

Bogotá D.C.

Honorable Magistrada
ZORANNY CASTILLO OTALORA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALI
<https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>

ASUNTO : ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
PROCESO : REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO : 76001233300320190034000
DEMANDANTE : CAJA DE COMPENSACIÓN COMFENALCO VALLE
DEMANDADO : CONSORCIO SAYP 2011 INTEGRADO POR FIDUPREVISORA S.A. Y
FIDUCOLDEX S.A. Y OTROS

ANGÉLICA TATIANA LEGUIZAMÓN HERNÁNDEZ, apoderada judicial del CONSORCIO SAYP 2011 y las fiduciarias que lo conforman procedo a presentar alegatos de conclusión estando dentro del término otorgado por el despacho en audiencia llevada a cabo el 16 de mayo de 2024, en los siguientes términos.

El Consorcio Sayp 2011 y las fiduciarias que lo conforman, RATIFICAN lo expuesto en el escrito de contestación con fundamento en las consideraciones previas, fundamentos fácticos y de derecho, contestación a los hechos de la demanda, las excepciones propuestas y las pruebas aportadas y practicadas, pues frente a las pretensiones incoadas por la actora y **conforme a las normas citadas que rigen el tema y las cuales se encuentran vigentes, se tiene que el Ministerio de Salud y Protección Social era el ordenador del gasto de los recursos que integran el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, por lo cual, el CONSORCIO SAYP 2011 Y LAS FIDUCIARIAS QUE LO INTEGRAN, únicamente estaban facultados legal y contractualmente para realizar los pagos, giros o transferencias que ordenaba el Ministerio de Salud y Protección Social de acuerdo a la ordenación de gasto del pago, giro o transferencia.**

ANTECEDENTES CONTRATO ENCARGO FIDUCIARIO 467 DE 2011

El artículo 218 de la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA, el cual en su tenor literal dispone:

“Creación y Operación del Fondo. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.”

A su turno, el artículo 219 de la norma en cita, definió la estructura de dicho Fondo, cuando determinó:

“Estructura del fondo. El fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes: a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley”.

Así las cosas, y en virtud de las disposiciones anteriormente transcritas, el Ministerio de Salud y Protección Social actuando de acuerdo con los preceptos de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, ordenó la apertura del proceso SAMC 04 de 2011 con el objeto de seleccionar la fiduciaria con la que se celebraría el contrato de Encargo Fiduciario para la administración de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS.

El día 23 de septiembre de 2011, se suscribió entre el Ministerio de Salud y Protección Social y el CONSORCIO SAYP 2011, el Contrato de Encargo Fiduciario para la Administración de los Recursos del FOSYGA N° 0467 de 2011, el cual inició su ejecución el 3 de octubre de 2011, el cual consagra en la Cláusula Primera, lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente contrato es 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 las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, 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 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista.” (Subrayado fuera de texto).

Ahora, en virtud de lo anterior, el CONSORCIO SAYP 2011 ejerció la calidad de Administrador de los recursos del FOSYGA de conformidad con la disposiciones del contrato de encargo fiduciario N° 467 desde el 3 de octubre 2011 hasta el 31 de julio de 2017 y frente a cualquier solicitud de ***devolución, reintegro o pago de sumas de dinero***, como lo pretendido en el caso objeto de la Litis por parte de la COMFENALCO VALLE EPS, se precisa que **únicamente estaba facultado legal y contractualmente para realizar los pagos, giros, devoluciones o transferencias que ordenara el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la ordenación de gasto del pago, giro o transferencia por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.**

Lo expuesto anteriormente, supone que ni el CONSORCIO SAYP 2011 ni el contrato de encargo fiduciario eran idénticos o se confundían con el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-. Se trataba de dos conceptos esencialmente diferentes. Por tanto, **El CONSORCIO SAYP 2011 era simplemente, un colaborador de la administración cuya actuación a través del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario es la propia de un contratista. Por el contrario, el Fondo, es un “organismo con capacidad limitada de actuación” debido a que depende, en virtud de su adscripción, del Ministerio correspondiente.** Además, existen las siguientes razones:

- a) El negocio fiduciario celebrado es, simplemente y por mandato de la ley, un mecanismo accesorio para la instrumentación operativa de los recursos que componen el Fondo de

Solidaridad y Garantía –FOSYGA- a efectos de ofrecer agilidad y transparencia en el empleo de los recursos.

- b) El desarrollo de tal mecanismo y en particular, la ejecución del contrato por parte del CONSORCIO SAYP 2011, se lleva a efecto, (i) Con fundamento en lo dispuesto en el contrato de Encargo Fiduciario y las instrucciones impartidas por el Ministerio. (ii) De acuerdo con lo señalado por los órganos que tienen las funciones de dirección del citado Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-.
- c) La circunstancia de que el contrato ordenado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, a fin de “manejar” el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- fuese un contrato de encargo fiduciario tiene como consecuencia en virtud de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera, entre otras cosas, que su instrumentación se lleve a efecto con apoyo en las normas del mandato¹ y, **en esa medida, la fiduciaria no actúa por su propia cuenta sino que ejecuta su gestión por encargo del fideicomitente –en este caso del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Salud y Protección Social-. Ello coincide con la calificación de los negocios fiduciarios como contratos de confianza y colaboración.**
- d) Suponer que la celebración del contrato de Encargo Fiduciario para “manejar” los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- hace que el fiduciario asuma la condición de responsable directo de actos que no son de su resorte ni por ley ni por el contrato propiamente dicho es (i) desconocer que la celebración de dicho contrato tiene como finalidad, exclusivamente, instrumentar formas de manejo eficiente y transparente de los citados recursos, (ii) asumir equivocadamente que el Fondo se convierte en propiedad del fiduciario contratante, (iii) admitir, de manera inaceptable, que una operación contractual como la señalada tiene la virtualidad de transferir funciones y responsabilidades de una entidad pública a un particular y (iv) modificar el tipo de relación existente entre el contratista fiduciario y el Estado presentando la relación contractual, no como tal, sino

¹ El numeral 2.2, del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica advierte lo siguiente: “Para los efectos de esta Circular, se entiende por negocios fiduciarios tanto los contratos de fiducia mercantil donde hay transferencia de la propiedad, como los encargos fiduciarios donde existe la mera entrega de los bienes, éstos últimos también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato”. Por su parte, el numeral 1 del artículo 146 del estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establece lo siguiente: “En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto”.

como un vínculo reglamentario que hace y convierte al contratista en entidad perteneciente al sector salud.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional expidió la Ley 1753 de 2015, por medio de la cual expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, definiéndose la obligatoriedad del manejo institucional y no fiduciario de los recursos de la seguridad social en salud, que conforme a lo dispuesto en su artículo 66, estableció la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES, cuyas funciones generales coinciden con las que desarrolló el Consorcio SAYP 2011 hasta el 31 de julio de 2017 y que los recursos que se pretenden en esta demanda obedecen a recursos de la Salud a cargo al extinto Fondo de Solidaridad y Garantías FOSYGA el cual era administrado fiduciariamente por mi representada en estricto cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de encargo fiduciario N° 467 de 2011 y la Ley, no obstante, debe tenerse en cuenta que desde el 01 de agosto de 2017 quien tiene la administración de los mencionados recursos es la Administradora de los Recursos de La Seguridad Social en Salud –ADRES- y en caso de causarse alguna obligación por el pago de conceptos reclamados en esta demanda es esa entidad quien deberá desembolsar el pago de los mismos, pues no pueden perseguirse recursos propios de las entidades que represento ya que además de configurarse un enriquecimiento sin justa causa a favor de la Nación, es claro que no existe responsabilidad ni obligación alguna entre las labores que desempeñaba el Consorcio Sayp.

ANTECEDENTES RESPECTO AL TRÁMITE QUE SURTÍAN LOS RECOBROS:

Hasta el 30 de septiembre de 2011 el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, en virtud del contrato de encargo fiduciario No. 242 de 2005, tuvo a su cargo la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA, y dentro de sus obligaciones se encontraba también efectuar el trámite de auditoría integral a los recobros presentados con cargo a los recursos del FOSYGA.

A partir del 1 de octubre de 2011 y hasta el 31 de julio de 2017, el CONSORCIO SAYP 2011 fue el administrador de los recursos del FOSYGA y de conformidad con la disposiciones del contrato de encargo fiduciario 467 de 2011, frente al pago de recobros, el CONSORCIO SAYP 2011 estaba obligado ÚNICAMENTE a realizar los pagos, giros o transferencias que ordenara el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la ordenación de gasto del pago, giro o transferencia.

Así mismo, el CONSORCIO SAYP 2011 hoy en liquidación solamente estaba obligado a recibir de la firma auditora de cuentas, contratada por el Ministerio de Salud y Protección Social para auditar los recobros, la información, bases de datos y la documentación física requerida para efectuar el pago, previa ordenación del gasto y autorización del giro de recursos por parte del Ministerio.

Cabe destacar que mediante contrato de consultoría 055 de 2011, el Ministerio de Salud y Protección Social adjudicó a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, el proceso de la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros, quien tenía a su cargo la recepción, radicación y trámite, según lo establecido en la normatividad vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

POR LO ANTERIOR, ES EVIDENTE QUE EL CONSORCIO SAYP 2011 HOY EN LIQUIDACIÓN TENÍA UNAS OBLIGACIONES DELIMITADAS EN EJERCICIO DEL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO NO. 467 DE 2011, POR LO QUE SE RESTRINGÍA A EFECTUAR EL PAGO QUE PRESCRIBÍA U ORDENARA EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE SUS FACULTADES DE ORDENACIÓN DEL GASTO Y AUTORIZACIÓN DEL GIRO, SIN QUE DENTRO DE SUS OBLIGACIONES SE ENCONTRARA LA DE SURTIR EL TRÁMITE DE AUDITORÍA INTEGRAL DE RECOBROS. POR TANTO, ESTA ACTIVIDAD DE PAGO LA EJECUTABA EL CONSORCIO SAYP Y SE REALIZABA COMO SE EXPLICÓ, DE MANERA FRACCIONADA Y DELIMITADA, PUES DEPENDÍA DE UNA INSTRUCCIÓN PREVIA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (MSPS);

Ahora bien, a partir del primero de agosto de 2017, fecha de entrada en operación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, corresponde a dicha entidad efectuar (previa auditoría en salud, jurídica y financiera) el reconocimiento y pago de los recobros por medicamentos, tratamientos y tecnologías no incluidas en el POS, tal como lo dispone el parágrafo 2° del art. 24 del Decreto 1429 de 2016 así:

PARÁGRAFO 2°. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, dando aplicación a la unidad de caja de que trata el inciso final del artículo 57 de la Ley 1815 de 2016 y de conformidad con lo dispuesto por el presente artículo, podrá iniciar el proceso contractual para la auditoría integral de los recobros y reclamaciones que se deban reconocer y pagar por la ADRES, buscando garantizar la continuidad en el ejercicio de las tareas de auditoría.

De acuerdo con todo lo manifestado, la vinculación del **Consorcio SAYP 2011 en liquidación** y las fiduciarias que lo conforman en la presente demanda, constituye **UNA INDEBIDA LEGITIMATIO AD PROCESSUM**, por incapacidad jurídica y procesal para atender el requerimiento de la accionante, por el hecho de no ser la entidad que auditó los recobros aducidos por la demandante.

CONSIDERACIONES

Aunado a lo anterior, se reitera que el CONSORCIO SAYP 2011 fue simplemente un colaborador de la administración cuya actuación se circunscribió al cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social; Pero debe aclararse que esa relación contractual fue única y exclusiva con el Ministerio de Salud y Protección Social y por ende se insiste, en que al no existir relación jurídica con el EPS reclamante, los argumentos esbozados por la parte actora carecen de sustento legal y contractual. En consecuencia, todas las acciones precedentes relacionadas con los recobros estaban en cabeza de la UNIÓN TEMPORAL y de la firma Auditora JHAV Mac Gregor o del Consorcio FIDUFOSYGA 2005, contratadas por el Ministerio para lo pertinente.

La auditoria de los recobros no hizo parte del ámbito del ejercicio de obligaciones del CONSORCIO SAYP 2011, pues como se especifica, éste no participó ni tenía responsabilidad alguna en los aspectos relacionadas con la pertinencia de pago de los recobros; su papel, entonces, por razón del encargo fiduciario fue puramente instrumental para el pago, y nada más, previa instrucción del Ministerio de Salud y Protección Social.

Así mismo, el Consorcio SAYP 2011, actuaba como un mero administrador; es decir, obró simplemente como un colaborador de la administración en cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario, muchas de las cuales requerían instrucción previa para poder ser ejecutadas, del mismo modo se aclara que dentro de las obligaciones específicas no se encontraba la validación de los pagos desde la perspectiva técnica – científica, mis representadas nunca intervinieron en el proceso de auditoria ni en la decisión de pertinencia de pago.

Adicionalmente, el CONSORCIO SAYP 2011 no emitía actos administrativos, pues sus competencias legales y contractuales no lo habilitan para ello, amén que no intervenía en el trámite de auditoría.

Finalmente, es importante recalcar que no era el Consorcio Sayp 2011, el que emitía un pronunciamiento para que procediera el pago, el resultado de auditoría conforme lo establece la Ley se ponía a merced del Ministerio de Salud y Protección Social y de su firma auditora y posteriormente de aquellos recobros que sobrepasaran efectivamente este proceso, el Ministerio emitía la ordenación para pago a mi representada y no como lo concibe la demandante.

SOLICITUD

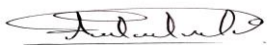
1. De conformidad con todo lo expuesto, de manera respetuosa, solicito al señor Juez, NO ACCEDER a las pretensiones de la demandada frente a mis representadas por los argumentos expuestos tanto en estos alegatos como en la contestación de la demanda, con base en lo expuesto y que se traduce en:

- A. En primer lugar y como punto prevalente, el CONSORCIO SAYP 2011 carece de personería jurídica y actuaba como encargado fiduciario de los recursos del FOSYGA; por ende, los recursos así entregados no se transferían a la entidad fiduciaria, ni constituían en patrimonio autónomo, sino que su capacidad para actuar era delimitada estrictamente por las instrucciones contractuales impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que no tenía la legitimidad, capacidad jurídica y procesal para atender la reparación de los daños “presuntamente ocasionados”.
- B. El Consorcio era simplemente un colaborador de la administración de los recursos del FOSYGA cuya actuación era a través del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario, que es la propia de un contratista
- C. El Decreto 546 del 30 de marzo de 2017, mediante el cual se modificó para el 1 de agosto de 2017, la entrada en operación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES.
- D. De acuerdo con lo anterior, el contrato de encargo fiduciario No. 0467 de 2011 no fue prorrogado nuevamente y, por ende, el 31 de julio de 2017 finalizó.

- E. Como quiera que el Consorcio SAYP 2011 fue conformado exclusivamente para atender las funciones que ahora realizará ADRES, por sustracción de materia el 31 de julio de 2017, el objeto de la creación del mencionado consorcio se extinguió y, en consecuencia, debe procederse a la liquidación de la antedicha forma asociativa.
- F. Entonces esa facultad para cumplir cualquier orden judicial, sin ambages, recae única y exclusivamente en la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES.
- G. Las demás razones fácticas y jurídicas expuestas a lo largo de este escrito de alegatos

2. En consecuencia **ABSOLVER** a mi representada Consorcio SAYP 2011 y las fiduciarias que lo conforman de cualquier tipo de responsabilidad o perjuicio frente a los hechos expuestos en la demanda o de Costas y gastos judiciales.

Cordialmente,



ANGÉLICA TATIANA LEGUIZAMÓN HERNÁNDEZ

CC.52.858.327 de Bogotá

T.P 329.534 del C.S.J

Profesional Jurídico – Consorcio Sayp 2011 hoy en liquidación