Bogotá D.C., 10 de mayo de 2024

Doctor
VICTOR HUGO GONZALEZ
Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá (o quién haga sus veces)
jlato20@cendoj.ramajudicial.gov.co
Ciudad

_____
Referencia:

Radicado:	**1100131050-20-2018-00273-00**
Proceso:	Ordinario Laboral de Primera Instancia
Demandante:	EPS ALIANSALUD.
Demandados:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Asunto: CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA ADRES

ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.627.008, abogada con T.P. No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme a los poderes conferidos 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 Bogotá D.C -las dos restantes, integrantes de la **Unión Temporal FOSYGA 2014-UTF2014,** de manera atenta me dirijo al Despacho, con el fin de **presentar contestación del llamamiento en garantía formulado** por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES (en los sucesivo ADRES**,** de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. 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:

1.1. AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Primera del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, a la cual nos ceñimos en su tenor literal.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que el citado contrato no solo cumplió su objeto contractual conforme a las obligaciones generales allí previstas:

> *"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.

Se precisa al Despacho que el referido contrato a la fecha se encuentra liquidado con suscripción de Acta bilateral de liquidación sin salvedades específicas.

No obstante, 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 en el desarrollo de su objeto contractual.

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.

1.2. AL HECHO SEGUNDO: Para responder se separa:

1.2.1. NO ES UN HECHO[1]**,** Lo narrado en el presente numeral corresponde a la cita de una cláusula del Contrato de Consultoría No. 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:

1.2.2. ES PARCIALMENTE CIERTO. Lo transcrito responde a lo establecido en la cláusula No. 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.

1.2.3. 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 concreto no se configuran, como quiera que la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud[2], se efectuó con apego a la normatividad vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

1.2.4. La auditoría de recobros como proceso, es un trámite realizado por varios actores con actividades determinadas, es así que, como parte integral del Contrato de Consultoría No 043 de 2013, se incluyó el Anexo Técnico CMA No. 001 de 2013 que establece los "REQUERIMIENTOS TÉCNICOS, METODOLOGÍA Y PLAN DE CARGAS DE TRABAJO PARA LA AUDITORÍA DE RECOBROS Y RECLAMACIONES". El texto en mención incluye un "CRONOGRAMA – PROCESO DE AUDITORÍA INTEGRAL RECOBROS" que estipula:

> "Las actividades asociadas al trámite de recobros por beneficios extraordinarios se describen a continuación, **y están sujetas a la normativa vigente**, la actualización del mismo deberá realizarse como mínimo de manera semestral **o cuando se requiera (cambio en la normativa,**

[1] 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

[2] A partir de la Resolución 5592 de 2015 cambia el concepto de Plan Obligatorio de Salud siendo reemplazado por el de Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC

procedimientos, instructivos o instrucciones impartidas por el Ministerio)."
(Subraya y negrilla fuera de texto)

1.2.5. Así mismo, el documento referido incluye un cuadro en formato Excel el cual en la columna denominada "*Responsable*" señala los actores intervinientes en cada paso de la auditoría y las actividades que desempeñaban. A continuación, se relacionan los intervinientes que menciona el texto:

- Firma auditora
- Administrador Fiduciario
- Firma Interventora
- Entidad Recobrante
- Ministerio de Salud y la Protección Social

1.2.6. Por una parte, al ostentar la figura asociativa denominada Unión Temporal FOSYGA 2014 la calidad de consultor[3] de conformidad con el contrato suscrito, su **régimen de responsabilidad es eminentemente subjetivo,** en la medida en que debe ser la culpa el eje central del análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales y no una obligación de resultado como lo pretende hacer valer la llamante en garantía, ADRES.

1.2.7. En todo caso la responsabilidad patrimonial prevista en el numeral relacionado por la llamante en garantía no implica en ningún caso la sustitución de la fuente de financiación de los recobros por prestaciones de salud no incluidas en el plan de beneficios que se encuentran a cargo del Estado, representado actualmente por la ADRES.

1.2.8. Por otra parte, se debe tener en cuenta que otro factor importante que desvirtúa la responsabilidad de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, es: (i) La existencia de contrato de transacción celebrado entre las partes, así como la suscripción del acta de liquidación bilateral sin salvedades, incluyendo esta cláusula, con el cual las partes se declararon a paz y salvo, así como (ii) la conducta de la parte demandante al presentar al trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera, solicitudes de recobros que no cumplen con los requisitos legales establecidos por la normatividad sobre el tema, y/o que hacen referencia a prestaciones incluidas en el plan de beneficios en salud. En virtud de lo anterior, se genera una conducta que sólo le es atribuible a la EPS demandante.

1.2.9. Otro punto que refuerza lo expuesto es el hecho que este tipo de controversias hicieron tránsito a cosa juzgada con el contrato de transacción suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Fosyga 2014, el día 18 de julio de 2018, el cual tenía como objeto:

> Primera. – Objeto. Las partes han decidido solucionar todas las diferencias que entre ellas existen o llegaren a existir respecto del estado de cumplimiento del Contrato 043 y su ejecución en general desde el inicio de su vigencia y hasta el 2018 (abril) y en especial, de las que dieron lugar al procedimiento administrativo contractual tendiente a la determinación de presuntos incumplimientos del mencionado contrato por parte de la UTF2014, para ello, han convenido:
>
> 1.3. En general, poner fin a cualquier diferencia presente o futura que pueda suscitarse entre las partes con relación a la ejecución del Contrato 043 así como cualquier diferencia o reclamación de cualquier naturaleza que se pudiera presentar con ocasión de la ejecución de dicho contrato desde la fecha de su inicio hasta el 30 de abril de 2018. Igualmente precaver eventuales litigios en tono a lo señalado en esta cláusula y en los antecedentes y consideraciones del presente contrato, con efectos de cosa juzgada de conformidad con lo previsto en la ley.

En el mismo sentido, en la cláusula quinta se pactó:

---

[3] Siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina[3] (desarrollo de una actividad especializada de forma habitual; existencia de una organización y preeminencia o dominio profesional)

Quinta: Efectos de transacción. Por disposición de la ley, el presente contrato produce efectos de cosa juzgada en última instancia y por tanto, las partes quedan inhibidas para efectuar reclamaciones judiciales o extrajudiciales por cualquier concepto relacionado con daños, perjuicios o incumplimientos relacionados con la ejecución del contrato 043 de conformidad con el alcance y vigencia establecidos en la cláusula primera – Objeto del presente contrato, incluyendo los recobros y reclamaciones ECAT auditados por la UTF 2014 comprendidos en el Anexo No. 2- "Relación de paquetes de recobros y reclamaciones auditadas por la UTF2014"

De acuerdo con lo anterior, la ADRES para realizar el presente llamamiento toma en cuenta las obligaciones pactadas en el contrato 043 de 2013, dejando de lado que de manera posterior se suscribió contrato de transacción que impide a las partes acudir nuevamente a vía judicial o extrajudicial, el cual hace parte integral del Acta de liquidación del contrato

1.2.10. El 30 de octubre de 2020, mucho tiempo después de la celebración de la transacción, se suscribió entre las partes Acta de liquidación bilateral del contrato de consultoría 043 de 2013 y en dicha oportunidad las partes, no estipularon o manifestaron, expresamente, salvedades, desacuerdos o constancias de reclamación de manera precisa y particular.

El Acta de liquidación no trae en su contenido ni en documento anexo o adjunto salvedad precisa o específica por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y/o ADRES sobre posibles reclamaciones u observaciones por parte de la contratante, esto es, respecto del comportamiento contractual del contratista -presuntos incumplimientos contractuales y causación de perjuicios-, por lo tanto en esa oportunidad quedó saldado todo lo relacionado con el contrato y no habría lugar a reabrir discusiones sobre su ejecución y posibles incumplimientos contractuales.

1.3. AL HECHO TERCERO: Para responder se separa:

1.3.1. 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 de la cita expresa de una cláusula del Contrato de Consultoría 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 durante su vigencia y no se extiende en el tiempo de manera indefinida, máxime cuando el contrato ya se encuentra liquidado como en el asunto que nos ocupa.

1.3.2. El hecho de pactar cláusula de indemnidad en un contrato estatal no implica que la entidad pública quede relevada de responder a terceros con ocasión de la actividad ejecutada por el contratista , habida cuenta que la obra, bien o servicio dado o desarrollado por el particular colaborador de la administración sigue siendo propiedad del Estado y por ende es la entidad pública contratante la responsable directa o primer respondiente frente a terceros y no puede oponerse aduciendo la existencia de una cláusula de indemnidad en favor suyo.

1.3.3. Si bien en el referido contrato se pactó una cláusula de indemnidad, esto no deriva en ningún modo en que la Unión Temporal FOSYGA 2014 se comprometiera 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 unas figuras asociativas 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.

1.3.4. Se insiste que el alcance de las obligaciones de **la Unión Temporal en su calidad de consultora** desvirtúan cualquier posibilidad de promulgar responsabilidades de tipo objetivo o de resultado, bajo las cuales mi representada debiera 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.

1.3.5. Se destaca que las partes suscribieron un Acta de liquidación bilateral del contrato, además un contrato de transacción, en consecuencia, la indemnidad enunciada perdió vigencia y se concluye que ninguna responsabilidad le asiste a la Unión Temporal, pues ello 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.

1.4. AL HECHO CUARTO: ES CIERTO que la ADRES es una entidad de nivel descentralizada, 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.

1.4.1. 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, según las disposiciones legales y jurisprudenciales, efectuar el pago de los amparos solicitados, en el caso de una eventual condena declarada de conformidad con la demanda principal**.

1.5. AL HECHO QUINTO: NO ES UN HECHO, tan solo se alude a una disposición normativa y nos atenemos en su tenor literal. 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 punto que con los recursos que administra dicha entidad es que se reconocen y pagan actualmente las prestaciones excluidas del POS, razón por la cual, **compete exclusivamente a dicha entidad asumir el pago de una eventual condena de la demanda principal**.

- Adicionalmente se precisa que por esta razón el Acta de liquidación bilateral del **Contrato 043 de 2013** se suscribió entre mis representadas y la ADRES el 30 de octubre de 2020.

1.6. AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO sino un juicio de valor realizado por la llamante en garantía. Sin embargo, teniendo en cuenta que este numeral contiene varios supuestos, se responde cada uno por separado, así:

1.6.1. NO ES CIERTO, como lo quiere hacer ver la llamante, que la EPS demandante cuestione el proceso de auditoría adelantado por la Unión Temporal FOSYGA 2014, por el contrario, la demandante cuestiona la falta de pago de las prestaciones que según la EPS demandante no estaban incorporadas en el POS, así como la normatividad que regulaba el tema de recobros ante el entonces FOSYGA a los cuales mis representadas debían ceñirse con estricta observancia.

1.6.2. Aunado a lo anterior, el Contrato de Consultoría 043 de 2013 cumplió su objeto contractual y **se liquidó de forma Bilateral, según consta en las Acta de Liquidación suscrita por las partes el 30 de octubre de 2020,** en la que quedaron solucionadas todas aquellas controversias entre las partes, 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.

1.6.3. Adicionalmente, en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, ninguna de las partes dejó expresa y específica salvedad que evidenciaran disconformidades o circunstancias que den lugar a reclamaciones extrajudiciales o judiciales, ninguna responsabilidad le asiste a la Unión Temporal contratistas y a sus integrantes individualmente considerados frente a la entidad pública contratante ni respecto de terceros en lo que atañe o refiere a la celebración, ejecución y/o liquidación del Contrato de Consultoría.

1.6.4. Finalmente, tampoco es procedente acudir a la figura de llamamiento en garantía ya que **mis representadas no son garantes del Ministerio de Salud y Protección Social hoy ADRES**, "solo tenían una relación de auditoría de recobros y reclamaciones, cuyos resultados fueron recibidos a satisfacción en su momento, sin que se pudiera predicar una relación sustancial para llamarlas en garantía" (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, Magistrado Ponente: Hernán Mauricio Oliveros Mottas, expediente radicado No. 2016-00728-01 Auto del 21 de enero de 2020) o, sin que por ello se pudiera exigir frente a mis representadas una indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues "están a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social"(Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte, expediente con radicado No. 2017- 00309 Auto del 5 de febrero).

1.6.4.1. Al respecto, el Auto proferido en el proceso ordinario No. 21-2015-186-03, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral el treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE manifestó:

> *"Ahora bien, resulta claro y ya ha sido definido por este Tribunal varias veces, 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 la 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, pues sin ellas se puede producir una sentencia de fondo". (Negrilla propia del texto)*

1.6.4.2. Posición que fue reiterada en el **auto proferido el 31 de enero de 2022,** en el proceso 11001310502620191630 1, M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE, al señalar que en el presente caso no se dan los presupuestos del artículo 64 del CGP:

> *"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 previstas en el art 64 del CGP, 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 la 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. (…) De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a llamar a los consorcios y Uniones Temporales ni para que emitan conceptos, 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, soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas, su revisión desde luego, 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 que impartiere 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 Sala, sólo indica que apoyan***

o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de 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 comparecencia al proceso. *" (Negrilla fuera de texto)*

1.6.4.3. Recientemente, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Magistrada Elcy Valencia Castrillón, en el expediente 023-2019-0022-01, en **auto del 31 de octubre de 2023**, respecto a la procedencia del llamamiento en garantía de la ADRES a mis representadas, señaló:

"La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en anteriores oportunidades, se ha pronunciado en casos similares, manifestando que FOSYGA 2014 solo tienen una relación de auditoría, recaudo, administración y pago derivados de unos 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 estarán a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social;(ADRES-SUCESORA), y este es justamente el objeto de la controversia, luego en este caso no existe la relación contractual que da lugar a la figura como exige la norma mencionada. Así se ha pronunciado al respecto este Tribunal en providencia del 31 de agosto de 2023, dentro del proceso 11001- 31-05-024-2019-526-01.

Salta a la vista que le asiste razón a la Juez de primera instancia, pues ***no existe tan siquiera una razón, que indique que la relación contractual entre el llamante y el llamado, los obligue a responder por las condenas, que es lo que da lugar a la figura y es este el motivo determinante para negar la intervención; esto es la carencia de certeza sobre la existencia de la relación legal o contractual****, lo que hace que no se den los requisitos del artículo 64 CGP, que así lo exige, pues FOSYGA solo actúo como auditor y asesor." (Negrilla fuera de texto)*

2. FRENTE A LAS PETICIONES:

El llamamiento en garantía formulado por ADRES no contiene ninguna petición o pretensión específica y concreta sobre la cual mis representadas puedan emitir un pronunciamiento, pues el llamante se limita a parafrasear lo dispuesto por el artículo 64 y s.s. del Código General del Proceso, por lo cual, esta defensa considera que el llamamiento en garantía no cumple con los requisitos consagrados por el artículo 82 del Código General del Proceso, exigidos por remisión expresa de su artículo 65, particularmente al no presentar "*lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad*", por tanto, se propondrá la correspondiente excepción previa.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que 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 existieron el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, su ejecución no implicó el pago de los recobros con recursos de terceros, es decir, la celebración de los contratos no conllevó al cambio de la fuente de financiación, aunado a que las cláusulas de indemnidad pactadas no implicaban el pago de las prestaciones excluidas de los planes de beneficios, pues dicho pago en todo momento ha sido a cargo del Estado, antes a través del FOSYGA y en la actualidad a través de la ADRES.

Adicionalmente y como ya se mencionó, media entre las partes actas de liquidación bilateral de los contratos, sin salvedades específicas, y contrato de transacción respecto de la UTF2014, con lo cual se concluye que ninguna responsabilidad le asiste a la Unión Temporal y las sociedades que las conformaron ante una eventual condena.

En este sentido, mis representadas **SE OPONEN** al llamamiento efectuado, 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 contrato de transacción con la UTF2014 y el Acta de Liquidación bilateral del contrato 043 de 2013, sin que le sea posible pretender indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

3. 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.

- **EXCEPCIONES PREVIAS:**

3.1. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL - IMPOSIBILIDAD DE EXAMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS REPRESENTADAS (Numeral 1 del artículo 100 del CGP):

3.1.1. POR LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES LLAMADAS EN GARANTÍA:

El Código Procesal del Trabajo establece en el artículo 2º la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, señalando en el artículo 4º, 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. Por su parte, la Unión Temporal FOSYGA 2014, y las sociedades privadas que las conformaron, 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, **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.

En consecuencia, dada la naturaleza propia y especial del contrato que vincula a las sociedades que represento con la entidad estatal, resulta determinante que sea el Juez de lo Contencioso Administrativo como autoridad judicial encargada de conocer y decidir las diferencias que se susciten entre la Administración y sus colaborades, en este caso la Unión Temporal.

3.1.2. <u>POR LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS MANDANTES:</u>

Teniendo en cuenta que la relación de mis representadas tan solo se predica con el Ministerio- ADRES, la cual no es oponible a terceros, es la Administración la directa responsable ante estos, y mis representadas en calidad de contratistas tan solo responderán a la contratante en la medida que la causa jurídica de su comportamiento como colaborador de la Administración.

Es decir que las sociedades que integraron la Unión Temporal 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 plenamente aplicables y a instancias del juez natural del contrato estatal. Sin embargo, como ya se ha expresado el contrato acá vinculado se liquidó de forma bilateral sin la incorporación de salvedades específicas, con lo que se concluye que ninguna responsabilidad les asiste.

De manera que no le es dable al Juez Ordinario Laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014** en la ejecución del Contrato de Consultoría No043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no de conformidad con lo dispuesto en el Contrato y con la normatividad vigente.

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. que establece el **<u>medio de control de controversias contractuales</u>**, 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[4], 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 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)*

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,

---

[4] 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.

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.

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 No. 043 de 2013, lo que conlleva el rechazo del llamamiento presentado por la ADRES.

3.2. <u>INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES (Numeral 5 del artículo 100 del CGP) – AUSENCIA DE PRETENSIONES:</u>

La figura del llamamiento en garantía no se encuentra expresamente regulada en la legislación laboral, razón por lo cual, es necesario acudir a las previsiones del Código General del Proceso.

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 la ADRES NO contiene pretensiones**.

En ese orden de ideas, si bien el juez laboral 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 que debieron formularse en los términos del artículo 82 del CGP, 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.

- **<u>EXCEPCIONES QUE DAN LUGAR A SENTENCIA ANTICIPADA:</u>**

El artículo 278 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.PT y de la S.S., 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**."*

En el presente caso conforme se precisa a continuación se configuran las siguientes excepciones que permiten se dicte sentencia anticipada y ordenar la desvinculación de mis representadas dentro del presente asunto:

3.3. <u>LA TRANSACCIÓN COMO MECANISMO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE FUTUROS CONFLICTOS ENTRE LA ADRES Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:</u>

3.3.1. El 18 de julio de 2018 se celebró entre la **ADRES** y las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** contrato de transacción mediante el cual solucionaron las diferencias presentadas durante la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 celebrado entre la entonces **DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL MINISTERIOR DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014.** En la cual, acordaron poner fin a todas y cada una de las diferencias, controversias, reclamos, fuera cual fuera la naturaleza de ellos fundados en imputaciones efectuadas por la interventoría del Contrato 043 o por la ADRES, así como toda diferencia presente o futura que pudiera suscitarse en relación con la ejecución del contrato de consultoría en mención.

3.3.2. De esta manera, las sociedades integrantes de la UTF2014**,** conforme clausula 2.1. del contrato de transacción señalado, cancelaron a la ADRES la suma de DIEZ MIL NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS ($10.901.458.745). Suma que fue pagada conforme se estipuló en las cláusulas 2.2 y siguientes del contrato de transacción y documentos que anexo a la presente contestación.

3.3.3. Por su parte la ADRES se obligó, entre otras, a (i) Terminar sin sanción contractual alguna todos y cada uno de los procedimientos administrativos contractuales tendientes a la determinación de presuntos incumplimientos del contrato 043 por parte de la UTF2014 y relacionados con paquetes de recobros, (ii) abstenerse de intentar, perseguir o coadyuvar cualquier procedimiento administrativo, acción o reclamación judicial o extrajudicial en contra de la UTF2014 o cualquiera de las sociedades que la integraron, tendientes a la demostración de incumplimientos contractuales o perjuicios relacionados de manera directa o indirecta con la ejecución del contrato 043.

3.3.4. Así las cosas la ADRES y la UTF2014 decidieron dar efecto de cosa juzgada y mérito ejecutivo a lo allí acordado. Quedando inhabilitadas para efectuar reclamaciones judiciales o extrajudiciales relacionadas con el contrato de interventoría aludido. Por lo que la ADRES debe sujetarse a lo transado, darle efectos al paz y salvo, que fue otorgado y sujetarse a las sumas acordadas y pagadas, conforme acuerdo de transacción, por las sociedades que integraron la figura asociativa, sin que le sea posible volver sobre este punto, pretendiendo indemnizaciones adicionales, como las formuladas en el llamamiento en garantía.

3.3.5. Del desglose del clausulado del contrato de transacción, se puede concluir sin lugar a duda que las partes están inmersas en los postulados del Art. 2469 del Código

Civil, el cual trae la figura jurídica de la transacción, negocio jurídico extrajudicial, como un acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales y, de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio.

La transacción se encuentra definida en el artículo 2469 del CC, que señala:

> "(…) ARTÍCULO 2469.La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa. (…)"

3.3.5.1. Bajo el supuesto fáctico de la norma en cita, la jurisprudencia ha considerado que el contrato de transacción implica la existencia de un litigio, presente o eventual, que las partes convienen en culminar o precaver, en todo o en parte, mediante su decisión voluntaria; acto jurídico que conlleva recíprocas concesiones a cargo de los contratantes.

Al respecto, se ha señalado que este acuerdo de voluntades en realidad es un negocio jurídico a través del cual se extinguen total o parcialmente las obligaciones y que, a pesar de la redacción de la norma civil, su elemento esencial y distintivo lo constituyen las concesiones recíprocas entre las partes.

3.3.6. El Consejo de Estado, ha señalado como elementos y requisitos para caracterizar, conforme a derecho, la transacción puesta en conocimiento de una autoridad judicial:

> "(…) de las definiciones legales y jurisprudenciales expuestas en la jurisprudencia en comento se extraen tres elementos que caracterizan a la transacción: (i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; (ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, y (iii) la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. Esos elementos deberán acompañarse del cumplimiento de las siguientes exigencias: (i) la observancia de los requisitos legales para la existencia y validez de los contratos; (ii) recaer sobre derechos de los cuales puedan disponer las partes, y (iii) tener capacidad, en el caso de los particulares, y competencia, en el evento de entidades públicas, para vincularse jurídicamente a través de un contrato de esa naturaleza. (…)"3 (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

3.3.7. La transacción, expone la intención de ADRES y la UTF2014, de dar por terminado cualquier litigio presente y futuro, incluido el presente, en este caso se suscribió por parte fue suscrita de parte de la ADRES por el Dr. Carlos Mario Ramirez Ramirez en calidad de Director y por el Dr. Jorge E. Cote Veloza en calidad de representante legal, expresando la voluntad expresa de sus representadas, ante lo cual es claro que existe capacidad legal por quienes suscribieron la documento, ausencia de vicios de consentimiento

- Existió decisión, libre y voluntaria de las partes como se observa con la aceptación y firma del documento, de dar por terminado cualquier futuro litigio entre las partes y para ello cada una de las partes realizo concesiones en favor de la otra

3.3.8. En el mismo contrato de transacción, la ADRES y la Unión Temporal anticiparon los términos en que se realizaría la liquidación bilateral del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 y acordaron para el efecto que la ADRES se abstendría de incluir en la liquidación "…cualquier discusión con ocasión del incumplimiento, cumplimiento defectuoso o inoportuno de las obligaciones de la UTF 2014" e, igualmente, se abstendría "… de intentar, proseguir o coadyuvar todo procedimiento administrativo, acción o reclamación, judicial o extrajudicial en contra de la UTF 21014 o cualquiera de las sociedades que la integran, tendientes a la demostración de incumplimientos contractuales o perjuicios relacionados de manera directa o indirecta con las auditorías que la UTF 2014 ha realizado con ocasión del Contrato 043".

3.4. COSA JUZGADA - ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO 043 DE 2013-UTF2014, CON TRANSACCIÓN Y DECLARATORIA DE PAZ Y SALVO:

- UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

3.4.1. El 30 de octubre de 2020, mucho tiempo después de la celebración del contrato de transacción, estando en tiempo y oportunidad para el efecto, la ADRES y la Unión Temporal contratista, decidieron mutuamente y de manera bilateral liquidar el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, sin que en el documento suscrito con este propósito las partes dejaran salvedades o desacuerdos respecto del contenido del acto liquidatorio y sin observaciones o divergencias en cuanto a las circunstancias y condiciones de cumplimiento en que se ejecutó la mencionada relación contractual

3.4.2. En el Acta en cita se determinó:

> **"ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL** DEL 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:

- Liquidar bilateralmente y sin salvedades el Contrato, conforme se determinó en contrato de transacción del 18 de julio de 2018.

- Las partes se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto derivado del Contrato.

3.4.3. La liquidación bilateral del contrato ha sido definida por la doctrina y jurisprudencia, 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[5].

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

3.4.5. Ha reconocido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, que al acta de liquidación de un contrato "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"6. 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.

3.4.6. 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

---

[5] 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.

[6] Sentencia Nº 25000-23-26-000-1999-02072-01(23903) de Consejo de Estado - Sala Contencioso Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 31 de mayo de 2013.

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.

3.5. <u>AUSENCIA DE SALVEDADES ESPECÍFICAS EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL:</u>

3.5.1. El H. Consejo de Estado[7] ha precisado que, una vez liquidado bilateralmente un contrato estatal, sin que alguna de las partes dejara expresamente salvedades claras, concretas y suficientes en el texto o documento contentivo del acuerdo de la liquidación, no hay lugar a proponer extrajudicial ni judicialmente alguna controversia relativa a la celebración, ejecución y liquidación de la relación contractual respectiva

3.5.2. Para que se puedan efectuar reclamaciones posteriores, debe quedar expresamente dispuesto en el Acta las salvedades específicas o puntuales que identifiquen de manera precisa e inconfundible la observación o desacuerdo de la parte que pretenda hacer abrir un debate judicial.[8] Y en lo que se refiere a las actas de liquidación de los contratos en mención no se dejó ninguna salvedad específica.

3.5.3. Como en las Actas de Liquidación Bilateral del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, ninguna de las partes dejó expresa y específica salvedad que evidenciara disconformidades o circunstancias que dieran lugar a reclamaciones extrajudiciales o judiciales, ninguna responsabilidad le asiste a las Uniones Temporales en calidad de contratistas y a sus integrantes individualmente considerados frente a la entidad pública contratante y mucho menos frente a terceros en lo que atañe o refiere a la celebración, ejecución y/o liquidación de los citados Contratos.

3.5.4. Como el Contrato de Consultoría 043 de 2013, se liquidó bilateralmente y sin salvedades específicas, concretas y suficientes, quedo así finiquitada o saldada esa relación contractual, y la Unión Temporal contratista no está legitimada por pasiva ni tiene responsabilidades frente a terceros usuarios de la ADRES que pretendan el reconocimiento de recobro o reclamaciones.

- **<u>EXCEPCIONES DE MÉRITO:</u>**

3.6. <u>EXIGENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA DECISIÓN IMPARTIDA E IMPOSIBILIDAD APLICACIÓN FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA Y DE MODIFICACIÓN DE LA CAUSA PETENDI:</u>

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:*

[7] "Es importante precisar que esta Corporación ha sostenido que, para que las pretensiones contractuales elevadas por alguna de las partes luego de la liquidación bilateral del contrato puedan ser acogidas, la parte interesada debe haber planteado en el acta de liquidación salvedades claras y suficientes para determinar las razones de inconformidad con la misma. Pese a que el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. incluyó en las dos actas la misma salvedad, esta carece del carácter claro, concreto y específico necesario para la prosperidad de sus pretensiones." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de ocho (8) de mayo de 2019. Exp. 41.868).

[8] Consejo de Estado. Sección Tercera 20 de noviembre de 2003. Exp 15.308. C.P. Ricardo Hoyos Duque

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****."*[9]

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.

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 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.

[9] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL17447 del 24 de septiembre de 2014. Rad. 43787.

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.

3.7. SOBRE LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PACTADA EN EL CONTRATO DE CONSULTORÍA Y 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. No se puede bajo un supuesto error o diferencia de criterio, obtener el resultado acá reclamado, sin que la culpa sea el eje central del análisis, y sin acreditar la falta de diligencia y cuidado en la ejecución de sus obligaciones.

Si bien dentro de las obligaciones generales del Contrato de Consultoría 043 de 2013, se encuentra la que 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, máxime cuando como ya se manifestó media entre las partes suscripción bilateral de Acta de liquidación del contrato sin la inclusión de salvedades específicas y por las siguientes razones:

3.7.1. La naturaleza de las obligaciones del Contrato de Consultoría:

Según la tipología del contrato definida por el Ministerio de Salud y Protección Social para el Contrato No. 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.

3.7.2. <u>El régimen de responsabilidad aplicable a la Unión Temporal en su calidad de consultores es eminentemente subjetivo:</u>

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.

3.8. <u>INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014</u>:

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 la Unión Temporal FOSYGA 2014 ni de cada una de las sociedades que la conformaron.

Aún con independencia de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría integral sobre las solicitudes radicadas, es en éste y ahora en la ADRES, en quien recae la obligación de pagar los recobros, 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 y los cobije 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, los cuales ciertamente no son los de las sociedades que conforman 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 del Contrato de Consultoría No. 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 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el FOSYGA de medicamentos o incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico*"

-**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, 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 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 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 parágrafo 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 utilizaran 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 destinara para a 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, auditoria, 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-760-2008:**

"(…) 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 sí 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-463-2008:

"(…) 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:

a) 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.
b) 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.
c) 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"[29], 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 el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro efectuada por la Unión Temporal Fosyga 2014, constituía **un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos**, los cuales, en etapa posterior, eran pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA, con recursos propios de dicha cuenta, si se cumplía el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

Las sociedades que integraron la Unión Temporal 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 lo expuesto, en el evento remoto en que el Despacho encuentre que las solicitudes de recobro objeto de la presente demanda se debieron cancelar, deberá realizarse el pago de una eventual condena judicial con cargo a los recursos del SGSSS actualmente administrados por la ADRES, absolviendo 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 deben 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 entonces 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*** *(…)"*[10] (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,

[10] 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.

habida cuenta que entre ellos solamente existió una relación de auditoría y que, por contera, 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, consecuencialmente, 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"*
>
> *"(…) 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).

-La ausencia de responsabilidad patrimonial del ente auditor ya que simplemente despliega una actividad de auditoría frente a los recobros y las reclamaciones fue considerada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, el **14 de Julio de 2021** en el Exp. N° 015 2019 00162 01, M.P.: Miller Esquivel Gaitán, al manifestar:

> *"Al respecto, cumple recordar que la auditoría consiste en una inspección o verificación de la contabilidad de una empresa o una entidad, con el fin de comprobar si sus cuentas reflejan el patrimonio, la situación financiera y los resultados obtenidos; sin que dicha actividad comprometa patrimonialmente al ente auditor. Así, es claro que la Unión Temporal Fosyga 2014 no es sujeto pasivo de la obligación aquí demanda, toda vez que la responsabilidad de los recursos se mantiene a cargo del Ministerio, por intermedio del Adres."*

-Esto guarda coherencia con lo manifestado en **Auto de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021),** proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, M.P.: Luis Carlos González Velázquez, dentro del proceso 2018-486-01 en el que se indicó que las pretensiones de la demanda frente al reconocimiento de tecnologías consideradas como NO POS, podían absolverse sin la comparecencia de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 pues estas eran las encargadas de apoyar o asesorar a la demandada ADRES en cuanto a la procedencia o no de los recobros, más no asumían el pago de los mismos.

-De manera semejante, en auto del **30 de septiembre de 2021**, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral,** M.P.: Luis Agustín Vega Carvajal, en el proceso con radicado No. 35 2019 00177 02, confirmó la decisión del Juez de primera instancia respecto a negar el llamamiento en garantía formulado, ya que:

> *"la demandada ADRES, no acredita la existencia, de relación jurídica sustancial alguna, entre ésta y las llamadas en garantía, por medio del cual, se hayan comprometido a responder por las posibles condenas que se profieran en contra del ADRES, ya que, no existe clausula expresa en los contratos de consultoría suscritos entre UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA y FOSYGA*

2014 y la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se obliguen las llamadas en garantía, a responder por las posibles condenas que se impongan en contra de la demandada ADRES, dentro del proceso de referencia; ***siendo el ADRES, la entidad directamente encargada de administrar, entre otros, los recursos que hacían parte del entonces FOSYGA, respondiendo con los mismos respecto del pago de las obligaciones que se adquieran; no dándose los presupuestos de que trata el artículo 64 del C.G.P., para despachar favorablemente la petición de la accionada,*** *tal como lo advirtió el juez de instancia;* ***aunado a que, la no convocatoria de dichas Uniones Temporales*** *a que se hagan parte del proceso, no inhibe al despacho, decidir de fondo el objeto de la presente acción…"* (Negrilla fuera de texto)

-Al respecto, en Sentencia proferida el **30 de junio de 2021**, en el proceso 31 2015 00361 02, el Tribunal Superior de Bogotá, M.P.: Luis Carlos González Velázquez, al pronunciarse sobre la solicitud de asumir la condena por parte de los integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, señaló que se tuvo para todos los efectos pertinentes como entidad demandada a la ADRES como sucesora procesal de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y los artículos 26 y 27 del Decreto 1429 de 2016, **"la única obligada en relación con los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud sea la ADRES".** (Negrilla fuera de texto)

- En sintonía con ello, el auto proferido el **30 de noviembre de 2021**, en el proceso ordinario No. 21-2015-186-03, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE en concordancia con lo señalado indicó que la bajo lo dispuesto en la normatividad, contratos y manual operativo la Unión Temporal solo apoyaba o asesoraba al Ministerio en cuanto a la procedencia o no de los recobros, lo que de ninguna manera implica que hubiesen asumido la obligación de indemnizar perjuicios o hacer reembolsos de condenas. En este sentido manifestó "**no existe tan siquiera una razón, que indique que la relación contractual entre el llamante y los llamados; los obligue a responder por las condenas, lo que haría procedente esta figura**" (Negrilla fuera de texto), confirmando de esta forma la decisión del juez de primera instancia de negar el llamamiento en garantía.

- Dichas consideraciones fueron retomadas en el en el **auto proferido el 31 de enero de 2022, e**n el proceso 11001310502620191630 1, M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE, al señalar que en el presente caso no se dan los presupuestos del artículo 64 del CGP pues "*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 previstas en el art 64 del CGP, 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 la 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.***

… De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a llamar a los consorcios y Uniones Temporales ni para que emitan conceptos, 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, soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas, su revisión desde luego, 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 que impartiere 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 Sala, sólo indica que apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de 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 comparecencia al proceso****. "* (Negrilla fuera de texto)

3.9. <u>LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN FOSYGA 2014 NO ES GARANTES DE LAS OBLIGACIONES DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FOSYGA - HOY ADRES:</u>

3.9.1. <u>Naturaleza de los recursos de la Unión Temporal FOSYGA 2014</u>:

Los recursos de la Unión Temporal FOSYGA 2014 integrada 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 del Contrato de Consultoría No. 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".*
>
> ***<u>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.</u>***
>
> *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 s**olo tienen una relación de auditoria, 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 auditoria 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, **<u>no es necesaria la intervención de las entidades auditoras asesoras y administradoras.</u>***

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 auditoria y administración incluyendo desde luego, según implican los contratos de fiducia, radicar y tramitar los documentes (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 impartiere 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 comparecencia al proceso.***

*Salta a la vista que le asiste razón al Juez de primera instancia, pues n****o 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**[11]**,** en los cuales diferentes juzgados negaron los llamamientos en garantía interpuestos por la ADRES en contra de 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.

3.10. <u>INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 DEBIDO AL CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE OBLIGACIONES DE ORDEN LEGAL Y CONTRACTUAL:</u>

Se reitera que la tipología definida por el Ministerio de Salud y Protección Social para la celebración del 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"*

-Acorde con la naturaleza de las obligaciones de un consultor y siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina[12] 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.

---

[11] 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 11001310502220140049000.*
- *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 11001310501520180048100*0
- *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*
- *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*
- *El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 23 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620190005700*

[12] *Cfr.* Jorge Suescún Melo, Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo, Tomo I, p. 442.

-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 Unión Temporal FOSYGA 2014 se obligó frente al Ministerio a lo siguiente:

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.*"

-El proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera estipulado en el contrato se definió a través del Anexo técnico[13] denominado: "*CRONOGRAMA – PROCESO DE AUDITORÍA INTEGRAL RECOBROS*" que hace parte integral del mismo,[14] y allí se establecieron los pasos a seguir por los diferentes actores involucrados en el proceso, los cuales se pueden observar en la columna denominada "*Responsable*", así:

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
Radicar Recobros	Adelantar la recepción de los medios físicos y magnéticos objeto de Radicación.	15	Período conforme a la Normativa del tipo de Radicación.	Firma auditora: en el proceso de radicación y Administrador 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
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			
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	Administrador Fiduciario	Soporte transaccional	Procedimiento de Pago Previo

13 "Para 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 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"

14 La cláusula Vigésima Tercera del Contrato de Consultoría 043 de 2013 dispone: "DOCUMENTOS CONTRACTUALES: Para todos los efectos, son documentos de este contrato y por lo tanto hacen parte integral del mismo, los documentos elaborados en desarrollo del proceso de selección y todos los aquí citados."

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
			cierre de radicación			
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 Auditoría Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social la muestra de cada paquete conforme a la Metodología definida por el mismo.					
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)	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 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	2		Firma Auditora		

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
	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.					
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 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			Firma Auditora	Certificación del cierre, junto con el medio magnético correspondiente	
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	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	

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
Administrador Fiduciario					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 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	
Total días hábiles		**51**				
Las actividades con (0) días son aquellas que no impactan el total de días estimados del proceso, pero deben tenerse en cuenta						
Realizar Devolución de Recobros	Notificar y devolver a cada una de las EPS / EOC los medios físicos cuyo resultado de auditoria 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 al Administrador Fiduciario	1		Firma Auditora	Oficio Remisorio y Medio Magnético	Precede la Actividad de Devolución

Actividad	Descripción	Días	Tiempos máximos	Responsable	Producto	Observación
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 auditoria 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 condiciona-miento

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 de 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, de acuerdo con la información suministrada por la ADRES en el anexo técnico, los recobros involucrados en la demanda incoada en el proceso de la referencia que fueron de conocimiento de la Unión Temporal FOSYGA 2014, fueron auditados en vigencia de la Resolución 5395 de 2013 como norma procedimental, que estableció como etapas del proceso de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro, las de verificación y actualización de datos, radicación y auditoría en salud, jurídica y financiera y las enlistadas en los capítulos I, II, III y IV del Manual mencionado anteriormente, esto es, las de pre-radicación, radicación, pre-auditoría y auditoría en salud, jurídica y financiera, respectivamente.

La auditoría de los recobros se realizó con estricta sujeción a las normas vigentes y los criterios definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, pues si bien como se indicó en líneas precedentes se podían generar diferencias de criterio y ello no implicaba de manera alguna la discrecionalidad de la empresas que conformaron la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 en la ejecución de la auditoría, pues estaban sujetas al marco jurídico expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social y su actividad se constituyó en un mecanismo de control previo para el reconocimiento de los recobros o reclamaciones que cumplieran los requisitos.

Los resultados de las actividades desplegadas por las sociedades que integraron la Unión Temporal establecían el estado del recobro, así:

1. **Aprobado**: que a su vez podía ser:

   - Aprobado total
   - Aprobado con reliquidación
   - Aprobado parcial

2. **No aprobado**.

En caso de que la solicitud de recobro obtuviera el estado de aprobado como resultado del proceso de auditoría, por cumplir con el lleno de requisitos exigidos por la normatividad vigente, el Ministerio de Salud y Protección Social procedía con la ordenación de gasto y autorización de giro para el pago respectivo, con cargo a los recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, cuenta adscrita a dicho Ministerio, que se suprimió según la Ley 1753 de 2015 y sus funciones fueron asumidas a partir del 1° de agosto de 2017 por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

Cuando las solicitudes de recobro no cumplían con uno o varios de los requisitos definidos normativamente, se imponían las glosas, ejemplo, cuando tratan de prestaciones incluidas en el POS, exclusiones del hoy Plan de Beneficios en Salud; solicitudes presentadas fuera de los términos establecidos o sin tener en cuenta los valores máximos de las tecnologías en salud.

-Así las cosas, el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera desarrollado en el Anexo Técnico[15] del Contrato de Consultoría 043 de 2013 fue categórico en señalar las etapas del proceso y los actores que lo debían adelantar en cada una de ellas, entre los cuales está la firma interventora que para el presente asunto fue la firma JAHV

[15] "*Para realizar la auditoria 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 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*"

McGregor S.A.S. AUDITORES Y CONSULTORES, quien en virtud del Contrato de Interventoría N° 103 de 2012 tenía el siguiente objeto contractual:

> "(…)*efectuar la interventoría al contrato de Administración Fiduciaria a los Recursos del FOSYGA y al contrato de Auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito ECAT y las solicitudes de recobros por beneficios extraordinarios No incluidos en el Plan de Beneficios de Salud, a través de los cuales se garantiza la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, conformado por las Subcuentas de Compensación, Promoción, Solidaridad, Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito - ECAT y Garantías para la Salud, en el marco de lo establecido en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, el Decreto-Ley 1281 de 2002, los Decretos 1283 de 1996, 50 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, 971, 4023 y 4007 de 2011 y demás normas legales vigentes asociadas a la operación del Fondo así como en el marco de lo establecido en la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, la Resolución 999 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social y demás normas que regulen la materia*".

Dentro de las "*Obligaciones de interventoría*" consignadas en la Cláusula Séptima del contrato en mención, se destacan:

> *"(…) 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 la firma que realiza la Auditoría de los Recobros no POS y de las Reclamaciones ECAT.*
>
> *18. Certificar los pre-cierres 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."*

Cabe destacar que el numeral 1° del Capítulo III[16] del "*ANEXO TÉNICO CMA-DAFPS-01-2012 REQUERIMIENTOS TÉCNICOS, METODOLOGÍA, PLAN Y CARGAS DE TRABAJO*" del Contrato de Interventoría 103 de 2012, estipuló que incluía:

> "(…) *la vigilancia y control financiero y de portafolio de inversiones, administrativo, operativo, de infraestructura tecnológica y de gestión, que debe ejercer el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la persona(s) designada(s) o contratadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, pliegos de condiciones y ofertas presentadas por los contratistas objeto de interventoría, durante la ejecución y liquidación de sus contratos.*"

Descendiendo la idea al proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, se tiene que una vez ésta finalizaba, se conformaba un paquete contentivo de los recobros auditados, se efectuaba el pre-cierre y se remitía al Ministerio y a la firma interventora para que efectuaran las validaciones técnicas y de sistemas, así:

---

[16] Descripción detallada de los servicios requeridos

- Pre-cierre o cierre preliminar. La firma interventora realizaba las validaciones de sistemas y de criterios de auditoría mediante la verificación de muestras estratificadas de los recobros del paquete, presentaba observaciones, al igual que el Ministerio y la firma auditora respondía las mismas, que eran objeto de análisis conjunto en reunión que concluía si el resultado era consistente y no superaba el margen de error permitido, por lo cual certificaba el pre-cierre para que procediera el cierre de este.

- Cierre definitivo del paquete la firma auditora consolidaba el resultado del pre-cierre, certificaba el cierre y la firma interventora también debía certificar el cierre del paquete. Con base en esas certificaciones el Ministerio de Salud y Protección Social - ahora la ADRES, ordenaba el gasto y autorizaba el giro de los recobros aprobados total o parcialmente o según los valores reliquidados.[17].

A continuación, se transcribe 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 debían adelantar, así como el responsable de cada una de ellas, así:

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 Auditoria Integral
Auditoría Integral Médica, Jurídica y Financiera	Este proceso tiene como finalidad efectuar la auditoria 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 Auditoria Integral-Dirección Auditoría
Precierre, revisión, auditoría externa y cierre definitivo de paquetes	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. **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.** **El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) realiza observaciones.** **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**	● Precierre: Cada vez que se finalice la auditoría de un tipo de recobro en un mes determinado. ● 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.	● Precierre y auditoría: Firma responsable de auditoría integral, firma auditora externa y Ministerio de Salud y protección Social ● Cierre definitivo: Firma responsable de auditoría integral
Pagos	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. □ Ordenación de gasto y autorización de giro □ Trámite de pago	- Un (1) día hábil - Un (1) día hábil después de la certificación - Un (1) día hábil después de ordenado el gasto	Administrador Fiduciario SAYP MSPS

En conclusión, como se ha puesto de presente a lo largo de este escrito, el proceso de auditoría realizado por las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, estaba sujeto a la revisión de la firma interventora de los contratos del FOSYGA, con base en parámetros de calidad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social según muestreos aleatorios, que fueron superados con suficiencia por mis representadas y por ello se certificó el cierre de los paquetes.

[17] Resolución 5395 de 2013, Capítulo 4, artículos 27 y 28.

3.11. <u>LA EXCEPCIÓN DENOMINADA "CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE" EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LA ADRES EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE EXAMINAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:</u>

Como causal exonerativa de la responsabilidad de la administración, el apoderado judicial de la ADRES propuso la excepción denominada *"DE LA EXISTENCIA DEL HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE COMO CAUSAL EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD",* 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,[18] 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: "*de una coparticipación o una con causalidad 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 responsabilidad, razón por la cual resulta incompatible y por ende inviable el llamamiento en garantía frente a mis representadas, incluso, debe tenerse por confesado[19] por el apoderado judicial de la ADRES, que en criterio de la entidad que representa, **<u>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</u>**.

3.12. <u>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:</u>

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, 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 expedidas por ese ente Ministerial.

- 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 pre-cierre** 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.

3.13. LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 CUMPLIÓ CON SU OBLIGACIÓN DE CONSULTOR:

La eventual responsabilidad de las sociedades que integraron la Unión Temporal 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 contratados por el Ministerio, esto bajo la óptica propia de la naturaleza misma 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 la Unión Temporal FOSYGA 2014 y determinó que era posible autorizar el cierre y posterior reconocimiento de los paquetes de recobros[20] 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

[20] 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".

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".

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de la Unión Temporal FOSYGA 2014** en la ejecución del Contrato de Consultoría 043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no conforme a lo allí dispuesto y en la normatividad legal vigente.

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.

3.14. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE LAS ADRES:

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado[21] 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[22]:

> *"(…) 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*** *(…)"*

---

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

[22] 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

Desde el punto de vista de mis representadas y atendiendo la jurisprudencia antes transcrita no se configuran los elementos necesarios para que se estructure dicha figura, teniendo en cuenta que la auditoría en salud, jurídica y financiera, se realizó con estricta sujeción a las normas que regulan la materia y, por lo tanto, el no reconocimiento de los recobros fue provocado exclusivamente por el actuar de la EPS.

Por el contrario, se configurarían en el evento en que se ordene pagar los recobros involucrados en la demanda principal que nos ocupa, 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 la Unión Temporal 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 la Unión Temporal FOSYGA 2014 ni a cada una de las sociedades que la conforman. 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 la Unión Temporal.

4. MEDIOS DE PRUEBA:

❖ **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 hipervínculo: MEDIOS DE PRUEBA - CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA - 2018-00273 (JL 20)

4.1. CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013:

4.1.1. DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN UTF2014 – Precisa la integración de la Unión Temporal FOSYGA 2014 para participar en el concurso de méritos abierto CMA DAFPS N° 001 de 2013 suscrito el 10 de octubre de 2013.

4.1.2. RESOLUCIÓN 7941 DEL 29-11-13 ADJUDICACIÓN CONCURSO DE MERITOS – Por la cual se adjudicó el concurso de méritos abierto CMA DAFPS N° 001 de 2013 a la Unión Temporal FOSYGA 2014.

4.1.3. ANEXO TÉCNICO DEFINITIVO - OCT - 2013 – contiene: los requerimientos técnicos, metodología y plan de cargas de trabajo para la auditoria de recobros y reclamaciones.

4.1.4. CONTRATO UTF2014- 043 DE 2013 – suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 el 10 de diciembre de 2013.

4.1.5. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO 2286761 EXPEDIDA EL 11-12-13 - suscrita con ocasión del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013.

4.1.6. CERTIFICACIÓN DE NO EXPIRACIÓN DE PÓLIZA - 12-12-13 - Expedida por LIBERTY SEGUROS S.A. mediante el cual certifica que la póliza no expirará por falta de pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en esta.

4.1.7. CONDICIONES PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO - Documento expedido por LIBERTY SEGUROS S.A. con las condiciones de la Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales – versión marzo de 2013.

4.1.8. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO – ANEXO MODIFICACIÓN – 16-12-13 - suscrita con ocasión del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013.

4.1.9. ACTA DE INICIO DEL CONTRATO – 16-12-13 – Refiere el inicio de ejecución del contrato de consultoría N° 043 de 2013.

4.1.10. OTROSÍ APROPIACIÓN DE RECURSOS - 06-02-18 – Mediante el cual se apropian recursos a la cláusula cuarta del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 en la suma de CINCO MIL SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO CUATRO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS ($5.073.987.104,34) M/CTE.

4.1.11. PRÓRROGA NO. 1 y OTROSÍ MODIFICATORIO NO. 2 – Por el cual se modifica la cláusula tercera del contrato N° 043 de 2013, y se ordena la modificación de la garantía única que ampara el contrato.

4.1.12. MODIFICACIÓN DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN UTF2014 – suscrita el 21 de diciembre de 2017.

4.1.13. ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Copia del acta de liquidación bilateral Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 celebrado entre el Ministerio de Salud y Protección Social - ADRES y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 el 30 de octubre de 2020.

4.1.14. Una (01) subcarpeta denominada **"CONTRATO DE TRANSACCIÓN ADRES"**, que contiene los siguientes documentos:

4.1.14.1. Concepto Viabilidad Cláusula Compromisoria - Contrato de Transacción.

4.1.14.2. Ficha técnica comité técnico.

4.1.14.3. Cronograma Paquetes Transacción.

4.1.14.4. Anexo 1. Acta de Comité de Conciliación de la ADRES y Concepto del Director Jurídico.

4.1.14.5. Anexo 2. Relación de Paquetes de Recobros y Reclamaciones ECAT Auditados por la UTF2014.

4.1.14.6. Anexo 3. Acta de Resultados de aplicación de la Metodología del Acuerdo Económico.

4.1.14.7. Anexo 4. Relación de Paquetes de Recobros y Reclamaciones ECAT a auditar por la UTF2014 en virtud del contrato de transacción.

4.1.14.8. Anexo 5 Acta Balance Final Contrato Transacción.

4.2. CONTRATO DE INTERVENTORÍA:

4.2.1. Contrato de Interventoría N° 103 de 2012 - suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Sociedad JAHV McGregor S.A.S. Auditores y Consultores.

4.2.2. Anexo técnico - CONCURSO DE MERITOS ABIERTO CMA-DAFPS-01-2012 - Contratación de interventoría a los contratos de administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y de auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por beneficios con cargo a la subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud - REQUERIMIENTOS TECNICOS, METODOLOGIA, PLAN Y CARGAS DE TRABAJO.

4.3. Carpeta denominada "**PRECEDENTE NO LLAMAMIENTO**" 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 mi representada:

4.3.1. Carpeta "**PRECEDENTES TSB**" contentiva de las siguientes providencias:

4.3.1.1. Auto del 31 de octubre de 2023, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – M.P.: Elcy Jimena Valencia Castrillón dentro del proceso: 23 2019 00022 01.

4.3.1.2. Auto del 31 de agosto de 2023, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – M.P.: Marleny Rueda Olarte dentro del proceso: 24 2019 00526 01.

4.3.1.3. Auto del 31 de octubre de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – M.P.: Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso: 34 2019 00171 01.

4.3.1.4. Auto del 30 de septiembre de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – M.P.: Lorenzo Torres Russy dentro del proceso: 26 2017 00266 01.

4.3.1.5. Auto del 20 de mayo de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – M.P.: Miller Esquivel Gaitán dentro del proceso: 32 2019 00192 01.

4.3.1.6. Auto del 31 de enero de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Marleny Rueda Olarte dentro del proceso N° 11001310502620190016301.

4.3.1.7. Auto del 30 de noviembre de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Marleny Rueda Olarte dentro del proceso N° 11001310502120150018603.

4.3.1.8. Auto del 30 de septiembre de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, proceso con número de radicado 2019-00177-02.

4.3.1.9. Auto del 14 de julio de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, proceso con número de radicado 2019-00162-01.

4.3.1.10. Sentencia del 30 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 11001310503120150036101.

4.3.1.11. Auto del 28 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, proceso con número de radicado 2018-00486-01.

4.3.1.12. Auto del 28 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 11001310503520190023000.

4.3.1.13. 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.

4.3.1.14. 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.

4.3.2. Carpeta "**PRECEDENTES JUZ**" contentiva de las siguientes providencias:

4.3.2.1. Auto del 17 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503820170030900.

4.3.2.2. Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501120180000800.

4.3.2.3. Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310503520160074400.

4.3.2.4. Auto del 24 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con radicado 2016-00048.

4.3.2.5. Auto del 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310501220140063500.

4.3.2.6. Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310502220140490000.

4.3.2.7. Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310503220170030500.

4.3.2.8. Auto del 23 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501520180048100.

4.3.2.9. Auto del 24 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con radicado 2019-00164.

4.3.2.10. Auto del 25 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310501520160043000.

4.3.2.11. Auto del 10 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502820200030400.

4.3.2.12. Auto del 13 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2018-00027-00.

4.3.2.13. Auto del 17 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2016-00140-00.

4.3.2.14. Auto del 17 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2018-00275-00.

4.3.2.15. Auto del 23 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310502620190005700.

4.3.2.16. Auto del 16 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503520190013100.

4.3.2.17. Auto del 15 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503220190016600.

4.3.2.18. Auto del 29 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502120170026800.

4.3.2.19. Auto del 3 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502620180063200.

4.3.2.20. Auto del 3 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502120190024200.

4.3.2.21. Auto del 24 de enero de 2022, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502620180041600

4.4. Carpeta denominada **"DERECHO DE PETICIÓN CIERRES"** contentiva de:

4.4.1. 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 auditados por la Unión Temporal FOSYGA 2014.

4.4.2. Correo electrónico que soporta la petición.

4.4.3. Mensaje que confirma la entrega.

4.5. En una carpeta denominada "**ANEXO TÉCNICO**", copia del Anexo técnico emitido por la ADRES, denominado "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**".

❖ **TESTIMONIO.**

4.6. 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. La testigo declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, el origen de los recursos con los cuales se cancelan las reclamaciones 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, los criterios tomados en cuenta para efectuar la auditoría integral, los demás hechos de la demanda, su contestación y las excepciones.

5. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES:

De conformidad con lo preceptuado en el Artículo 3 de la Ley 2213 de 2022, se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

5.1. 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

5.2. DEMANDANTE PRINCIPAL: EPS ALIANSALUD:

- Domicilio: Calle 63 No. 28-76- Bogotá.
- Dirección electrónica notificación: notificacionesjudiciales@aliansalud.com.co
- Dirección electrónica apoderado: juanmanuel@diazgranados.co

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

5.3.1. CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S:

- Dirección electrónica de notificación: impuesto.carvajal@carvajal.com

5.3.2. GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S:

- Dirección electrónica de notificación: clizarazo@grupoasd.com

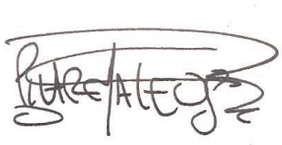
5.3.3. SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.:

- Dirección electrónica de notificación: clizarazo@grupoasd.com

6.3.4. APODERADA DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

- **Alida del Pilar Mateus Cifuentes**
- Dirección electrónica de notificación: pilar.mateus@utfosyga2014.com
- Domicilio: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Celular: 3045304501

Cordialmente,



ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES
C.C. No. 37.627.008
T.P. No. 221.228 del C. S. de la J.