligación legal o contractual de garantizar la indemnización de un perjuicio o el reembolso del pago que debe realizarse con ocasión de una condena judicial, para que se decida sobre la relación del garante y el garantizado en el mismo proceso.

En ese orden de ideas, la figura del llamamiento en garantía constituye una modalidad de demanda a la coparte, la cual se utiliza en virtud del principio de economía procesal para resolver bajo un mismo proceso un asunto que podría ser objeto de diversos procesos.

En el caso que nos ocupa la ADRES formula llamamiento en garantía en contra de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA por considerar que en virtud del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, dicha figura debe responder por los errores o deficiencias ocurridas en el proceso de auditoría, es decir, la controversia entre la ADRES y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, tiene una connotación de carácter contractual, en esa medida, y pese a que el Juez Laboral conozca de la demanda principal a través de un proceso ordinario laboral, para efectos, de decidir sobre la admisión del llamamiento en garantía (demanda de coparte) realizado a la referida Unión Temporal debe ineludiblemente dar aplicación a las normas contenidas en

el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo y en especial lo referente al término de caducidad para ejercer las acciones de tipo contractual y demás normas que resulten aplicables.

En consideración a que el llamamiento en garantía constituye una demanda de coparte, es un requisito sine qua non para su admisión determinar si ha operado el fenómeno de la caducidad, so pena de rechazo de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del C.P.A.C.A., para tal efecto, es necesario remitirse a los términos de caducidad previstos en el artículo 164 de la referida norma. Sobre las controversias contractuales dicha disposición prevé en su tenor literal lo siguiente:

*“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:*

*“(…) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:”*

*(…) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.*

*En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

*i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*

*iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

*iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe; (…)”*

Bajo el contexto normativo antes expuesto, para el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 requería liquidación, y que está en efecto se llevó a cabo de común acuerdo el 29 de julio de 2016, el término de caducidad es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la firma de dicha acta, oportunidad que feneció el 30 de julio de 2018, en consideración a que el llamamiento en garantía tan sólo fue presentado y admitido el 08 de octubre de 2020 y notificado a mis representadas el día 21 de octubre de 2020, actuaciones que se surtieron cuando ya había acaecido el fenómeno de la caducidad.

Desconocer los términos de caducidad que tenía el Ministerio de Salud y Protección Social y posteriormente la ADRES para elevar acciones en contra de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, en virtud de la ejecución del referido contrato y el desarrollo del proceso laboral por el cual nos convocaron en calidad de llamados en garantía involucraría el desconocimiento al debido proceso de mis representadas y a la seguridad jurídica, al modificar términos legales en los cuales podía discutir la responsabilidad de la Unión Temporal. Además, debe advertirse que las obligaciones derivadas de la ejecución del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, no tiene el carácter de perpetuas o indefinidas, pues de estimarlas así se atenta abiertamente contra el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el artículo 278 del Código General del Proceso, dispone:

*“ARTÍCULO 278. CLASES DE PROVIDENCIAS. Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.*

*Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias.*

*En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:*

*1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.*

*2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.*

*3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.”*

*Conforme se indica en el numeral 3° del artículo 278 del C.G.P aplicable por remisión del artículo 145 del C.PT y de la S.S. probada la excepción de caducidad el juez deberá dictar sentencia anticipada total frente a mis representadas.*

## 4.2 EXCEPCIONES DE MÉRITO

### 4.2.1 EXIGENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA DECISIÓN IMPARTIDA, IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA Y DE MODIFICACIÓN DE LA CAUSA PETENDI

El principio de congruencia es una garantía del debido proceso y concretamente del derecho de contradicción y defensa. En esencia, las autoridades jurisdiccionales no pueden adoptar decisiones por fuera del marco fijado por las pretensiones y excepciones de las partes.

Sobre el principio de congruencia, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido lo siguiente:

*“Para ello importa recordar, en primer lugar, que siempre ha sido una preocupación de esta Sala de Casación Laboral la de velar por el respeto y la observancia del debido proceso y la buena fe en sus distintas expresiones.*

*Sobre esa base, en innumerables oportunidades esta Corporación ha considerado que **las partes no pueden introducir al proceso hechos nuevos a los planteados en la demanda o su contestación, dado que sobre esos actos se asienta la relación jurídico-procesal y el objeto del litigio.** Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 2 mar. 2007, rad. 28174, dijo:*

*Este argumento no fue expuesto por la accionada al contestar la demanda, constituyendo un hecho nuevo, una variación del objeto del litio y, en consecuencia, una vulneración de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, toda vez que la parte actora no tuvo, desde un comienzo, la oportunidad de controvertir el argumento que ahora invoca.*

*(...)*

*Desde esta perspectiva, se ha considerado que ese camino que las partes desde un inicio le trazan al juez y sobre el cual recíprocamente –demandante y demandado- depositan su **confianza en el sentido que no se incluirán en el proceso sorpresivamente elementos diferentes a los que motivaron la petición de justicia al Estado y la formulación de la defensa, debe ser respetado por el funcionario judicial al momento de adoptar su decisión, procurando que ésta sea congruente “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda” (art. 305 C.P.C.) y se refiera “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55 L. 270 de 1996).***

*En este contexto, en el presente asunto es evidente que **el Tribunal desconoció dicho postulado de congruencia pues dictó una providencia al margen del asunto que ab initio le habían planteado las partes.**<sup>8</sup>*

De conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y de conformidad con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, así mismo, no se podrá condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Según lo manifestado por la H. Corte Constitucional, en sentencia como la T- 455 de 2016, M.P.: Alejandro Linares Cantillo, dicho principio se traduce en una garantía del derecho al debido proceso, pues implica que el juez solo se pronuncie respecto de lo discutido y no falle ni extra ni ultra petita y advierte que, si el operador judicial desconoce este principio, se puede configurar una vía de hecho.

En aplicación del principio citado, como quiera que la ADRES en las pretensiones del llamamiento en garantía se limitó a citar a mis representadas, pero **no expresa lo que persigue con la demanda impetrada en contra de esta**, al Despacho no le queda otro camino que absolver a mi representada de cualquier tipo de condena, pues se reitera, la demandante ADRES ni siquiera indicó qué pretensión declarativa o de condena se dirigía en su contra.

Ahora bien, resulta preciso hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y a su imposibilidad de aplicación en el litigio de la referencia para evitar interpretaciones contrarias a lo dispuesto en dicha normatividad, que en su tenor literal dispone: *“el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con*

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL17447 del 24 de septiembre de 2014. Rad. 43787.

la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”. En este sentido, no resulta aplicable dicha disposición en conflictos generados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues esta se encuentra limitada a conflictos de naturaleza laboral, trabajador – empleador en los que se adeuden salarios, prestaciones o indemnizaciones, sin que se pueda hacer extensiva dicha disposición al conflicto aquí tratado.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-15211 de 2017, Radicación N° 1001-31-03-019-2011-00224-01 del 26 de septiembre de 2017, expresó:

*“4. En todo caso, si en gracia de discusión se sostuviera que era necesario desentrañar el alcance de la pretensión bajo estudio, es claro que en desarrollo de esta obligación el juzgador no podía corregir la causa petendi o las pretensiones, pues su competencia no llega hasta modificar o reformar lo que fue objeto de pedimento.*

*Sostiene la jurisprudencia que:*

*“... Cuando la demanda no ofrece la claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del petitum, o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal. Empero, no puede el sentenciador, dentro de la facultad que tiene para interpretar la demanda y, por ende, determinar el recto sentido de la misma, moverse ad libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. **Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente** (G.J. CCXVI, 520) (CSJ, SC, 1 sep. 1995, Expediente N° 4489).” (Negrilla fuera del texto original)*

De igual forma, conforme al numeral 5 artículo 42 del C.G.P aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T y de la S.S. en materia laboral, el juez tiene como deber:

*“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. **Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia**”.*

En este sentido, el juez no puede actuar por fuera del marco del principio de congruencia, subsanando los defectos en que hubiere incurrido por parte de la llamante en garantía pues si bien está facultado para interpretar la demanda y buscar un pronunciamiento de fondo, no puede llegar a suponer las pretensiones del llamamiento en garantía, defecto que se torna insubsanable, de ahí que no pueda declararse ninguna condena en contra de mis representadas con base en el llamamiento en garantía formulado.

Por lo anterior, el presente asunto se debe resolver teniendo en cuenta que la causa petendi incoada por la ADRES en este caso hace alusión a “citar” a mis representadas para que intervengan en el proceso sin pretensiones adicionales o condenatorias, de lo contrario, abiertamente se vulneraría el principio de congruencia e incluso el de imparcialidad, pues prácticamente entraría a subsanar todos los yerros jurídicos en que incurrió una de las partes.

#### **4.2.2 LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO A LA FIRMA QUE AUDITÓ LOS RECOBROS EN EL PRESENTE ASUNTO**

De acuerdo con la información contenida en el anexo técnico emitido por la ADRES denominado: “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte”, que se anexa al presente escrito, se tiene que los **16 recobros** que contienen **22 ítems objeto de la demanda NO fueron auditados por la Unión Temporal FOSYGA 2014** integrada por las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.), sino por las figuras asociativas que se relacionan a continuación:

- **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005:** realizó la auditoría a **5 recobros** que contienen **9 ítems**, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011).

- **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA:** realizó la auditoría a **11 recobros** que contienen **13 ítems** en mecanismo ordinario líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objección a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).

Si bien es cierto, **las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014** están conformadas por las sociedades comerciales antes mencionadas, **cada una de ellas se constituyó en cumplimiento de distintos Contratos de Consultoría** para unos períodos determinados, así:

- **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA – CONTRATO DE CONSULTORÍA N° 055 de 2011**

En el numeral 1° de la cláusula séptima del **Contrato de Consultoría N° 055 del 23 de diciembre de 2011** se estableció dentro de las obligaciones generales la de: *“Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”.*

Si bien el contrato se prorrogó hasta diciembre de 2014, solo se adelantaron actividades de auditoría hasta diciembre de 2013. El contrato se liquidó el 29 de julio de 2016, según consta en el Acta de liquidación bilateral y en la certificación expedida el 16 de agosto de 2016.

- **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 – CONTRATO DE CONSULTORÍA N° 043 DE 2013**

El numeral 7.2.1.1 de la cláusula 7.2.1 del Contrato de **Consultoría N° 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014** y el Ministerio de Salud y Protección Social, estipuló dentro de las obligaciones de generales la de: *“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, **que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014** y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.”* (Negrilla y subrayado fuera del texto original). Este contrato se liquidó bilateralmente el día 30 de octubre de 2020.

Así las cosas, como quiera que el llamamiento en garantía se realizó frente a las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, pero esta última figura asociativa **NO auditado** ninguno de los recobros objeto de debate, el trámite procesal se debe circunscribir respecto a las obligaciones adquiridas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA respecto al Contrato de Consultoría N° 055 de 2011.

#### **4.2.3 SOBRE LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PACTADA EN EL CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013**

En el marco de la responsabilidad subjetiva aplicable a mis representadas, para efectos de analizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es necesario que se configuren los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, esto es: **i)** la existencia de un hecho o conducta dañosa imputable, **ii)** el daño y **iii)** el nexo de causalidad, que para el caso en concreto no se configuran, como quiera que la Unión Temporal FOSYGA 2014 no desplegó conducta alguna en la auditoría de los recobros objeto de litis.

Si bien dentro de las obligaciones generales del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, se encuentra la contenida en el numeral 7.2.1.30 la cual establece *“Responder patrimonialmente cuando el FOSYGA y/o el Ministerio, o quien haga sus veces, sea condenado judicialmente por eventuales errores o deficiencias atribuibles al Contratista”* su alcance no es el pretendido por la ADRES, por las siguientes razones:

##### **4.2.3.1 La naturaleza de las obligaciones del Contrato de Consultoría.**

Según la tipología del contrato definida por el Ministerio de Salud y Protección Social esto es el Contrato N° 043 de 2013, fue la de una consultoría en los términos del artículo 32 de

la Ley 80 de 1993. Así se indica claramente en el encabezado del Contrato y se manifestó, entre otros, en los estudios previos del proceso de contratación, de la siguiente forma:

*“7.3. Identificación del contrato a celebrar. El contrato resultante del presente proceso de selección es de consultoría, el cual se rige en su integridad por las normas de Contratación de la Administración Pública”*

En consecuencia, la eventual responsabilidad de la Unión Temporal debe evaluarse bajo la óptica propia de la naturaleza de las obligaciones de un consultor, cuyo comportamiento y forma de ejecución de las actividades contractuales a su cargo implicaba la realización de conductas encaminadas al adecuado cumplimiento de sus obligaciones, las cuales tenían como característica propia de su esencia, el ser de medio y no de resultado.

#### **4.2.3.2 El régimen de responsabilidad aplicable a la Unión Temporal en su calidad de consultor es eminentemente subjetivo**

Con ello se desvirtúa de forma clara cualquier posibilidad de predicar responsabilidades de tipo objetivo u obligaciones de resultado bajo las cuales mis representadas debieran responder por cualquier tipo de “error” o diferencias de apreciación en la realización de la auditoría. La existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo supone no solamente la acreditación de un error en la auditoría sino también que en la ocurrencia de este haya mediado culpa contractual de la Unión Temporal, en la medida en que esta sea el eje central del análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, aspectos que no fueron acreditados por la ADRES, máxime cuando esta Unión Temporal no llevó a cabo la auditoría de los recobros objeto de litis.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa y conforme al anexo técnico emitido por la ADRES “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANTAS\_Reporte*”, los recobros objeto de la demanda principal fueron auditados por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 y por la Unión Temporal NUEVO FOSYGA y en ningún momento por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 una de las figuras asociativas llamadas en garantía por la ADRES, frente a la cual se admitió el llamamiento en garantía por el Despacho.

Independiente de lo mencionado, se reitera que la naturaleza misma de la actividad que ejecutaba la Unión Temporal FOSYGA 2014, su propio carácter de consultor y la problemática asociada al marco jurídico que debía ser implementado para efectos de la auditoría, generan profundas contradicciones con el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES, pues prácticamente se pretende imponer obligaciones de resultado que no fueron ni siquiera adquiridas para el caso concreto, reforzado bajo el supuesto de una inexistente garantía de auditoría que a su juicio debía ser ejecutada con criterios cualitativos del 100%.

#### **4.2.2. COSA JUZGADA - ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO 055 DE 2011, INCORPORA TRANSACCIÓN Y DECLARATORIA DE PAZ Y SALVO**

La liquidación bilateral del contrato ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, el cual corresponde a la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello, el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución (...) La liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial<sup>9</sup>.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se dispuso que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

En lo que se refiere al Contrato 055 de 2011, fundamento del llamamiento en garantía impetrado por la ADRES en contra de mis representadas, debe informarse que el mismo fue liquidado de forma bilateral, según consta en el Acta de Liquidación suscrita por las partes el 29 de julio de 2016.

Se advierte que la suscripción del acta de liquidación bilateral solucionó todas aquellas controversias entre las partes, máxime cuando en la misma no constan inconformidades referentes a ninguno de los aspectos de la liquidación bilateral, de manera que lo allí

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección C, Rad.: 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27777), C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de octubre de 2014.

pactado, constituye una transacción, y por ende, tiene como efectos jurídicos el tránsito a cosa juzgada, atendiendo lo previsto en el artículo 2483 del Código Civil.

#### **4.2.3 COSA JUZGADA - ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013, INCORPORA TRANSACCIÓN Y DECLARATORIA DE PAZ Y SALVO**

La liquidación bilateral del contrato ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, el cual corresponde a la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello, el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución (...) La liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial<sup>10</sup>.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se dispuso que en el acta de liquidación constaran los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

En el asunto que nos ocupa, el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 por el cual se efectúa el llamamiento en garantía a las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, fue liquidado de forma bilateral, según consta en el Acta suscrita por las partes el 30 de octubre de 2020.

La suscripción del acta de liquidación bilateral solucionó todas aquellas controversias entre las partes, máxime cuando en las mismas no constan inconformidades referentes a ninguno de los aspectos de la liquidación, de manera que lo allí pactado, constituye una transacción y, por ende, tiene como efectos jurídicos el tránsito a cosa juzgada, atendiendo lo previsto en el artículo 2483 del Código Civil.

##### **4.2.3.1 TRANSACCIÓN**

El 30 de octubre de 2020, las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y la ADRES, suscribieron: *“ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL CONTRATO DE CONSULTORÍA No 043 DE 2013 CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL/ADRES Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014”* con la cual *“las Partes decidieron solucionar todas las diferencias que entre ellas existía o llegaren a existir respecto del estado de cumplimiento del Contrato 043 y su ejecución en general.”*

Consta en el acta en mención, que las partes acordaron y manifestaron principalmente lo siguiente:

- a) Liquidar bilateralmente y sin salvedades el Contrato.
- b) Reconocieron que el porcentaje de cumplimiento de obligaciones del Contrato fue del 94.17%.
- c) Como consecuencia de lo anterior y de un contrato de transacción que se había celebrado anteriormente, la Unión Temporal Fosyga 2014 reconoció y efectivamente pagó a la ADRES la suma de \$1.770.264.932,97. Es preciso indicar que las sumas reconocidas por la **Unión Temporal obedecen al pago que, con efectos transaccionales, resultara de cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contractuales.**
- d) Si bien las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones de indemnidad y responsabilidad en los expresos términos pactados en el Contrato, **el alcance de este compromiso que debe analizarse a la luz de lo expresamente señalado en las correspondientes cláusulas contractuales no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representa lo acordado en el acta de liquidación.**
- e) **Las partes se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto derivado del Contrato.**

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección C, Rad.: 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27777), C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de octubre de 2014.

Así las cosas, y como lo ha planteado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al acta de liquidación de un contrato estatal se le “...ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va envuelta en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza, en principio, la posibilidad de desconocer la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico”<sup>11</sup>. Adicionalmente, a las obligaciones adquiridas se les han otorgado efectos transaccionales y de cara a la entidad estatal se le ha conferido mérito ejecutivo a lo allí acordado.

En virtud de lo anterior, la ADRES debe sujetarse a lo acordado en el acta de liquidación bilateral del Contrato, darle efectos al paz y salvo que fue otorgado y reconocer, que la sumas reconocidas por las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 obedecen al pago que, con efectos transaccionales, resultó de cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que le sea posible volver sobre este punto pretendiendo indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

#### **4.2.4 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LAS UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA Y FOSYGA 2014**

La **obligación de pago** de los recobros NO PBS se encuentra expresamente radicada, y de manera exclusiva, en cabeza del Ministerio, con cargo al entonces FOSYGA (hoy ADRES) y no de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 ni de cada una de las sociedades que las conformaron.

La contratación de la auditoría en salud, jurídica y financiera sobre las solicitudes radicadas de recobros de lo No PBS, no modifica la obligación de pago que recae en la ADRES y en virtud de la relación contractual tampoco desplaza esta obligación y la radica en la Unión Temporal ni la extiende o cobija a ambos por igual.

Así las cosas, no solamente le corresponde al Ministerio ahora la ADRES pagar las solicitudes de recobro, sino que la propia ley le indica con cuáles recursos debe hacerlo, recursos que ciertamente no son los de las sociedades que conforman la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y/o la Unión Temporal FOSYGA 2014.

**Para la fecha de los hechos objeto de pronunciamiento, los recursos con los cuales se reconocían los recobros por prestaciones no incluidas en el PBS del Sistema General de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA** (hoy de la ADRES). Tanto las normas que determinaron el origen y administración de los recursos del Sistema, así como aquellas que regularon el trámite de los recobros durante la ejecución de los Contratos de Consultoría N° 055 de 2011 y 043 de 2013, dan cuenta que estas actividades se encontraban en cabeza del ente rector del Sistema y no de particulares como las sociedades acá llamadas en garantía y de igual forma se cuenta con jurisprudencia constitucional que así lo refiere. A continuación, se relacionan algunas de ellas:

- Resolución 2948 de 2003: “Por la cual se subrogan las Resoluciones 5061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.”
- Resolución 2949 de 2003: “Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago.”
- Resolución 3797 de 2004: “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela.”
- Resolución 2933 de 2006: “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”
- Resolución 3099 de 2008: “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía,

<sup>11</sup> Sentencia N° 25000-23-26-000-1999-02072-01(23903) de Consejo de Estado - Sala Contencioso Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 31 de mayo de 2013

FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”

- Resolución 3754 de 2008 “Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008.”
- Resolución 458 de 2013: “Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones”
- Resolución 5395 de 2013: “Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones”
- Acuerdo Número 376 de 2007: “Por el cual se aprueba el Presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA para la vigencia fiscal 2008 y se dictan otras disposiciones “(...) Fallos de Tutela y recobros por medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Los pagos por fallos de tutela deberán ceñirse a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en particular a lo definido en el artículo 176 del citado código. El pago de recobros por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud deberá efectuarse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos No. 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social o las normas que los adicionen o modifiquen. (...)”
- Decreto Ley 1281 de 2002: “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”: Artículo 13. Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA”.
- Decreto Ley 019 de 2012: “**Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública**”. Artículo 111. Término para Efectuar cualquier tipo de Cobro o Reclamación con Cargo a Recursos del FOSYGA.”
- Decreto Número 4474 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA”

“(…) Que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 4° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el Ministerio de la Protección Social cumple las funciones de **administrador de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, por lo cual, los pagos de medicamentos no incluidos en los planes de beneficios que se realicen con cargo a estos recursos** requieren la definición de valores máximos para evitar el desequilibrio financiero y para reducir las pérdidas del Sistema.

Que, en aras de garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de velar por la correcta utilización de sus recursos, se hace necesario adoptar medidas tendientes a la regulación, estandarización y racionalización del valor máximo de **recobro de algunos medicamentos autorizados por los Comités Técnicos Científicos u ordenados en fallos de tutela, cuyo reconocimiento y pago se realiza con cargo a los recursos del FOSYGA.** (...)” (Subraya y negrita fuera del texto)

- Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

**“Artículo 2.6.1.1.4. Utilización de los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo.** Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, se destinará para la constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá el porcentaje aplicable.

Los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, tales como apoyo técnico, auditoría, remuneración fiduciaria **y el pago de recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, se podrán efectuar sin afectar esta reserva.** (Artículo 4° del Decreto 4023 de 2011).

- Decreto 1429 de 2016 “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES- y de dictan otras disposiciones”

“Artículo 3 Funciones: Son funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud —ADRES, las siguientes: 1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

- Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

**a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.**  
(...)

**h) Al pago de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios, que venían siendo financiados con recursos del FOSYGA. (...)** (Negrilla y subraya fuera del texto original).

- Sentencia T-760 de 2008:

“(...) 4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el FOSYGA el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...)”

“(...) La Corte ha afirmado que “los servicios de salud que se deba continuar prestando pueden estar o no incluidos en los Planes Obligatorios (POS y POSS). Para la Corte, si tales servicios (i) se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS, o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado) la encargada de continuar con su suministro, **con cargo a recursos del FOSYGA**, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos.

Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (EPS, ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor) y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.”(...)

“(...) **Se advierte que los reembolsos al FOSYGA únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. (...)**” (Subraya y negrita fuera del texto)

- Sentencia C-463 de 2008:

“(...) aborda el Ministerio el tema de los servicios y beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. A este respecto, explica que, en cuanto el POS no puede ser ilimitado, en razón a que se encuentra restringido por la disponibilidad de recursos, cualquier otra prestación que no se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud - POS no se encuentra financiada en la UPC que el Régimen Contributivo reconoce a las Entidades Promotoras de Salud - EPS para la prestación de los servicios. Afirma que no obstante lo anterior, **las prestaciones no incluidas en el POS que autorizan los Comités Técnico Científicos son cubiertas con los recursos del mismo Régimen Contributivo, lo cual se ha venido haciendo a través de la figura del recobro al FOSYGA** por parte de las entidades que asumen el suministro del medicamento. (...)”

“(…) no sólo el FOSYGA para el caso del Régimen Contributivo, sino también las EPS deben responder económicamente por los servicios de salud que no se encuentren incluidos en el POS cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, en cuyo caso como se ha anotado, dichos requerimientos adquieren el estatus de fundamentales para el paciente, razón por la que esta Corte considera falaz el argumento según el cual la medida restrictiva protege especialmente las finanzas del sistema. (…)”

“(…) advierte la Corte que el Estado **se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud No-POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el FOSYGA** en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello precisamente con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud. (…)” (subraya y negrita fuera del texto)

- Sentencia C-316-2008:

“(…) la Corte Constitucional ha desarrollado una importante doctrina constitucional, señalando que procede la acción de tutela contra la EPS que ha negado los respectivos tratamientos o medicamentos, a fin de que sea obligada a suministrarlos. Ha señalado igualmente la mencionada doctrina, que, en tales eventos, por estar **los respectivos medicamentos o tratamientos excluidos del plan de beneficios, las EPS tienen acción contra el Fondo de Solidaridad y garantía - FOSYGA- con la finalidad de que les sea reconocido por el mencionado fondo los costos respectivos**, toda vez que no están las EPS obligadas a asumir costos adicionales a los que corresponden a los tratamientos y medicamentos incluidos en el plan de beneficios (…)”

- Sentencia C-607 de 2012:

**“Se concluye entonces que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. Sobre la manera en que ingresan y se administran dichas sumas, se pronunció esta Corporación en Sentencia SU-480 de 1997[28]. Dijo la Corte:**

#### **7.1. Recursos del sistema**

*El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.*

*Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del trabajador (Art. 204 Ley 100).*

**La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.**

*Por consiguiente, forman parte de él:*

- Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.*
- También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.*
- Además los aportes del presupuesto nacional.*

**Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.**

*Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.”*

De acuerdo con lo anterior, no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA.

Según los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, suscritos con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las

solicitudes de recobro efectuada por dichas Uniones Temporales, es un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos, los cuales, en etapa posterior, serían pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA, con recursos propios de dicha cuenta (hoy de la ADRES), si se cumple el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

Las sociedades que integraron la Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 tan solo fueron contratistas del Ministerio y su labor se circunscribía a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, de manera que no administraba las subcuentas del entonces FOSYGA (hoy de la ADRES), ni les correspondía efectuar el pago de los recobros con cargo a las mismas y mucho menos, realizarlo empleando su propio patrimonio.

Por otra parte, se reitera que mis representadas como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 **NO REALIZARON LA AUDITORÍA A LOS RECOBROS OBJETO DE LA DEMANDA** y como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA tan solo efectuaron la auditoría de **11** de los 16 recobros objeto de litis, tal afirmación se puede verificar de las fechas de radicación informadas en el anexo técnico suministrado por la ADRES “*PJU\_2014-00537 UT EPS SANTAS\_Reporte*”.

Por lo expuesto, en el remoto evento en que el Despacho encuentre que las solicitudes de recobro objeto de controversia debieron ser canceladas por quien ostentaba en ese momento la administración de los recursos del entonces FOSYGA, deberá ser con cargo a dichos recursos que se realice el pago de una eventual condena judicial, declarando absueltas a mis representadas de las solicitudes que obran en su contra, tal y como sucedió en el precedente analizado por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá el 24 de abril de 2018, donde se indicó que los recobros presentados por las Entidades Promotoras de Salud ante el Ministerio de Salud y Protección no debían ser pagados por las entidades encargadas de realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS de la siguiente forma:

*“De otra parte, en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios (...)**”<sup>12</sup> (Negrita fuera del texto original)*

En concordancia de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de abril de 2018, modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyó, en una controversia semejante a esta, que no existía solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y el Ministerio de Salud, habida cuenta que entre ellos solamente existió una relación de auditoría y que, por contra, aquella no estaba llamada a responder por el pago de los recobros. En dicha oportunidad, la Sala concluyó que la Unión Temporal y el Consorcio SAYP 2011 solamente “*apoyan o asesoran a la demandada en cuento (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena*”.

Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá proferidos al respecto y en su tenor literal señaló:

*“Así las cosas, bajo el derrotero dado por el Tribunal Superior de Bogotá, cobra relevancia y se configura la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, formulada por el apoderado de la UT, **pues como lo ilustran las decisiones del Tribunal, ni las labores que desarrollan los miembros de la Unión Temporal ni el ordenamiento legal y/o contractual generan obligación de pago de recobros con recurso diferentes a los del FOSYGA.** Con lo que, al estar configurada la excepción propuesta, así se declarará y, consecuentemente, ha de entenderse eximida a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional”*

<sup>12</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

*“(…) DÉCIMO: DENEGAR las pretensiones de la demanda frente a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA (integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A.S) al prosperar la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho.” (Negrilla fuera de texto original).*

Así mismo, en sentencia de primera instancia proferida el 28 de agosto de 2020, dentro del proceso J-2015-0037, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Superior de Bogotá que en su tenor literal expresó:

*“En atención a los fallos de segunda instancia producidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Laboral, en los que se modificaron las sentencias emitidas por esta Superintendencia Delegada. El Tribunal, en sus providencias explicó:*

*“En relación con el argumento de la Unión Temporal en cuanto a que no debe haber solidaridad entre ella y el Ministerio, se observa que lo reclamado es el pago de servicios NO POS y tanto el Consorcio SAYP 2011 integrado por FIDUPREVISORA y FIDUCOLDEX y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, integrada por ASD S.A.S, ASSENDA S.A.S y CARVAJAL S.A. son terceros que sólo tienen una relación de auditoría, recaudo y administración derivados del contrato de Fiducia, luego no deben responder por el pago de los recobros generados, pues el Ministerio es quién deberá cancelarlos.*

*Se reitera, las funciones de aquellas sólo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según se desprende de los contratos de fiducia, el radicar y tramitar los documentos soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones que impartiére el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación del FOSYGA y ello resalta la Salsa, solo indica que **apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible eventual condena**” (Negrilla en el texto original).*

#### **4.2.5 LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y/O UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 NO SON GARANTES DE LAS OBLIGACIONES DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FOSYGA - HOY ADRES**

##### **4.2.5.1 Naturaleza de los recursos de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014**

Los recursos de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 integradas por: (i) CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S, (ii) SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A.-SERVIS S.A.S y (iii) GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S., son de carácter privado y no están destinados a la financiación de pretensiones como las que son objeto de demanda, pues estas se encuentran a cargo del Estado, representado en la actualidad por la ADRES y su origen como ya se mencionó se encuentra previsto en las normas que regularon el trámite de los recobros durante la ejecución de los Contratos de Consultoría N° 055 de 2011 y 043 de 2013.

Se destaca el pronunciamiento del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral**, Magistrado Ponente: Hernán Mauricio Oliveros Mottas, expediente radicado No. 2016-00728-01, mediante providencia del 21 de enero de 2021, confirmó el auto apelado que había rechazado en primera instancia el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES contra la Unión Temporal FOSYGA 2014, **esgrimiendo que no existe relación sustancial para llamar en garantía a mis representadas**. En su tenor literal, la referida Corporación señaló:

*“(…) El artículo 64 del CGP, señalar que “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.*

**En ese contexto, importa advertir en este caso que el llamado en garantía es un tercero que solo tiene una relación de auditoría, y asesoría derivados del contrato de consultoría con el ADRES, sin que por ello, se pueda predicar una relación**

**sustancial para llamarlo en garantía dentro del litigio en curso, como quiera que no tiene la calidad de garante, como asertivamente lo concluyó el a quo.**

*Ahora bien, si el ADRES eventualmente llega a ver afectados sus intereses por deficiencias en la ejecución del contrato ejecutado por quien se pretende llamar en garantía, indudablemente tendrá a su alcance todas las herramientas jurídicas que brinda nuestro ordenamiento para repetir contra ésta, pero en virtud de esa relación contractual y a través del proceso legal correspondiente, lo que conlleva a concluir que no es posible que tal situación sea resuelta mediante la figura del llamamiento en garantía (...)" (Negrilla fuera de texto original).*

En concordancia con lo anterior, la citada Corporación, al resolver también un recurso de apelación en contra de la providencia que rechazó el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES en contra de la Unión Temporal FOSYGA 2014, dentro del proceso con radicado No. 2017- 00309, mediante auto del cinco (5) de febrero de 2020, Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte, al referirse al llamamiento en garantía precisó:

*“Ahora bien, aunque procedente- se itera- en materia laboral; solo lo es, cuando se cumplen los requisitos de la norma, esto es el artículo 64 del CGP, requisitos; que tal y como señaló el Juez de primera instancia no se dan en este caso específico.*

*Y es que como bien señala el recurrente ADRES y el consorcio FOSYGA solo tienen una relación de auditoría, recaudo, administración y pago derivados de los contratos de fiducia, luego esta relación no es de las que la norma contenida en el art 64 del CGP indica, esto es que otorgue a quien llama a exigir indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues estas están a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social; es decir claro resulta que nada podría decidir el juez frente a personas jurídicas que solo cumplen funciones de auditoría y asesoría, toda vez no son de aquellas que los afectarían frente al llamado.*

*Siendo ello así, para la definición de las pretensiones principales del proceso relativas a pagos de servicios NO POS, a cargo se itera de la Nación, **no es necesaria la intervención de las entidades auditoras asesoras y administradoras***

*De lo anterior se puede concluir claramente, que no hay lugar a vincular los consorcios y menos para que emitan conceptos como aduce la recurrente, pues para ello no tiene que comparecer como parte. Se itera las funciones de estas solo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según implican los contratos de fiducia, radicar y tramitar los documentos (sic) soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas, entre otras, con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones (sic) que impartiére el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación FOSYGA y ello resalta la Sala solo, indica que **apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de (sic) manera implica que deba indemnizar perjuicios y hacer reembolsos de las condenas; luego no se dan los requisitos en la norma para que se haga necesaria su comparencia al proceso.***

*Salta a la vista que le asiste razón al Juez de primera instancia, pues **no existe tan siquiera una razón, que indique que la relación contractual entre el llamante y los llamados; los obliga a responder por las condenas.** *\_(Resaltado y negrita propios del texto)"**

A su vez, existen algunos **precedentes de tipo horizontal**<sup>13</sup>, en los cuales diferentes juzgados negaron los llamamientos en garantía interpuestos por la ADRES en contra de

<sup>13</sup> Para ello se aportan los autos proferidos por:

- El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de septiembre de 2019, en el proceso con número de radicado 11001310503820170030900.
- El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de noviembre de 2019, en el proceso con número de radicado 11001310501120180000800.
- El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de noviembre de 2019, en el proceso número 11001310503520160074400.
- El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 25 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501220140063500
- El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 28 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 1100131050222014049000.
- El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 24 de febrero de 2020, en el proceso número 11001310501920160004800.
- El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 28 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310503220170030500.
- El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 23 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 110013105015201800481000
- El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 24 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501920190016400
- El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 25 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501520160043000
- El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 10 de mayo de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502820200030400

mis representadas, por considerar que las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, no actuaron como aseguradoras de las obligaciones de la ADRES, sino como simples firmas auditoras, por lo que en ausencia de la calidad de garantes no resultaba procedente la admisión del llamamiento en garantía.

#### **4.2.5.2 Ausencia de soporte para exigencia de indemnización de perjuicios a través del llamamiento en garantía**

Teniendo en cuenta que, por los motivos antes indicados, no se avizora en este caso la existencia de un derecho legal o contractual para exigirle a mis representadas una indemnización de perjuicios, el llamamiento en garantía carece de los supuestos establecidos en el artículo 64 del Código General del Proceso para efectos de su procedencia.

#### **4.2.6 INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y/O UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 DEBIDO AL CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE OBLIGACIONES DE ORDEN LEGAL Y CONTRACTUAL**

Se reitera que la tipología definida por el Ministerio de Salud y Protección Social para la celebración de los Contratos N° 055 de 2011 y 043 de 2013 fue la de una consultoría en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así se indica claramente en el encabezado del Contrato y se manifestó, entre otros, en los estudios previos del proceso de contratación, de la siguiente forma:

*“7.3. Identificación del contrato a celebrar. El contrato resultante del presente proceso de selección es de consultoría, el cual se rige en su integridad por las normas de Contratación de la Administración Pública”*

Acorde con la naturaleza de las obligaciones de un consultor y siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina<sup>14</sup> que implica (el desarrollo de una actividad especializada de forma habitual; existencia de una organización y preeminencia o dominio profesional), el comportamiento y forma de ejecución de las actividades contractuales a su cargo, implicaba el desarrollo de la citada auditoría en salud, jurídica y financiera, desplegando sus mejores esfuerzos o diligencia y cuidado para procurar alcanzar un resultado contractual ideal, que en todo caso constituía una obligación de medio y no de resultado, propia de un régimen de responsabilidad subjetivo.

La Unión Temporal como profesional cobijado por un régimen de responsabilidad subjetivo, para hacerlo responsable por un presunto incumplimiento de sus obligaciones contractuales, requiere que la culpa sea el eje central del análisis de su actuar, la cual no solo no se configuró, sino que no se acreditó por la llamante en garantía, pues la auditoría dio cumplimiento a las disposiciones legales vigentes, sino que superó las revisiones efectuadas por la interventoría y el propio Ministerio.

Con ocasión de los contratos en cita, las Uniones Temporales se obligaron frente al Ministerio a lo siguiente:

En la cláusula séptima (obligaciones generales) numeral 1° del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 celebrado entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”*.

De otra parte, en la cláusula 7.2.1 (obligaciones de generales) numeral 7.2.1.1 del Contrato de Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones*

---

- El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620180002700  
 - El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620190016300  
 - El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620160014000

<sup>14</sup> Cfr. Jorge Suescún Melo, Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo, Tomo I, p. 442.

*impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.”*

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
Radicalizar Recobros	Adelantar la recepción de los medios físicos y magnéticos objeto de Radicación.	15	Periodo conforme a la Normativa del tipo de Radicación.			
Digitalizar Recobros	Efectuar Digitalización y cargue en el sistema de información del FOSYGA de los soportes físicos y los medios magnéticos de los recobros objeto de radicación.	5	A más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles, siguientes a la radicación del recobro	Firma auditora: en el proceso de radicación y Administrador y Fiduciario en cuanto a la disponibilidad del Sistema.	Recobros digitalizados disponibles para auditoría y Comprobantes (MYT-R) Conciliados. Devolución de los Recobros identificados en la conciliación.	Relacionado con la Actividad de Devolución
Conciliar Recobros Sobrantes y Faltantes	Identificar los recobros que serán objeto de devolución de los físicos por su no conciliación con los medios magnéticos presentados	0	Dentro de los mismos tiempos de Radicación y Digitalización			
Certificación de Radicación	Certificar la radicación del respectivo paquete y remitir la comunicación al Ministerio de Salud y Protección Social, al Administrador Fiduciario y a la firma Interventora.	0	Día siguiente al cierre de Radicación antes de las 4 PM.	Firma Auditora	Oficio de Certificación de las cantidades radicadas y de la verificación de la condición general de presentación del MYT R suscrito por el representante legal de la entidad.	Precede la actividad de Radicación
Anulación de Números de Radicación del Resultado de Conciliación de Sobrantes y Faltantes o causas excepcionales	Identificación de Números de Radicación objeto de anulación, ejecución del proceso de anulación.	0	Antes de Pre-cierre	Firma Auditora	Aplicación de la causal de anulación efectiva en el sistema (sujeto a cierre definitivo), Acta de Anulación.	Tiempos Incluidos como etapa global
Pago Previo	Efectuar el pago previo	0	Hasta 8 días hábiles siguientes al cierre de radicación	Administrador Fiduciario	Soporte transaccional	Procedimiento de Pago Previo
Realizar Auditoria	Efectuar la auditoría integral médica, jurídica y financiera a los recobros radicados satisfactoriamente (Incluye la verificación con respecto a los cruces de las Bases de Datos conforme a la normativa vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social)	17	A partir del término del periodo de radicación Catorce (14) días Hábiles	Firma Auditora	Total de Recobros radicados en el periodo, con Estado de auditoria y con ajustes de calidad suficientes.	
Realizar Pre-cierre	Efectuar el pre cierre de paquete y generar los reportes de recobros aprobados para pago, recobros con aprobación condicionada, recobros devueltos, anulados y recobros rechazados. Remitir el pre-cierre generado junto con el archivo EXCEL, en los medios magnéticos, a la firma interventora y al Ministerio de Salud y Protección Social. Se realiza para la totalidad de los tipos de formatos de presentación de los recobros.	2	Tres (3) días hábiles	Firma Auditora	Certificación de pre cierre y medio magnético	Al momento de la comunicación deben haberse surtido los todos procesos de calidad por parte de la firma Auditora, a fin de permitir la evaluación sobre un universo específico.
Revisar pre cierre	Revisar el pre cierre de los Recobros incluidos en el respectivo paquete a nivel de: Validaciones de Sistemas Criterios de Auditoria Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social la muestra de cada paquete conforme a la Metodología definida por el mismo.	5	Cinco (5) días hábiles	Firma Interventora	Informe con las observaciones, junto con el medio magnético de las mismas. Acta de Conciliación de la Muestra del Paquete Oficio y medio	

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
Realizar informe de observaciones	SISTEMAS-CRITERIOS: Remitir las Observaciones derivadas de la Revisión de validaciones de Sistemas y Criterios de Auditoría a la Firma Auditora con copia al MSPS registrando las inconsistencias u observaciones presentadas para realizar los ajustes a que haya lugar en el respectivo paquete. MUESTRA: Una vez evaluados los recobros inmersos en la muestra identificar aquellos que deben ser incluidos en el proceso de Conciliación con la firma Auditora registrando el detalle en la respectiva Acta suscrita por las partes que debe ser copiada al MSPS. Adicionalmente la Firma Interventora debe dejar evidencia de la revisión del total de la muestra y registrar el estado de los mismos (conforme-no conforme)				Magnético de la Muestra.	
Realizar conciliación de pre cierre	MUESTRA: Proceso de conciliación sobre el universo de recobros con hallazgos detectados por la firma Interventora a partir de la muestra objeto de revisión. SISTEMAS: Ajustes con base en los hallazgos remitidos a partir de las validaciones de sistemas y de criterios de auditoría reportados por la firma interventora. Para cada Universo, deben Registrarse el total de hallazgos, y el detalle de respuesta de los mismos indicando aquellos que fueron objeto de ajuste por parte de la firma auditora y se remitirá copia al Ministerio de Salud y Protección Social.	2	De Dos (2) a Cuatro (4) días hábiles, pero sin afectar los tiempos totales.	Firmas Interventora Auditora	Acta de conciliación	
Dar respuesta a las observaciones					Documento Remisorio con la respuesta a las observaciones, junto con el respectivo medio magnético	
Realizar ajustes	Realizar los ajustes respectivos a los recobros que hayan sido objeto de conciliación en el proceso de verificación asociada a la muestra, garantizando que la totalidad de los recobros que conforman el respectivo paquete se encuentran auditados conforme a la normativa vigente y la calidad requerida.	2		Firma Auditora		
Certificar el pre cierre	Remitir certificación de pre cierre y anexar los soportes de la conciliación correspondiente tanto de la muestra y de las validaciones de sistemas si hay lugar.	1		Firma Interventora	Certificación del pre cierre y soportes de la conciliación	
Cierre de Paquete	Realizar el cierre, generar los informes de cierre (en los que se registren las respuestas a las observaciones pendientes), elaborar la certificación del respectivo paquete y remitir copia a la Firma Interventora, al Administrador Fiduciario y al Ministerio de Salud y Protección Social. (Tratándose de paquetes tramitados en			Firma Auditora	Certificación del cierre, junto con el medio magnético correspondiente	

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
	virtud del Artículo 111 del decreto 019 de 2012, glosa administrativa o conciliación prejudicial, la firma auditora remitirá certificación del costo de auditoria de los recobros con los soportes respectivos discriminado por EPS o IPS					
Verificar ajustes	Verificar que se hayan realizado los ajustes correspondientes y que se dio respuesta a las observaciones.	1	Un (1) día hábil	Firma Interventora	Certificación del cierre	
Emitir certificación de cierre	Certificar el cierre del respectivo paquete y remitir la comunicación al Ministerio de Salud y Protección Social, a la firma auditora y al Administrador Fiduciario.					
Cierre de Paquete en el Sistema	Realizar el cierre en el Sistema de Información del FOSYGA, cargue y certificación del paquete en el Sistema de Información del FOSYGA e informar al Ministerio de Salud y Protección Social, al Administrador Fiduciario y a la Firma Interventora.	1		Firma Auditora	Reporte mediante correo electrónico	
Comunicación de Resultados	Envío de Correo electrónico a las entidades con los resultados de Auditoría	0		Firma Auditora		
Verificación de Identidad entre la información del Sistema y Certificaciones	Verificar que la información contenida en las certificaciones emitidas tanto por la firma Interventora como la firma auditora coincida con lo registrado en el sistema de información del Fosyga.	0		Administrador Fiduciario	Salida y Entrada para que se proceda a la extracción de valores	
Cálculo de Descuentos	De los valores verificados y extraídos se calculan los descuentos de los valores girados por pago previo para aquellos sin constancia de cancelado. Y por otro lado debe calcularse descuentos de pago previo y todos aquellos con constancia de cancelado.			Administrador Fiduciario	Certificación del Resultado del Cálculo de Descuentos remitida al Ministerio de Salud y Protección Social con copia a la Firma Interventora.	
Verificación del Cálculo de Descuentos	Verificar que el cálculo de los descuentos realizado inicialmente sea el resultado correcto			Administrador Fiduciario	Certificación del Cálculo emitido por el Administrador Fiduciario	
Notificación de Valores a las entidades recobrantes para su distribución	Notificar a las entidades recobrantes correspondientes, los valores objeto de pago			Administrador Fiduciario	Comunicación Remitida a las Entidades Recobrantes	Los valores informados son aquellos resultado con descuentos
Remisión de la Distribución por parte de las entidades recobrantes al Administrador Fiduciario	La entidad recobrante remitirá al Administrador Fiduciario la distribución en el formato definido por la normativa vigente			Entidad Recobrante	Correo electrónico formalizado con envío en físico de la información en el formato definido por la normativa vigente	
Consolidación y verificación de la proporcionalidad de la Distribución	Consolidar, verificar y generar el reporte de Distribución y remitirlo al Ministerio de Salud y Protección Social con copia a la Firma Interventora			Administrador Fiduciario	Reporte de Distribución Consolidado enviado al Ministerio con copia a la firma Interventora	
Solicitud de Cargue	Una vez verificado el reporte se solicita el cargue asociado al mismo			Ministerio de Salud y la Protección Social	Oficio de Solicitud de Cargue enviado al Administrador Fiduciario con	

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
					copia a la firma Interventora.	
Cargar información al ERP	Generación de Archivos y Cargue de los mismos al ERP.		Un (1) día hábil	Administrador Fiduciario	Cargue efectivo de la información al Sistema cuya certificación se remite al Ministerio con copia a la Firma Interventora	
Realizar cadena presupuestal CDP, RP y Obligaciones en el ERP	Registrar en el ERP la cadena presupuestal CDP, RP y obligación del paquete a pagar y remitir correo electrónico al Administrador Fiduciario y a la Firma Interventora informando la obligación del paquete.		Un (1) día hábil	Ministerio de Salud y la Protección Social	Reporte mediante correo electrónico	
Realizar el registro de las obligaciones	Realizar el registro de las obligaciones para el respectivo paquete y remitir certificación a la Firma Interventora con copia al Ministerio de Salud y Protección Social, informando el citado registro con los respectivos valores.		Un (1) día hábil	Administrador Fiduciario	Comunicación	
Certificar valores a pagar y emitir procedencia para pago	Validar la información remitida, generar la certificación de procedencia para pago y remitirla al Ministerio de Salud y Protección Social con copia al Administrador Fiduciario		Un (1) día hábil	Firma Interventora	Certificación de procedencia para pago	
Generar ordenación de gasto y autorización de giro	Generar la Ordenación de Gasto y Autorización de Giro "OG/AG" teniendo en cuenta los valores del respectivo paquete cargados en el ERP por el Administrador Fiduciario y certificados por la firma interventora y remitirla al Administrador Fiduciario		Un (1) día hábil	Ministerio de Salud y la Protección Social	OGAG	
Orden de Pago	Realizar y verificar los cálculos de otros descuentos respecto de la OGAG generada.			Administrador Fiduciario	Orden de Pago (Comunicación Interna)	
Solicitud de Disponibilidad de Recursos					Correo de solicitud (Interno)	
Realizar pago	Realizar el pago dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la OGAG		Un (1) día hábil siguiente a la recepción de la OGAG	Administrador Fiduciario	Soporte transaccional	
Generar Cartas Informativas	Con los soportes y documentos del pago realizado se procede a generar las cartas informativas a las Entidades relacionando el número y valor de los pagos realizados de recobros Aprobados y Aprobado Condicionado, adjuntando los soportes.	0	Está contenido en la actividad de Devolución.	Administrador Fiduciario	Comunicaciones remitidas a las EPS / EOC con copia al MSPS	
<b>Total días hábiles</b>		<b>51</b>				
<b>Las actividades con (0) días son aquellas que no impactan el total de días estimados del proceso, pero deben tenerse en cuenta</b>						
Realizar Devolución de Recobros	Notificar y devolver a cada una de las EPS / EOC los medios físicos cuyo resultado de auditoría fueron devueltos y rechazados	5	10 días hábiles a partir de la causación del paquete en el sistema	Firma Auditora	Carta, acta de recepción a satisfacción de los físicos y la guía (si aplica) de notificación con firma cargo y sello de la entidad	Precede la Actividad "Pago"
Remisión de las fechas de devolución de Paquete	Consolidar las fechas de comunicación (devolución) de los Resultados de los Recobros del Paquete Cerrado al Ministerio y	1		Firma Auditora	Oficio Remisorio y Medio Magnético	Precede la Actividad de Devolución

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
	al Administrador Fiduciario					
Enviar Físicos para custodia	Remitir al Administrador Fiduciario los físicos de los recobros objeto de pago total	5		Firma auditora y Administrador Fiduciario	Acta de entrega de la firma auditora con la respectiva relación de los recobros, comprobantes de validación y medios magnéticos. Además, debe contar con firma de recibido del Administrador Fiduciario a conformidad.	En paralelo a la actividad de Devolución a entidades
Realizar la Custodia de Físicos	Realizar la Custodia de los recobros que tengan por resultado de auditorio aprobado condicionado	60	Permanente	Firma Auditora	Recobros listos para empalme con soportes que lleguen bajo la figura de MYT 03	Días según lo contenido en la normativa para respuesta de glosas de condicionamiento

Así las cosas, en la ejecución del objeto contractual, se debía seguir el procedimiento establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de las diferentes normas y manuales operativos y de auditoría vigentes para la época, marco jurídico caracterizado por la proliferación de su reglamentación y por las dificultades en la determinación de su vigencia y bajo la permanente sombra de las denominadas “zonas grises”.

Estas circunstancias implicaron de manera preponderante la utilización de criterios de interpretación y no de aplicación pura y simple de las normas en particular y el marco jurídico en general, pues esta realidad impedía realizar la auditoría bajo criterios cualitativos del ciento por ciento (100%), por demás ajenos al Contrato.

Es preciso indicar que en el Anexo Técnico CMA-DAFPS-01-2012 - Requerimientos Técnicos, Metodología, Plan y Cargas de Trabajo- del Contrato de Interventoría 103 de 2012, celebrado en su momento entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la firma JAHV MCGREGOR S.A.S., se dispuso la realización de evaluaciones periódicas por parte de la interventoría del Contrato en relación con el cumplimiento de las obligaciones de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y se fijaron las condiciones para verificación en relación con la auditoría realizada a cada uno de los paquetes radicados cada período, a través de los diferentes mecanismos y líneas, bajo una metodología de muestreo en la que específicamente se señaló:

*“Esta sección tiene como propósito definir una metodología para determinar los tamaños de muestra y la técnica de muestreo que debe aplicar la firma Interventora del FOSYGA a los recobros (NO POS) y a las reclamaciones ECAT. Con base en las muestras seleccionadas, la firma Interventora deberá realizar las verificaciones de consistencia y determinar la “procedibilidad” de pago de estos paquetes. Se presenta la metodología para el cálculo del tamaño de la muestra de los paquetes de recobros No POS y reclamaciones ECAT y se definen las técnicas de muestreo para la selección de los mismos. Para el desarrollo de esta metodología la Dirección de Fondos de la Protección Social aportó información estadística y dio los lineamientos generales”.*

Como parte de la técnica que debía aplicar la firma interventora, se definió la fórmula para determinar el tamaño de la muestra, el nivel de confianza del resultado de la auditoría y el porcentaje de error muestral, como parámetros a aplicar, así:

*“Con base en lo anterior, para el cálculo del tamaño de la muestra, el Interventor deberá aplicar en cada paquete de recobros (No POS) y reclamaciones ECAT, la fórmula expuesta en el párrafo anterior, **con un nivel de confianza de noventa y siete por ciento (97%) y un error muestral de cuatro por ciento (4%)**. Con estos parámetros se obtiene una muestra equivalente al 0,245 % del total de recobros y reclamaciones de cada paquete”.*

En consecuencia, desde el momento mismo de la estructuración del Contrato, el Ministerio de Salud y Protección Social determinó que era posible autorizar el cierre de paquetes y posterior pago de los recobros aprobados de forma total, parcial o reliquidados, aun existiendo diferencias de criterio, siempre que las mismas fueran inferiores al margen de error establecido en la metodología de evaluación de la consistencia del resultado de auditoría de los recobros incluidos en cada paquete.

Ahora bien, para el caso concreto, se tiene que las solicitudes de recobro que fundamentan la acción **NO FUERON AUDITADAS** por mis representadas como integrantes de la UNIÓN

TEMPORAL FOSYGA 2014, razón por la cual se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de estas, la cual guarda concordancia con la información relacionada en el anexo técnico “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte” rendido por la ADRES.

#### **4.2.7 ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES SEGÚN LA NATURALEZA MISMA DEL CONTRATO**

La tipología del contrato en virtud del cual la Unión Temporal Nuevo FOSYGA ejecutó labores de dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, fue de Consultoría (cfr. Art. 32 numeral 2 ley 80 de 1993), el cual tuvo por objeto “Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta eventos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Juntas Técnicas Científicas de Pares, la Superintendencia Nacional de Salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1438 de 2011, artículos 26,27 y 126 Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso”.

Para la ejecución de dicho objeto contractual, debía seguirse un procedimiento establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social en diferentes normas y en los manuales operativos y de auditoría vigentes para la época. Los recobros involucrados en la demanda principal fueron auditados en vigencia de la Resolución 3099 de 2008 – incluidas sus modificaciones, norma que establece las etapas del proceso de verificación y control de las solicitudes de recobro.

El procedimiento para el pago de los recobros comprende las etapas de verificación y actualización de datos, radicación, auditoría en salud, jurídica y financiera.

Dentro de las obligaciones contractuales asumidas por Jahv Mcgregor<sup>15</sup> como firma interventora del mencionado contrato de consultoría a través del cual se realizó la auditoría en salud, jurídica y financiera de recobros y reclamaciones ECAT, se pactaron las siguientes:

##### Del Contrato de Interventoría 409 de 2007:

*“(...)3. Adelantar la interventoría a los contratos...vigentes durante la ejecución del contrato de auditoría e interventoría, a sus modificaciones o adicionales, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993...”*

*“(...) 25. Desarrollar y garantizar de manera permanente, durante la ejecución del contrato, mecanismos de control automático que permitan **la verificación del 100% de los recobros y las reclamaciones y los valores presentados para ordenación del pago...de tal forma que se garantice que la auditoría y pago se efectúen según las normas vigentes**” (Subraya y negrita fuera del texto original)*

*“26. Entregar al Ministerio de la Protección Social por cada paquete de reclamaciones o de recobros...para ordenación del gasto y autorización del giro, certificación sobre la procedencia del pago de acuerdo con las auditorías efectuadas”*

*“27. Evaluar de manera permanente durante la ejecución del contrato el cumplimiento de los estándares (...) presentando el correspondiente informe con los soportes y justificaciones correspondientes dentro de los términos y en las condiciones que establezca el Ministerio de la Protección Social”*

*“(...) 38. Analizar, verificar y dar concepto con el respectivo informe sobre el proceso de auditoría integral (médico, jurídico y económico) practicado (...) a los recobros por fallos de tutela y medicamentos NO POS, así como las reclamaciones que se presenten con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA (...) de acuerdo con la metodología de muestreo acordada con el Ministerio que garantice la utilización de una muestra representativa.”*

##### Del Contrato de Interventoría 103 de 2012:

<sup>15</sup> Contrato de Interventoría No. 409 de 2007 y Contrato de Interventoría No 103 de 2012.

“1. Efectuar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico así como verificar el cumplimiento de cada una de una de las obligaciones contractuales de los contratos suscritos por el Ministerio de Salud y Protección Social (antes de la Protección Social) para la administración de los recursos del FOSYGA y para la auditoría de los recobros no POS y de las reclamaciones ECAT.

(...) 16. Revisar y emitir concepto sobre las diferentes etapas que se surten dentro del proceso de auditoría de los Recobros no POS y de las Reclamaciones ECAT.

17. Efectuar dentro de los términos establecidos en los respectivos cronogramas de trabajo y aplicando la metodología de muestreo definida por el MINISTERIO, la revisión de los paquetes con resultado de auditoría que le presente a firma que realiza la Auditoría de los Recobros no POS y de las Reclamaciones ECAT.

18. Certificar los precierres de los paquetes de recobros y reclamaciones realizados por la firma auditora de recobros no POS y Reclamaciones ECAT, previa aclaración de las posibles inconsistencias identificadas.

19. Certificar los cierres de los paquetes de recobros y reclamaciones realizados por la firma auditora de recobros no POS y Reclamaciones ECAT, a efectos de aprobarlos o denegarlos y soportar la ordenación del gasto y la autorización del giro correspondiente.”

En cumplimiento de las obligaciones antes citadas, una vez finalizada la etapa de la auditoría en salud, jurídica y financiera, se conforma el paquete, se efectúa el cierre preliminar el cual se envía a la firma interventora para que realice validaciones de sistemas y de criterios de auditoría, esta actividad se lleva a cabo mediante verificación de muestras estratificadas de recobros, las cuales una vez terminadas son certificadas por la interventoría. Es así como la firma interventora realiza las verificaciones de consistencia y determina la procedibilidad de pago de los paquetes de los recobros.

Después se realiza el cierre definitivo del paquete, el cual es certificado por la firma interventora, en este caso JAHV MCGREGOR, y con base en ello -en su momento el Ministerio de Salud y Protección Social - ahora la ADRES, ordena el gasto y autoriza el giro de los recobros aprobados totales o aprobados parcialmente<sup>16</sup>.

Para mejor entendimiento del Despacho, se expone el **sub-procedimiento de auditoría en salud, jurídica y financiera** contenido en el **Manual Operativo del FOSYGA, hoy ADRES**, en el que se pueden evidenciar las actividades que se deben llevar a cabo y el responsable:

PROCESO INTEGRAL DE RECOBROS POR BENEFICIO EXTRAORDINARIOS AL POS			
SUBPROCESO	DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	RESPONSABLE
Verificación y actualización de datos	Este proceso tiene como finalidad verificar y actualizar los datos de las EPS, estos están relacionados con los representantes legales, número de cuentas bancarias, integrantes de CTC, certificación de SISMED y otros datos.	Cada vez que la entidad realice cambios.	EAPB Firma responsable de la auditoría integral
	Este proceso tiene como finalidad verificar y actualizar los datos de las EPS, estos están relacionados con los representantes legales, número de cuentas bancarias..		Administrador Fiduciario
Recepción y preparación documental	Durante este proceso la firma responsable de la auditoría integral realiza la recepción, validación, preparación y digitalización de los recobros por beneficios extraordinarios al POS, presentados por las Entidades administradoras de planes de beneficios EAPB.	1 al 15 día calendario de cada mes MYT 01 y MYT02. 1al 30 de cada mes MYT 03 y del 16 al 20 de cada mes el MYT 04	Firma Responsable de la Auditoría Integral
Auditoría Integral Médica, Jurídica y Financiera	Este proceso tiene como finalidad efectuar la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros por concepto de beneficios extraordinarios al pos evaluados por Comité Técnico Científico y Fallos de Tutela.	Inmediatamente posterior al cierre de la radicación de los recobros para las cuentas MYT 01, MYT 02 y MYT 03 se establecen dos meses para auditar y pagar. Y para MYT 04 un mes a partir de la radicación	Firma Responsable de la Auditoría Integral- Dirección Auditoría

<sup>16</sup> Resolución 3099 de 2008 y Resolución 5395 de 2013, Capítulo 4, artículos 27 y 28.

PROCESO INTEGRAL DE RECOBROS POR BENEFICIO EXTRAORDINARIOS AL POS			
SUBPROCESO	DESCRIPCIÓN	FRECUENCIA	RESPONSABLE
<b>Precierre, revisión, auditoría externa y cierre definitivo de paquetes</b>	<p>Tiene como objeto preparar los resultados del paquete que posteriormente se cerrará de manera definitiva. El fin de esta labor es preparar los archivos que deben enviarse a la firma externa auditora y al Ministerio de Salud y Protección Social para su revisión.</p> <p><b><u>Durante este proceso igualmente se realiza la revisión de la auditoría a los recobros por beneficios extraordinarios al POS, por parte de la firma auditora externa, con el objetivo de comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normatividad vigente y las directrices impartidas.</u></b></p> <p><b><u>El Ministerio de Salud y protección social (MSPS) realiza observaciones.</u></b></p> <p><b><u>El cierre final, tiene como objeto realizar el cierre definitivo y la certificación de un paquete. Igualmente, generar los archivos e informes pertinentes que se deben enviar para la realización de la autorización y el pago</u></b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Precierre: Cada vez que se finalice la auditoría de un tipo de recobro en un mes determinado.</li> </ul> <p>Cierre: Cada vez que se finalice la auditoría de un tipo de recobro en un mes determinado y se concluyan las tareas de auditoría y revisión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Precierre y auditoría: Firma responsable de auditoría integral, firma auditora externa y Ministerio de Salud y protección Social</li> </ul> <p>Cierre definitivo: Firma responsable de auditoría integral</p>
<b>Pagos</b>	<p>Este proceso tiene como finalidad. Elaborar la certificación de los valores asociados al resultado del proceso de auditoría integral previamente certificado por la firma responsable de la auditoría y la firma auditora externa.</p> <p><input type="checkbox"/> Ordenación de gasto y autorización de giro</p> <p><input type="checkbox"/> Trámite de pago</p>	<p>-Un (1) día hábil</p> <p>-Un (1) día hábil después de la certificación</p> <p>- Un (1) día hábil después de ordenado el gasto</p>	<p>Administrador Fiduciario SAYP</p> <p>MSPS</p>

\*Negrillas y subraya fuera de texto original

En consideración al procedimiento brevemente descrito y en particular a lo establecido a partir del numeral 6, es claro que el proceso de auditoría realizado por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA es sujeto a una revisión con base en parámetros de calidad establecidos por el mismo Ministerio con base en muestreos aleatorios. Dado lo anterior y según la tipología del contrato celebrado, es claro que la responsabilidad de la Unión Temporal deberá evaluarse bajo la óptica propia de la naturaleza misma de las obligaciones de un consultor cuyo comportamiento y forma de ejecución de las prestaciones contractuales a su cargo implica la realización de conductas que si bien se encuentran encaminadas al adecuado cumplimiento de las obligaciones a cargo del profesional, la consecución del exacto cumplimiento de la misma (para el caso, la garantía absoluta de calidad en la auditoría) no determina necesariamente la materialización de su prestación.

Resulta necesario traer a esta discusión cuál sería el régimen de responsabilidad aplicable a la Unión Temporal en su calidad de consultor. Siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina<sup>17</sup> (desarrollo de una actividad especializada de forma habitual; existencia de una organización y preeminencia o dominio profesional), es necesario señalar que en su calidad de consultor la Unión Temporal Nuevo FOSYGA resulta ser un profesional, cuyo régimen de responsabilidad es eminentemente subjetivo, en la medida en que debe ser la culpa el eje central análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La existencia de un régimen jurídico de orden eminentemente subjetivo debe ser analizado en conjunto con la necesaria ejecución del Contrato a partir de un marco jurídico sectorial inestable, permanentemente reglamentado, con dificultades en la determinación de la vigencia de las normas, sujeto a la interpretación constitucional, con incidencia de instrucciones y conceptos -en ocasiones contradictorios con las propias normas que deben ser implementadas en la auditoría- y bajo la permanente sombra de zonas grises en cuanto a la cobertura de los planes de beneficios, que han sido reconocidas incluso por la propia Corte Constitucional en su sentencia T-760 de 2008 y sus autos de seguimiento (instrucciones y cambios Normativos que impactaron en la auditoría). Todas estas circunstancias implican de manera preponderante la utilización de criterios de interpretación y no de aplicación pura y simple de las normas en particular y el marco jurídico en general, realidad que hace impensable la exigencia -por demás ajena al Contrato- de una auditoría bajo criterios cualitativos del 100%.

No en vano, las observaciones realizadas por la interventoría en esta materia se circunscriben al mismo ámbito que le es exigible a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, es decir, a la interpretación particular de un marco jurídico complejo y fragmentado que en

<sup>17</sup> Cfr. Jorge Suescún Melo, Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo, Tomo I, p. 442.

atención a las funciones propias de dicho contratista resultan ser, usualmente, de necesaria adopción por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.

En suma, la naturaleza misma de la actividad que ejecuta la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, su propio carácter de consultor y la problemática asociada al marco jurídico que debe ser implementado para efectos de la auditoría, generan profundas contradicciones con el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES, pues prácticamente pretenden imponer obligaciones de resultado reforzado bajo el supuesto de una inexistente garantía de auditoría que debe ser ejecutada con criterios cualitativos del 100%.

#### **4.2.8 EXCEPCIÓN DE CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE EXAMINAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Como causal exonerativa de la responsabilidad de la administración, el apoderado judicial de la ADRES propuso la excepción denominada “*CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE*”, para tal efecto, indicó que se trataba del hecho de la víctima, bajo el supuesto que de haber la EPS efectuado la presentación de los recobros según los requisitos exigidos en la normatividad vigente se habría aprobado. Para el tratadista, Héctor Patiño,<sup>18</sup> el hecho de la víctima como causa de exoneración tiene la siguiente explicación: “*quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.*” Así mismo, señala que una de las características del comportamiento culposo que debe presentarse para que exonere de su responsabilidad, requiere: “*1. de una coparticipación o una concausalidad que, desde el punto de vista objetivo, sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la producción de daño.*”

En este sentido, la ADRES argumenta en su contestación que la causa del daño reclamado por la EPS demandante fueron las actuaciones y las omisiones de esa entidad, en consecuencia, mal podría concurrir de manera adicional una responsabilidad de mis representadas, quienes efectuaron la auditoría en salud, jurídica y financiera y procedieron a la imposición respectiva de las glosas, de conformidad con la normatividad legal vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que tratándose de una responsabilidad de la víctima (EPS recobrante) esta situación deja por fuera cualquier acción dirigida para imputar responsabilidad a mis representadas.

Es decir, con sus argumentos de defensa exime a los intervinientes en el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera de cualquier supuesto del que se pueda predicar algún tipo de responsabilidad, razón por la cual resulta incompatible y por ende inviable el llamamiento en garantía frente a mis representadas, incluso, debe tenerse por confesado<sup>19</sup> por el apoderado judicial de la ADRES, que en criterio de la entidad que representa, **el no pago de los recobros obedeció al incumplimiento de los requisitos normativos por parte de la entidad recobrante y NO por razones imputables a la firma auditora.**

#### **4.2.9 EL RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE LOS RECOBROS EN VÍA JUDICIAL NO SE TRADUCE EN ERROR DE AUDITORÍA Y LA EVENTUAL CONDENA NO CONLLEVA AL CAMBIO DE LA FUENTE DE FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES EXCLUIDAS DE LOS PLANES DE BENEFICIOS**

El reconocimiento en vía judicial del pago de los recobros, no puede ser interpretado como error de la auditoría, pues esta situación puede obedecer a que el Juez estime que pese al no cumplimiento de los requisitos en vía administrativa (de acuerdo con la normatividad aplicable) sea viable su pago en sede judicial, en atención a diferentes circunstancias tales como: la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-510 de 2004) como ocurre con la glosa de extemporaneidad, o que el estudio de su procedencia para pago se haga en virtud de normas posteriores a las aplicables, como por ejemplo, las aplicables a los mecanismos excepcionales, las cuales flexibilizaron los requisitos como medida de saneamiento con el fin de garantizar el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; o puede referirse a prestaciones o tecnologías aclaradas a través del mecanismo de divergencias recurrentes, entre otros.

En otras palabras, el juez puede considerar viable el pago de los recobros en vía judicial en atención a (i) la jurisprudencia constitucional, (ii) por cambio normativo o (iii) aclaraciones del contenido del Plan Obligatorio de Salud o los Planes de Beneficios en Salud, o (iv) porque la EPS recobrante subsanó en sede judicial los defectos evidenciados en la auditoría,

<sup>18</sup> Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Revista de Derecho Privado No. 14. 2008. Ponencia presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado d Colombia, julio de 2007.

<sup>19</sup> Artículo 193 del Código General del Proceso.

situaciones que no son atribuibles de modo alguno a mis representadas, como quiera que la auditoría en salud, jurídica y financiera se realizó con apego a la legislación vigente, manuales operativos y de auditoría e instrucciones impartidas por el contratante, es decir, las glosas impuestas obedecieron al acatamiento estricto de un deber legal y contractual, lo cual rompe cualquier nexo de causalidad.

Conforme a lo expuesto, el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que sean atribuibles a un error de auditoría y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que sociedades de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado, a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, en **el procedimiento de la auditoría en salud, jurídica y financiera** de los recobros por tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios con cargo a los recursos de la UPC, no solo intervenían las sociedades que integraron la Unión Temporal, también contaba con la participación de diferentes actores, entre ellos la firma interventora y el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy la ADRES), quienes cumplían una función de manera activa como se indicó en acápites precedentes.

En este marco, conforme a la normativa vigente, y las instrucciones impartidas por el Ministerio, y los manuales operativos y de auditoría, **la Unión Temporal** desplegaba entre otras actividades:

- Verificaciones de los Acuerdos del CNSSS, Comisión de Regulación en Salud (CRES), las Resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), Circulares, Notas Externas.
- Cruces de la información contenida en: (i) Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) que administraba el contrato de encargo fiduciario y hoy la ADRES. (ii) Base de Datos de Fallecidos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), (iii) Bases de Datos del INVIMA en relación con los códigos únicos de medicamentos (CUM) o de procedimientos (CUPS), usos, forma farmacéutica, entre otros, (iv) Bases de Datos del Histórico de Recobros (para prestaciones sucesivas, o establecer duplicidad), SISPRO, SIVIGILA (para enfermedades huérfanas).
- Validación de bases de datos de recobros en investigación administrativa: (Superintendencia Nacional de Salud y Dirección de Impuestos y Aduanas DIAN), penal (Fiscalía General de la Nación) y fiscal (Contraloría General de la República).
- Revisión de Valores Máximos de Medicamentos para Recobro (VMR) y comparadores Administrativos en relación con medicamentos.

Una vez concluido el proceso de auditoría, se conformaba el paquete contentivo de los recobros presentados en un período específico y según el tipo de radicación, se efectuaban validaciones de calidad y consistencia previas al pre-cierre y se remitía **al Ministerio (Hoy ADRES)** y a la firma interventora (**JAHV McGregor SAS**), para que efectuaran las validaciones técnicas y de sistemas.

**El Ministerio (hoy ADRES)**, efectuaba validaciones de sistemas al paquete, mediante el sistema de cruces de información y criterios específicos que definía para cada uno y remitía las observaciones a la firma auditora, con copia a la firma interventora.

**La firma interventora** realizaba validaciones de sistemas y de calidad a través de criterios de auditoría, mediante la verificación de muestras estratificadas de los recobros del paquete, presentaba observaciones a la firma auditora (UNIÓN TEMPORAL), quien respondía y consolidaba estas observaciones y las del Ministerio (ADRES), las cuales eran objeto de análisis conjunto con JAHV McGregor SAS, en reunión (denominada de Conciliación), que concluía con la procedibilidad de **certificar el precierre** si el resultado era consistente y no superaba el margen de error permitido, y se realizaban los respectivos ajustes.

Posterior a la consolidación de ajustes del paquete pre-cerrado, se realizaba **el cierre definitivo** que era nuevamente verificado por la firma interventora, para continuar con las certificaciones de cierre tanto por la firma auditora (Unión Temporal) como por la firma interventora (JAHV McGregor) y ésta última expedía la procedibilidad de pago de los recobros aprobados (total, parcial o reliquidado). Así mismo, se informaba a las entidades recobrantes el estado de todos los recobros incluidos en el paquete, como resultado del proceso de auditoría, previo registro en el sistema e información del SGSSS.

Con base en las certificaciones descritas anteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social ahora la ADRES, ordenaba el gasto y autorizaba el giro, efectuaba las deducciones, descuentos o compensaciones que aplicaran para cada entidad recobrante, tenía en cuenta la cadena presupuestal y ordenaba el pago de los recobros aprobados total o parcialmente o según los valores reliquidados, comunicando los giros realizados.

De otra parte, las entidades recobrantes debían radicar efectivamente las solicitudes ante la ADRES (antes en el MSPS), en el término establecido en la respectiva norma, según el tipo de radicación (normal [inicial, respuesta a glosa], excepcional), con el objeto de quedar cargada en el sistema de información (imágenes y data) y servir de base para el giro previo y procesos posteriores, como registrar el estado que se genera por el resultado de la auditoría, la procedibilidad de pago, la cadena presupuestal, la ordenación de gasto y autorización de giro, deducciones, descuentos o compensaciones, orden de pago, comunicaciones de resultados y de giro y/o de no aprobación, entre otros.

Pese a la aprobación por parte de la interventoría y posterior reconocimiento por el Ministerio de Salud y Protección Social de los diferentes paquetes en los que se agruparon los recobros que son reclamados en la demanda principal, se pretende a través del presente llamamiento en garantía y bajo criterios totalmente diferentes y ajenos al contexto de ejecución contractual que la Unión Temporal responda por el valor total de los mismos y/o por el pago de eventuales intereses o actualización liquidados sobre el valor de su capital, sin fundamento para ello conforme a lo ya expuesto.

Se reitera que en el presente asunto mis representadas como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 **NO REALIZARON LA AUDITORÍA A LOS RECOBROS OBJETO DE LA DEMANDA** y la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA tan solo efectuó la auditoría de 11 de los 16 recobros objeto de demanda, tal afirmación se puede verificar en el anexo técnico “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte” rendido por la ADRES.

#### **4.2.10 POR LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS MANDANTES**

Como se ha tratado en el presente texto, la eventual responsabilidad de las sociedades que integraron las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, en su calidad de contratistas del Estado derivaría de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios definidos por el Ministerio, esto bajo la óptica propia de la naturaleza de las obligaciones de un consultor; así las cosas, en el presente caso, el obligado a responder legalmente es el Ministerio de Salud y Protección Legal, hoy la ADRES y no mis representadas, ya que su responsabilidad solo puede devenir en la medida en que medie la culpa representada como un incumplimiento del contrato estatal que no se materializa por incurrir en un presunto “error” o diferencia de criterio con el contratante.

Máxime si se tiene en cuenta que desde el momento mismo de la estructuración del contrato el MSPS conocía del alcance y naturaleza de las obligaciones de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 y determinó que era posible autorizar el cierre y posterior reconocimiento de los paquetes de recobros<sup>20</sup> aun existiendo diferencias de criterio, siempre y cuando no superara el margen de error establecido en la metodología de evaluación de sus obligaciones, la cual fue dispuesta por el propio Ministerio y no por la firma auditora.

*“Con base en lo anterior, para el cálculo del tamaño de la muestra, el Interventor deberá aplicar en cada paquete de recobros (No POS) y reclamaciones ECAT, la fórmula expuesta en el párrafo anterior, **con un nivel de confianza de noventa y siete por ciento (97%) y un error muestral de cuatro por ciento (4%)**. Con estos parámetros se obtiene una muestra equivalente al 0,245 % del total de recobros y reclamaciones de cada paquete”.*

En consecuencia, no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de las sociedades que integraron las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014** en la ejecución de los Contratos de Consultoría N° 055 de 2011 y 043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no conforme a lo allí dispuesto y en la normatividad legal vigente; ni tampoco endilgar responsabilidad a mis representadas de procesos de auditoría anteriores a su entrada en ejecución.

El que se haya atribuido la competencia a los jueces laborales para conocer de los asuntos propios de la seguridad social integral, no hace extensiva su competencia para establecer eventuales condenas contra de mis representadas, quienes no hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral y cumplieron sus obligaciones contractuales de conformidad con el contrato celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>20</sup> El MSPS y posteriormente la ADRES establecieron mecanismos de agrupamiento de los recobros presentados para la auditoría a través de los denominados “paquetes de recobros”.

#### 4.2.11 ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE LAS ADRES

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>21</sup> tiene claramente definidos los cinco elementos o requisitos necesarios para que se configure un evento de enriquecimiento sin causa, los cuales se enuncian a continuación:

*“(i) **Que exista un enriquecimiento**, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio”;*

*“(ii) **“Que haya un empobrecimiento correlativo**, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento (...) El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma”;*

*“(iii) **“Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”;***

*“(iv) **“Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos”;** y*

*“(v) **“La acción ... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”.***

El H. Consejo de Estado estableció un requisito adicional a los antes mencionados, así<sup>22</sup>:

*“(...) Sin embargo, del estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es **que la falta de una causa para el empobrecimiento no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa (...)**”*

Desde el punto de vista de mis representadas y atendiendo la jurisprudencia antes transcrita frente a la Unión Temporal FOSYGA 2014 no se configuran los elementos necesarios para que se estructure dicha figura, teniendo en cuenta que **NO REALIZARON LA AUDITORÍA A LOS RECOBROS OBJETO DE LA DEMANDA**, así como tampoco frente a 5 recobros objeto de litis que NO FUERON auditados por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, tal afirmación se puede en la información del anexo técnico “PJU\_2014-00537 UT EPS SANITAS\_Reporte” rendido por la ADRES; por lo tanto, de conformidad a lo que se evidencia del anexo técnico mencionado, el no reconocimiento de los recobros fue provocado exclusivamente por el actuar de la EPS.

En el evento en que se ordene pagar los recobros involucrados en la demanda principal que nos ocupa, se configurarían las siguientes acciones como se pasa a explicar.

- 1. Incremento patrimonial a favor de una persona:** En este evento el sujeto activo de esta figura sería la ADRES, pues su patrimonio se incrementaría como quiera que no saldrían de éste los recursos necesarios para sufragar las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios, las cuales de acuerdo con las normas que regulan los recobros y la jurisprudencia de las Altas Cortes, deben financiarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- 2. Correlativa disminución patrimonial que sufre otra persona:** El sujeto pasivo o empobrecido de esta figura serían las sociedades que conforman las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, terceros de carácter privado, que de ordenarse el pago de los recobros con sus propios recursos económicos verían afectado o disminuido su patrimonio a costa del incremento o enriquecimiento de la ADRES.
- 3. Ausencia de causa:** Como se ha señalado, la obligación de pago de los recobros no incluidos en el Plan de Beneficios se encuentra expresamente radicada y de manera exclusiva, en principio en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a los recursos del entonces FOSYGA, actualmente esta obligación le asiste a la ADRES y no a las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 ni a cada una de las

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de marzo de 2006, Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

sociedades que las conformaron. Es más, con independencia de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría en salud, jurídica y financiera sobre las solicitudes radicadas de recobros de lo no incluido en el plan de beneficios en salud, es en él y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagarlos, sin que pueda entenderse que, en virtud de la relación contractual, esta obligación se desplace y se radique en la Unión Temporal o se extienda a ambos por igual.

Así las cosas, no solamente le corresponde al Ministerio ahora a la ADRES, pagar las solicitudes de recobro, sino que la propia ley le indica con cuáles recursos debe hacerlo, los cuales ciertamente no son los de las sociedades que conforman las Uniones Temporales.

En ese orden de ideas, no existe una justa causa para el eventual enriquecimiento de la ADRES. Aunado a lo anterior, es de resaltar que mis representadas como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 no realizaron la auditoría en salud, jurídica y financiera a los recobros objeto del asunto y la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, tan solo auditó 11 de los 16 recobros objeto de debate; así las cosas no se desvirtúa la obligación legal impuesta al Ministerio, ahora a la ADRES, de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros aprobados, actuación que no puede ser trasladada a los contratistas, es decir, a las sociedades que integraron las Uniones Temporales citadas.

## 5. MEDIOS DE PRUEBA

### 5.1 DOCUMENTALES

Solicito al Despacho que se tengan como pruebas los documentos que a continuación se relacionan, los cuales por su peso son remitidos a través del siguiente hipervínculo: [https://grupoasd-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/maria\\_chaves\\_grupoasd\\_onmicrosoft\\_com/EjFOSKjmGbFJuSTZzCh7VAEBkOfSN69WX0vgHNpOUrF08w?e=7dHido](https://grupoasd-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/maria_chaves_grupoasd_onmicrosoft_com/EjFOSKjmGbFJuSTZzCh7VAEBkOfSN69WX0vgHNpOUrF08w?e=7dHido)

#### 5.1.1 CONTRATO DE CONSULTORÍA 055 DE 2011

- a) Copia auténtica del Contrato de Consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- b) Copia de la comunicación No. 420100-28014, por medio del cual el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a mis representadas.
- c) Copia auténtica del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- d) Copia del documento de conformación de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- e) Copia de las adiciones 1, 2 y 3 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- f) Copia de la Modificación No. 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- g) Copia de las prórrogas 1 y 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- h) Copia del Acta de Liquidación del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- i) Copia de Certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social el 16 de agosto de 2016 sobre la liquidación del Contrato 055 de 2011.

#### 5.1.2 CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013

- a) Copia del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- b) Copia del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 043 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- c) Copia del documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- d) Pólizas del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013
- e) Anexos del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013

- f) Prórroga No. 1 y Otrosí modificatorio No. 2 al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013
- g) Otrosí de apropiación de recursos al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013
- h) Copia del Acta de liquidación bilateral del Contrato N° 043 de 2013

## 5.2 CONTRATO DE INTERVENTORÍA

- 5.2.1 Copia del Contrato de Interventoría No 103 de 2012, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Sociedad JAHV McGregor S.A.S. Auditores y Consultores.
- 5.2.2 Copia del Anexo técnico CMA Interventoría 01102012

## 5.3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Contiene una Carpeta denominada “**PRECEDENTES**” con la copia de las decisiones adoptadas por el H. Tribunal Superior de Bogotá y diferentes Juzgados, en los que se rechazó el llamamiento en garantía de la ADRES frente a mis representadas:

- 5.3.1 Auto del 25 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502320160043000.
- 5.3.2 Auto del 24 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con radicado 2019-00164.
- 5.3.3 Auto del 23 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501520180048100.
- 5.3.4 Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 1100131050222014049000.
- 5.3.5 Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310503220170030500.
- 5.3.6 Auto del 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310501220140063500.
- 5.3.7 Auto del cinco (5) de febrero de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral dentro del proceso 2017- 00309, por medio del cual se confirma la decisión de rechazar llamamiento en garantía en contra de mis representadas.
- 5.3.8 Auto del 21 de enero de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral dentro del proceso 2016-00728, por medio del cual se confirma la decisión de rechazar llamamiento en garantía en contra de mis representadas.
- 5.3.9 Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501120180000800.
- 5.3.10 Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310503520160074400.
- 5.3.11 Auto del 17 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503820170030900.

## 5.4 Copia del derecho de petición elevado ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES

Dirigido al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al igual que al correo de notificaciones judiciales de la entidad, para que se aporte copia de la certificación de cierre definitivo de los paquetes 1011 (octubre de 2011), 1111 (noviembre de 2011), ART11101071201 (julio de 2012) y MYT04021302 (febrero de 2013), emitidas por la firma interventora JAHV McGregor auditado por la **Unión Temporal Nuevo FOSYGA**.

Se acompaña el correo electrónico que soporta la petición, documentos anexos (base de datos y auto que reconoce personería para actuar), y dos certificados de entrega

## 5.5 TESTIMONIOS

- 5.5.1** Solicito que se decrete el testimonio de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: [esperanza.rozo@utfosyga2014.com](mailto:esperanza.rozo@utfosyga2014.com). La testigo declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, el origen de los recursos con los cuales se cancelan los recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las auditorías efectuadas por la mencionada firma, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría (notas externas, circulares), los criterios tomados en cuenta para efectuar la auditoría integral, los demás hechos de la demanda, su contestación y las excepciones.
- 5.5.2** De igual manera, solicito que se decrete el testimonio de **SINDY LORENA CAÑOLA HIGUERA**, (médica), en su calidad de Jefe de Conceptos Técnicos de la Unión Temporal FOSYGA 2014 (o quien haga sus veces), mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: [sindy.canola@utfosyga2014.com](mailto:sindy.canola@utfosyga2014.com), quien declarará sobre las tecnologías en salud recobradas en la presente demanda, las glosas impuestas, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría, entre otros asuntos relacionados con el trámite de la auditoría a los recobros.

## 5.6 EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE LA LLAMANTE EN GARANTÍA:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y 266 del CGP, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, de manera atenta solicito al Despacho se ordene la exhibición de los siguientes documentos que se encuentran en poder de la llamante en garantía:

- Copia de las certificaciones de cierre definitivo de paquetes, emitidas por la firma interventora JAHV MCGREGOR respecto de los paquetes auditados por la Unión Temporal **NUEVO FOSYGA** objeto de la presente acción que se relacionan a continuación: 1011 (octubre de 2011), 1111 (noviembre de 2011), ART11101071201 (julio de 2012) y MYT04021302 (febrero de 2013)

Los hechos que se pretenden demostrar a través de los documentos solicitados se relacionan de forma directa con cada uno de los recobros objeto de la demanda y por los cuales se dispuso la participación de mis representadas en estas diligencias en calidad de llamadas en garantía, pues estos hacían parte de diferentes paquetes cuyo resultado fue conocido y validado por la firma interventora JAHV MCGREGOR y por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la documental (cierres de paquete) que acá se solicita.

Con la supresión de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, todas sus obligaciones se trasladaron a la ADRES, al igual que todos los soportes documentales. En este punto es preciso señalar que con la liquidación de los contratos de consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, se llevó a cabo un proceso de empalme entre mis representadas y la ADRES y como resultado de esta actividad se le hizo entrega de las bases de datos y documentos relacionados con la ejecución de los contratos, conforme las tablas de retención documental –TRD- y por tanto, tan solo la ADRES dispone de la información solicitada.

En el evento en que se ordene este medio probatorio por ajustarse a lo previsto en el artículo 267 del C.G.P aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del C.P.T y de la S.S., solicito que en caso de que la llamante no aporte los documentos, se apliquen las consecuencias previstas en la norma en cita.

Finalmente, en caso de no decretar el medio probatorio solicitado, de manera subsidiaria se solicita al Despacho **requerir** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, con el objeto de que allegue con destino a este proceso las certificaciones de cierre de los paquetes antes mencionados, que fueron solicitadas por mis mandantes a través de derecho de petición radicado en esa entidad vía correo electrónico de fecha 24 de agosto del 2021, cuya copia se allega con el presente escrito en el numeral 5.4 de las documentales, como quiera que mis representadas dieron cumplimiento a lo previsto en el numeral 10 del artículo 78 del Código General del Proceso.

## 6. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el Decreto 806 del 04 de junio de 2020, artículo 3, se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

- **DEMANDANTE: SANITAS EPS S.A.**

- Dirección electrónica de notificación judicial: [notificajudiciales@keralty.com](mailto:notificajudiciales@keralty.com)
- Dirección electrónica de notificaciones apoderada judicial: [jiriarte@colsanitas.com](mailto:jiriarte@colsanitas.com)

- **LLAMANTE EN GARANTÍA: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES:**

- Dirección electrónica de notificación judicial: [notificaciones.judiciales@adres.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@adres.gov.co)
- Dirección electrónica de notificaciones apoderado judicial: [cristian.paez@adres.gov.co](mailto:cristian.paez@adres.gov.co)

**LLAMADAS EN GARANTÍA: Mis representadas como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 recibirán notificaciones en las direcciones electrónicas que se relacionan a continuación:**

- **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**

- Dirección electrónica de notificación judicial: [impuesto.carvajal@carvajal.com](mailto:impuesto.carvajal@carvajal.com)
- Dirección física: Calle 29 Norte No. 6A - 40 de Santiago de Cali.

- **GRUPO ASD S.A.S**

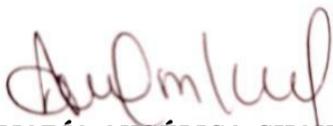
- Dirección electrónica de notificación judicial: [clizarazo@grupoasd.com.co](mailto:clizarazo@grupoasd.com.co)
- Dirección física: Calle 32 No. 13 - 07 de la ciudad de Bogotá D.C.

- **SERVIS S.A.S.**

- Dirección electrónica de notificación judicial: [clizarazo@grupoasd.com.co](mailto:clizarazo@grupoasd.com.co)
- Dirección física: Calle 32 No. 13 - 07 de la ciudad de Bogotá D.C.

- La suscrita apoderada recibirá notificaciones en el correo electrónico [maria.chaves@utfosyga2014.com](mailto:maria.chaves@utfosyga2014.com); así mismo podrá ser contactada en el número celular: 3007895997.

Cordialmente,



**MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ**

C.C. 1.077.032.324 de Subachoque-Cund

T.P. 184.709 del C.S. de la J