

Información del proceso judicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	159064
Elaborada por:	JESSICA ALEJANDRA POVEDA RODRIGUEZ (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Código único del proceso:	11001310503220140060200
Jurisdicción:	ORDINARIO LABORAL
Tipo de acción o medio de control:	ORDINARIO LABORAL
Despacho actual:	DESPACHO 01 DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Valor económico inicial:	\$35.446.662,00
Valor económico indexado:	\$51.755.298,51
Última actuación:	EJECUTORIA DE LA SENTENCIA

Partes del proceso o caso:

Tipo de parte procesal	Tipo de documento	Identificación	Nombre/Razón social	Calidad
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	800251440	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S A S	DEMANDANTE
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	900474727	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL	DEMANDADO
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	DEMANDADO

Hechos:

1. INDICÓ LA EPS DEMANDANTE, QUE HA CUBIERTO EFECTIVAMENTE EL SUMINISTRO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS A LA SALUD DE SUS AFILIADOS, QUE NO SE ENCUENTRAN INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, COMO CONSECUENCIA DE ÓRDENES PROFERIDAS POR JUECES DE TUTELA O POR RAZÓN DE AUTORIZACIONES DEL COMITÉ TÉCNICO Y CIENTÍFICO, A FAVOR DE LOS USUARIOS.
2. SEÑALÓ LA EPS DEMANDANTE QUE PRESENTÓ AL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, SOLICITUDES DE RECOBRO, PERO NINGUNA DE ESTAS SOLICITUDES HA SIDO APROBADA NI PAGADA.
3. LA DEMANDANTE PRETENDE QUE SE DECLARE QUE EXISTE UNA OBLIGACIÓN A PAGAR POR PARTE DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y EN CONSECUENCIA SE ORDENE EL PAGO DE LAS SUMAS ADEUDADAS.

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS INCLUIDOS O NO EN EL POS	RECOBROS - EPS

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Tipo de pretensión	Unidad monetaria	Valor
DAÑO MATERIAL - OTROS	PESOS	2.230.240,00
DAÑO MATERIAL - OTROS	PESOS	10.914.022,00
DAÑO MATERIAL - OTROS	PESOS	22.302.400,00

Fechas de vencimiento de pago y existencia del llamamiento:

Fecha de ejecutoria:	2023/05/30
Fecha vencimiento de pago (10 meses) Art. 192 CPAC:	2023/03/24

¿Existe llamamiento en garantía dentro del proceso objeto de estudio?:

NO

Pagos realizados por la entidad:

Resolución No.	Orden de pago No.	Capital	Intereses corrientes	Intereses moratorios
Resolución No. 7278 de 18 de julio de 2023	Resolución No. 7278 de 18 de julio de 2023	22.302.400,00	80.903.704,52	0,00

Presuntos responsables:

Nro. Identificación	Nombre o razón social	Servidor publico	No. de contrato	Cargo al momento de los hechos
1234567890	NO SE INDICA AUN			

Decisiones del comité de conciliación relacionadas con el proceso objeto de estudio

Decisiones tomadas por el comité en casos similares:

Nro. Ekogui	Número de identificación	Decisión del comité	Conclusiones del comité
785578	11001310501520140043800	No instaurar accion	El Comité de Conciliación resuelve no iniciar el trámite de la acción de repetición en contra de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, toda vez que la condena no se derivó de una indebida auditoría, sino del análisis y decisión adoptada por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la ADRES al pago de \$6.625.333, más costas incluidas las agencias en derecho, decisión que fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá en lo que referente al valor de la condena, considerando que la suma a ser reconocida a la FUNDACION SAN VICENTE DE PAUL correspondía a la suma de \$6.925.351, más agencias en derecho.

850488	11001310503720160026400	No instaurar accion	No iniciar el trámite de la Acción de Repetición en contra de la Unión Temporal FOSYGA 2014, toda vez que el proceso de auditoría integral lo adelantaron con fundamento entre otras, en la Ley 1438 de 2011 y demás normas concordantes, que regulan el proceso de recobros por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud hoy Plan de Beneficios de Salud, autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS y/o ordenados por fallos de tutela
--------	-------------------------	---------------------	--

Análisis del proceso o caso

Análisis de la conducta (Dolo o culpa grave) de las personas vinculadas en este estudio

La EPS Sanitas, a través de apoderado judicial el día 2 de septiembre de 2014, presentó demanda ordinaria laboral contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social FOSYGA, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de (1) recobro por la suma de \$ 22.302.400, por concepto de cobertura y suministro de procedimientos, servicios o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud- POS; así como el pago de intereses moratorios y condena de costas procesales.

Los recobros objeto de demanda fueron auditados por el Consorcio Fidudosyga 2005 en razón a que fue presentado ante el FOSYGA el 15 de julio de 2010 para esa anualidad la normativa vigente y especial fijaba las causales de rechazo de recobros por concepto de medicamentos y fallos de tutela en las Resoluciones Nos. 3099 de 2008 modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010.

Ahora bien, tanto el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, como la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, consideraron que las glosas impuestas fueron infundadas, dado que ambos sustentaron la obligación de pago únicamente en que el procedimiento recobrado, que era el denominado MAPEO Y ABMCION, para esa época NO estaba incluido en el POS, luego entonces, ADRES como sucesora procesal del Fosyga debía reconocer el recobro del procedimiento prestado por la EPS accionante.

En todo caso, los Despachos, no evaluaron que los recobros se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente que regula el procedimiento para obtener el derecho y pago de los mismos. Por lo cual es claro que el no pago, no obedece a una decisión “arbitraria”; sino por el contrario a la aplicación de preceptos legales que consagran requisitos estrictos en la ley para la protección de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se puede evidenciar que se presentó una discrepancia en la interpretación normativa relacionada con la inclusión o no en el POS de los servicios, tecnologías y medicamentos suministrados por la demandante, sin embargo hubo unidad de criterios al no reconocer los intereses moratorios en el sentido material de la norma.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que la imposición de glosas realizadas por el Consorcio Fidufosyga 2005 no fue una decisión caprichosa, arbitraria o manifiestamente contraria a la ley dirigida intencionalmente a producir un daño, pues aun cuando la decisión pueda reputarse equivocada o errada, esta responde a una interpretación razonable y plausible del derecho o a una valoración ponderada de las pruebas objeto de apreciación de la reglamentación.

En ese orden de ideas el auditor, dentro del sistema de verificación y control cuando los tiempos fijados para la radicación de las cuentas de cobro no son acatados de forma estricta por la entidad recobrante acató el Manual de Auditoría vigente, como en efecto ocurrió para el caso en concreto y, cuando la situación está tipificada y debidamente descrita dentro del procedimiento especial, se procedió a imponer las respectivas glosas.

En el presente caso en estudio, es pertinente traer a colación la sentencia del 19 de julio de 2017 proferida por la Sección

Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente No. 55025, en el que consideró con relación a la calificación de la conducta dolosa o gravemente culposa que “(...) no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.”

De tal manera, es procedente concluir que no fue trasgredido el ordenamiento jurídico, toda vez que el ente auditor sustentó normativamente la imposición de las glosas por lo tanto, una aplicación equivocada de la norma o una interpretación diferente por parte de los Despachos judiciales, no puede ser considerada por sí misma como una actuación constitutiva de dolo o culpa grave en la medida en que su conducta obedeció a la autonomía técnica la cual se derivaba de la naturaleza, objeto y obligaciones propias del Contrato No. 242 de 2005 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social para la realización auditoria de recobros NO POS, sin que se pueda evidenciar en los resultados de auditoría de los recobros que fueron objeto de demanda, la existencia de una decisión arbitraria o manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o que haya actuado de manera negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y sea sujeta de reproche con fines de repetición.

Conducta frente a los elementos de la responsabilidad civil patrimonial del servidor público (Ley 1437 de 2011, artículo 142)

DOLO: de conformidad con los comportamientos establecidos en el Artículo 39 de la ley 2195 de 2022 la cual modifica el artículo 5 de la Ley 678 de 2002, se prevé las siguientes situaciones.

A. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación. En el caso particular, las decisiones de glosas no fueron consideradas actos administrativos y en tanto, judicialmente no hubo declaraciones de nulidad asociadas a esas causales.

B. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado: Para el caso en particular, esta condición no se encuentra descrita para el Consorcio Fidufosyga 2005, toda vez que, en función de sus obligaciones, se emitieron los resultados pertinentes a la auditoría realizada, razón por la cual esta condición no sería procedente para endilgar dolo en el actuar por parte del ente auditor.

C. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial: En el caso en particular, tanto los auditores como el interventor actuaron en el marco jurídico vigente para el proceso de auditoría de los recobros demandados; por lo tanto, el Consorcio Fidufosyga 2005 no se apartó de la constitución o la ley, igualmente la imposición de las glosas es una de las obligaciones principales derivadas del objeto del contrato, razón por la cual no extralimito en sus funciones y consecuentemente no se evidenció dolo para iniciar una acción de repetición en su contra.

Por su parte, el artículo 6º ibidem dispone que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, adicionalmente es el operador judicial quien por medio de sentencia condenatoria deberá decretarlo.

D. Obrar con desviación de poder: En el curso del proceso, se pudo constatar que uno de los insumos más importantes para la misma, y que serviría de prueba documental para el ejercicio de la defensa y la contradicción, eran los resultados de auditoría integral realizados por el ente auditor, contenido de las glosas impuestas en el trámite de auditoría de conformidad con el marco normativo vigente para la prestación del servicio. Estos resultados permiten deducir que en ningún momento fue capricho del ente auditor la imposición de las glosas, toda vez que las mismas estuvieron sujetas al marco normativo y al manual de auditoría vigente para el momento de la radicación de los recobros objeto de reconocimiento a través de proceso judicial.

Adicionalmente se deben tener en cuenta los siguientes presupuestos para determinar el dolo en la actuación del servidor público, o contratista:

“...No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones “se presume”, “se reputa”, “se considera”, “se colige”, “se entenderá” u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen

es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.

CULPA GRAVE:

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 2195 de 2022, dispone que “Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”

En este sentido, el Consorcio Fidufosyga 2005 no actuó bajo ningún capricho, por el contrario, se sustentó en debida forma las causales de rechazo legales existentes que contemplaban las glosas impuestas de acuerdo al marco normativo pertinente para el proceso de auditoría de los recobros demandados.

Ahora bien, si conforme al artículo 230 de la Constitución Política, la importancia o interpretación de los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, a partir de los cuales determino el monto a reconocer y pagar, discrepan en la apreciación por parte del juez, esto no indica el mal actuar del ente auditor.

Las funciones del Consorcio Fidufosyga 2005 se encuentran contractualmente pactadas, para que en el marco de auditoría impongan glosas si a ellas hubiere lugar, por lo cual este requisito que configura la culpa grave no se observó en la actuación del auditor.

Aplica directriz institucional o nacional:

NO

Análisis de caducidad

El artículo 42 de la Ley 2195 de 2022, mediante la cual se modificó el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 consagró el término con que cuenta la administración para adelantar la acción de repetición, y sobre el particular dispuso:

“Artículo 11. Caducidad. La acción de repetición caducara al vencimiento del plazo de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El término de caducidad dispuesto en el presente Artículo aplicara a las condenas, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley que quede ejecutoriada con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaron a causar.”

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia antes citada, se evidencia que el término de los cinco (5) años inicia a partir de la fecha de pago de la sentencia judicial, o en su defecto, cuando finaliza el plazo máximo dispuesto para su cumplimiento, y concretamente la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. notificó por edicto la sentencia de segunda instancia el día 24 de mayo del 2023.

Por lo anterior, se tiene que el plazo de diez (10) meses señalados en el artículo 192 del CPACA culminaba el 24 de marzo de 2024, sin embargo, el reconocimiento total de la condena se efectuó en tiempo el día 18 de julio de 2023 conforme a la certificación bancaria que conforman el expediente. En ese orden de ideas, el término de los cinco (5) años deberá empezar a contar a partir del 18 de julio de 2023 debido a que el pago se realizó dentro del término legalmente previsto.

Motivo central de la condena u objeto de la conciliación

Decisión adoptada por el Despacho Judicial -A quo:

El 30 de noviembre de 2018, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la ADRES, manifestando en su parte resolutive lo siguiente:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LA EXCEPCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FORMULADAS POR LAS SOCIEDADES QUE INTEGRAN LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA - CONSORCIO SAYP 2011 EN LIQUIDACIÓN Y NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LA DEMANDADA MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL- HOY ADRES.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a reconocer y pagara la demandante E.P.S SANITAS S.A, la suma de \$ 22.302.400, por concepto del recobro radicado No. 44734236 y/o 45822648. A los demandados de todos y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES, a reconocer los intereses moratorios, respecto del recobro que es objeto de condena, a partir de la fecha de radicación del recobro y hasta el momento de su pago definitivo.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA AL SISTEMA DE SEGURIDAD EN SALUD ADRES de las demás pretensiones incoadas en su contra y a las Sociedad que integran la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y el CONSORCIO SAYP 2011 en liquidación, de todas y cada de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA AL SISTEMA DE SEGURIDAD EN SALUD ADRES y a favor de la demandante, tácense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) smmlv. SIN COSTAS, respecto de las Sociedades que fueron integradas al proceso como litis consorte necesario.

SEXTO: Teniendo en cuenta que la presente sentencia es desfavorable a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA AL SISTEMA DE SEGURIDAD EN SALUD ADRES, REMITANSE las presentes diligencias en el grado jurisdiccional de consulta al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, en caso de no ser apelada.

La sentencia proferida en el transcurso de esta audiencia queda legalmente notificada en ESTRADOS. (...)”

El análisis del Despacho Judicial -A quo:

El Juez de primera instancia indicó, que de acuerdo con la expedición de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan de beneficios en salud. Sin embargo, en atención al derecho fundamental a la salud, los profesionales médicos pueden ordenar la prestación de servicios que no se encuentran incluidos en el plan. En estos casos, los costos asociados a la provisión de los servicios no son financiados por la unidad de pago por capitación (UPC), por lo que las EPS tienen la facultad de recobrarlos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Para que el recobro prospere, la EPS debe acreditar el efectivo suministro del servicio de salud, demostrar que el servicio no es financiado a través de la UPC y que no podía ser sustituido con tecnologías incluidas en el plan de beneficios.

Por lo tanto, el juez de primera instancia consideró que los recobros presentados por la EPS cumplían con los requisitos exigidos, por lo que ordenó su pago. Sin embargo, negó la pretensión de gastos administrativos, ya que para compensar los gastos de administración de las EPS al permitirle retener un porcentaje de la UPC no superior al 10, sin el recobro de este asunto no se financia con la UPC, lo que excluye que puedan recibir el porcentaje de administración incluido en dicha unidad.

Frente a la pretensión de intereses moratorios, se sustenta en lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 1281 de 2002, por medio del 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.

5.2. Decisión adoptada por el Despacho – Ad quem:

La Sentencia de segunda instancia se profirió el 28 de abril de 2023 y fue notificada a la ADRES por edicto, el 24 de mayo del 2023, señalando lo siguiente:

“(…) CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de inconformidad para los impugnantes. Sin costas en esta instancia.”

El análisis del Despacho Judicial -Ad quem:

En vista de lo anterior, la sala hizo alusión a la obligación de garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, estableciendo a reglón seguido en su artículo 2º, bajo el principio de solidaridad que orienta la seguridad social como un servicio público esencial, el deber del Estado de garantizarla mediante su participación, control y dirección del mismo.

El Magistrado precisó que, el recobro del procedimiento prestado por la EPS accionante al no encontrarse incluido en el POS, los asume el Fosyga en virtud del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, requiriéndose únicamente para tal efecto el trámite previo ante el Comité Técnico Científico conforme al artículo 8 del Acuerdo 228 del 2002, artículo 4 Resolución No. 3099 del 19 de agosto de 2008.

En ese sentido, la condena irrogada por concepto de intereses moratorios por ajustarse la situación a lo normado en el artículo 4 e inciso segundo del artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002, pues la glosa no solo resultó infundada, sino que la reclamación de recobro se ajustó al plazo previsto.

Finalmente, coadyuvó las apreciaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia para negar el reconocimiento de los gastos administrativos.

Funciones de las personas vinculadas a este estudio

Auditoría

Análisis del precedente judicial de la acción de repetición.

a. De la responsabilidad solidaria del Ente Auditor

En sentencia 11001220500202000735 el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- Sala Quinta de la Decisión Laboral – en una demanda interpuesta por Famisanar EPS contra la ADRES, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., FIDUPREVISORA S.A., CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S, GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S, SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A.S y llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A, analizó lo correspondiente a la responsabilidad solidaria por parte del Ente auditor, quien para ese entonces era la Unión Temporal Nuevo Fosyga.

Al respecto, el despacho indicó que el Ente Auditor, en virtud del contrato suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social estaba facultado para recibir y tramitar los documentos de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo de los recursos de las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA, por tanto, en virtud a dicho contrato, lo hacía solidariamente responsable en los casos en que se estableciera el incumplimiento con sus funciones contractuales, veamos:

“(…) Si será responsable solidariamente la Unión Temporal Nuevo Fosyga en aquellos eventos en que incumpla con sus obligaciones contractuales, como lo es, el proceso de auditoría integral, de conformidad con el contrato n.º 055 de 23 de diciembre de 2011 suscrito entre Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S (antes ASSENDA S.A.S), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. (antes A.S.D S.A) y SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICOS S.A.S. (antes SERVIS S.A.S).

En el presente caso, se advierte de la cláusula del contrato n.º 055 de 23 de diciembre de 2011 que el objeto se ciñe a: “realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la subcuenta en eventos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los comités técnico científicos de las EPS, las juntas técnicas científicas de pares, la superintendencia nacional de salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la ley 1438 de 2011, artículos 26, 27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso”. Lo cual fue reiterado en el acápite de obligaciones generales previstas en la cláusula séptima, numeral primero.

Asimismo, la Unión Temporal Nuevo Fosyga se obligó en la misma cláusula Séptima numeral 18, a “Responder al Ministerio por la restitución de los recursos pagados erróneamente, como resultado de las labores de auditoría de las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios, o incumplimiento en las obligaciones del Contratista, en aplicación a lo previsto en las disposiciones legales pertinentes. Paralelamente, en las “OBLIGACIONES DE AUDITORÍA”

numeral 17, a realizar “Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones ECAT y de los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud radicados ante el FOSYGA desde el 1 de octubre de 2011 hasta al día anterior al inicio del contrato que se adjudique en el presente proceso, las cuales serán entregadas al contratista por parte del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, para realizar la auditoría integral correspondiente, dado que ya han surtido su proceso de recepción, radicación, validación, captura y digitalización.”

En lo concerniente al incumplimiento contractual, el Magistrado ponente indicó que se configuraba cuando el Ente Auditor erraba o fallaba con el resultado de auditoría al imponer las glosas de forma inadecuada:

“Frente al particular, queda demostrado que la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S antes ASSENDA S.A.S), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. (antes A.S.D S.A) y SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICOS S.A.S. (antes SERVIS S.A.S) incumplió con sus obligaciones derivadas del contrato, pues erró en la auditoría de las cuentas de recobro que se enunciaron anteriormente (5 cuentas) al declararlas extemporáneas cuando no lo eran, y por consiguiente, generó un daño al hoy ADRES, por lo que en virtud de la misma autonomía de la voluntad privada de las partes plasmada en las cláusulas propias del contrato n.º 055 de 23 de diciembre de 2011, deberá la Unión Temporal Nuevo Fosyga mantener indemne al ADRES por los daños y perjuicios que se causen.”

De acuerdo con eso, el despacho concibió que era necesario que el Ente Auditor respondiera por lo intereses a los cuales condenaron al Ministerio de Salud y Protección Social como consecuencia del resultado de auditoría, teniendo en cuenta que se evidenció el nexo de causalidad y la culpa ante la omisión e incumplimiento en las obligaciones consagradas en el Contrato N.º 055 de 2011.

Recomendaciones del abogado

Recomendación al comité	No instaurar acción
-------------------------	---------------------

Conclusiones

Con fundamento en el análisis que precede, se sugiere no iniciar el trámite de la acción de repetición en contra del Consorcio Fidufosyga 2005, toda vez que, la condena no se derivó de una indebida auditoría, sino del análisis y decisión adoptada por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. condenando a la ADRES al pago total de \$103.206.104,52.

Lo anterior en consideración a que los resultados de auditoría integral fueron expedidos sin que se haya observado en su actividad la existencia de una decisión arbitraria o manifiestamente contraria al marco legal dirigida intencionalmente a producir un daño o que haya actuado de manera negligente en el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, tampoco se observa la configuración de alguna de las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001 modificadas por la Ley 2195 de 2022.