

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Imputabilidad al contratista – Indisponibilidad y no negociabilidad – Mala planeación contractual

La Sala parte por resaltar que este conjunto de argumentos de los apelantes sobre la falsa motivación de las resoluciones demandadas no se basa en que las obligaciones señaladas como incumplidas hubieran sido satisfechas. En otras palabras, no parten de que el deudor hubiera probado la extinción de tales débitos mediante la prestación de lo debido (Código Civil, arts. 1626 y 1757).

Lo que sostienen las Aseguradoras y los Auditores es que el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los actos administrativos no es imputable a la Unión Temporal. Según los apelantes, el incumplimiento no obedecería a la culpa del deudor, sino a circunstancias atribuibles a la ADRES relacionadas con la planeación del contrato que lo "asfixiaron" financieramente y que, por estar fuera del control de la Unión Temporal, lo eximen de responsabilidad (Código Civil, arts. 1604 y 1616).

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL – Estudios previos – Viabilidad contractual – Deber de establecer la necesidad y conveniencia de la contratación

[...] El principio de planeación no está expresamente nominado en la Ley 80 de 1993. Sin embargo, varias de sus disposiciones permiten asegurar que orienta la actividad contractual del Estado en la etapa previa a su perfeccionamiento. El numeral 12 del artículo 25 dispone que antes de abrir el proceso de selección o de celebrar el contrato, deben elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos.

La planeación impone a las entidades el deber de establecer la necesidad y conveniencia de la contratación y verificar previamente su viabilidad técnica, económica y jurídica. También exige definir, con apoyo en estudios suficientes, las condiciones de ejecución, la forma de remuneración y la distribución de los riesgos. La entidad debe poner a disposición de los interesados información suficiente sobre esas condiciones, para que puedan decidir, de manera seria, informada y profesional, si participan en el proceso.

PRESERVACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Ley 80 de 1993 – Existencia de una obligación contractual – Atribución a la entidad estatal – Afectación económica

[...]en los términos de la Ley 80 de 1993, a las "condiciones técnicas existentes al momento de proponer" o a los "supuestos o hipótesis para la ejecución" (art. 4.8).

Si se trataba de obligaciones contractuales propiamente dichas, debe establecerse si la entidad dejó de ejecutar la prestación respectiva y, por ello, el contratista no estaba en mora de cumplir las suyas (Código Civil, art. 1609), o si la cumplió defectuosamente y ese hecho impidió que la Unión Temporal atendiera las obligaciones a su cargo.

Si no constituían obligaciones contractuales, entonces no se podría aducir el incumplimiento de la entidad como causa de exoneración, porque ese concepto — incumplimiento— presupone la existencia de una obligación exigible.

[...]debe determinarse si la falta de correspondencia entre esas bases y las condiciones presentadas durante la ejecución puede calificarse como un evento de alteración de la equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer, por

causas atribuibles a la entidad estatal (Ley 80 de 1993, art. 27). Para ello, debería establecerse si (i) la información o los datos suministrados no eran veraces (Ley 1150 de 2007, art. 8; Ley 80 de 1993, art. 24.5.b); (ii) esa divergencia produjo una afectación económica al conducir al proponente a estimar equivocadamente la suficiencia de la remuneración e impedirle cubrir los costos derivados del cumplimiento de sus prestaciones; y (iii) si esta circunstancia no era razonablemente cognoscible durante el proceso de contratación. La distinción es relevante por sus consecuencias jurídicas. La alteración del equilibrio económico causada por el incremento de los costos o la disminución de los ingresos no produce, por regla general, una imposibilidad absoluta de cumplimiento con efecto liberatorio. Hace más difícil la ejecución del contrato, ya sea por el incremento de los costos necesarios para cumplir las obligaciones o por la disminución del valor de la contraprestación, pero no justifica el incumplimiento de las obligaciones.

En estos eventos, el contratista tiene derecho a reclamar la adopción de las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato, como el pago de un suplemento sobre el precio.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL – Ley 80 de 1993 artículo 27 – Equivalencia de derechos y obligaciones – Recuperación de los costos contractuales

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que *"en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso"*. Tratándose de procesos competitivos precedidos de convocatoria pública, el referente para establecer la equivalencia inicial es, entonces, la fecha en que se presentó la oferta. En ese momento quien aspira a celebrar el contrato formula la propuesta económica con la que espera obtener los ingresos necesarios para amortizar las inversiones y recuperar los costos que implica su cumplimiento.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO – Incumplimiento del contrato – Indemnización de perjuicios – Reducción de la pena – Principio de proporcionalidad – Incumplimiento parcial del contrato

La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal (Código Civil, art. 1592). Por regla general, esta cláusula cumple una función de estimación de los perjuicios causados al acreedor. De ahí que el artículo 1600 del Código Civil disponga que *"no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena"*.

Según el artículo 1599 del Código Civil, la pena es exigible en los casos en que se hubiere estipulado, *"sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio"*. Esta es una presunción de derecho sobre la existencia del perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación

amparada por la cláusula penal. Por expresa disposición legal, el deudor no puede desvirtuarla mediante prueba en contrario (Código Civil, art. 66).

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA EN CONTRATOS ESTATALES – Naturaleza convencional y no administrativa – Reducción proporcional por cumplimiento parcial de la obligación principal – Se rige por normas civiles y comerciales

[...]El artículo 50 del CPACA consagra un conjunto de criterios para graduar “el rigor de las sanciones por infracciones administrativas”. Sin embargo, la obligación del deudor incumplido de pagar a una entidad estatal la pena pecuniaria pactada en el contrato no constituye una sanción administrativa en sentido estricto.

En términos generales, la sanción administrativa constituye la reacción represiva del ordenamiento frente a una acción u omisión previstas en la ley como infracción. En cambio, la cláusula penal —sanción convencional— no nace de la tipificación legal de una infracción administrativa, sino del acuerdo de voluntades dirigido a regular una relación jurídico-patrimonial. No es una manifestación del ius puniendi del Estado en su acepción restringida; es una cláusula accidental que en ejercicio de la autonomía de la voluntad (Ley 80 de 1993, art. 40) pueden pactar las partes de un contrato, público o privado, y de la que emana una obligación accesoria. Una cuestión distinta es que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuya a las entidades estatales la potestad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal mediante acto administrativo.

La reducción proporcional de la cláusula penal pecuniaria se rige por las disposiciones civiles y comerciales que integran el régimen jurídico de los contratos estatales (Ley 80 de 1993, art. 13). El artículo 1596 del Código Civil establece: “si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”. A su vez, el artículo 867 del Código de Comercio dispone que el juez podrá reducir equitativamente la pena “cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Autonomía negocial – Incumplimiento parcial – Exigibilidad integral de la pena

Las partes estipulan expresamente que la pena es exigible aun en eventos de incumplimiento *parcial*. En este sentido, la jurisprudencia de la Corporación ha indicado:

“En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así: ‘Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil”.

POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Incumplimiento del contrato – Cláusula penal pecuniaria del contrato – Principio de autocomposición – Arreglo directo – Competencia administrativa – Interpretación del contrato – Derechos subjetivos – Procedimiento administrativo sancionatorio

[...] El ejercicio de la potestad legal atribuida a la entidad estatal para expedir un acto administrativo que declare el incumplimiento y haga efectiva la cláusula penal no puede quedar inhibido por una obligación de intentar previamente un acuerdo con el destinatario de la medida. Además, ni la cláusula vigésima del contrato ni el Manual de Contratación obligaban a la ADRES a acudir a mecanismos de autocomposición de controversias como presupuesto para iniciar el procedimiento administrativo.

A diferencia de un derecho subjetivo, libremente ejercitable o incluso renunciable (C.C., art. 15), las potestades públicas se configuran como un poder-deber para la tutela de intereses públicos y, por ello, no son disponibles ni renunciables por su titular. Las entidades estatales no pueden despojarse de sus competencias en el ámbito contractual, dejar de ejercerlas ni negociarlas, en tanto constituyen mecanismos para garantizar la prevalencia del interés general y para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal (Ley 80 de 1993, art. 3). Esta característica impide que el ejercicio de una potestad pública quede inhibido por una obligación de intentar previamente un acuerdo con el destinatario de la medida. Ello no impide, claro está, que puedan preverse plazos de cura para remediar un incumplimiento, lo cual es diferente de atribuir al intento de arreglo directo el efecto de condicionar el ejercicio de las potestades públicas.

En consecuencia, si las partes hubieran pretendido condicionar el ejercicio de la potestad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal (Ley 1150 de 2007, art. 17) a la obligación de intentar una transacción o conciliación con el contratista, su desatención no determinaría la configuración de un vicio invalidante del acto administrativo. Ello se debe a que las normas atributivas de la competencia y las que disciplinan el procedimiento de formación del acto (Ley 1474 de 2011, art. 86) no prevén esa condición. Sin embargo, en este caso las partes no estipularon una cláusula con ese contenido.

INTERVENTORÍA CONTRACTUAL – Ley 1474 de 2011 artículo 83 – Supervisión del contrato estatal – Contrato estatal – Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud – Contrato de consultoría – Contrato de obra

[...] El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispone que la interventoría consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realiza una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal, cuando el seguimiento del contrato supone conocimiento especializado en la materia o cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifican. La disposición agrega que, “[p]or regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría”. Sin embargo, permite que la entidad divida la vigilancia del contrato principal.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintiséis (2026)

Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandantes: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: Principio de planeación contractual – proyección como incumplimiento de la entidad o causa de alteración del equilibrio económico / Imputabilidad del incumplimiento contractual / Cláusula penal – rebaja proporcional / Potestades públicas – indisponibilidad y no negociabilidad / Irregularidades del procedimiento administrativo – trascendencia / Seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales – agravación del riesgo, configuración del siniestro y terminación anticipada.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de las demandas¹.

La controversia versa sobre la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento parcial de un contrato, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y se declaró el siniestro del amparo de cumplimiento de la póliza constituida para garantizar su ejecución.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

¹ Corresponde a la providencia dictada el 12 de marzo de 2026², mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, adoptó las siguientes decisiones: (i) negó las pretensiones de la demanda presentada por Compañía Mundial de Seguros S.A., Zúrich Colombia Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A. (en adelante, las “Aseguradoras”); (ii) negó las pretensiones de la demanda presentada por Haggen Audit S.A.S. y GIC Gerencia Interventoría y Consultoría S.A.S., integrantes demandantes de la Unión Temporal Auditores de Salud (en adelante, los “Auditores”)³; (iii) condenó solidariamente a las Aseguradoras a pagar a

¹ Dentro del proceso No. 2022-00122-00, se ordenó acumular a este el proceso No. 2022-00136-00. El proceso acumulado fue promovido por Gerencia Interventoría y Consultoría S.A.S. y Haggen Audit S.A.S. — integrantes de la Unión Temporal Auditores de Salud—, mientras que el proceso al que se acumuló fue promovido por Compañía Mundial de Seguros S.A., Zúrich Colombia Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A. Ambos procesos se promovieron contra la ADRES. Al momento de emitirse esa orden, el proceso No. 2022-00122-00 se encontraba en una etapa anterior a la fijación de fecha para la audiencia inicial. (SAMAI, TA; in. 23; 19_250002336000202200122001AUTOQUERESUEL20231218164226.pdf).

² SAMAI, TA; in. 109; 128_Sentencia_05corregido11marzo11_0_20260312144522281.

³ La Unión Temporal Auditores de Salud también estaba integrada por Interventoría de Proyectos S.A.S. y Gestión y Auditoría Especializada Ltda. Estas sociedades no presentaron demanda ni comparecieron al proceso.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

favor de la ADRES la suma de \$40.000.000 por concepto de agencias en derecho; (iv) condenó solidariamente a los Auditores a pagar a favor de la ADRES la misma suma por concepto de agencias en derecho; y (v) se abstuvo de condenar en costas por concepto de expensas y gastos procesales.

Pretensiones y fundamentos de la demanda de las Aseguradoras

2. Las Aseguradoras solicitaron que se declarara la nulidad de la Resolución 42049 de 2019, mediante la cual la ADRES declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Consultoría 080 de 2018, cuantificó perjuicios en \$28.056.351.545, hizo efectiva la cláusula penal y declaró el siniestro del amparo de cumplimiento de la garantía emitida por las Aseguradoras (pretensión 1ª). También pidieron que se declarara la nulidad de la Resolución 42494 de 2019, que redujo el valor de los perjuicios y del siniestro a \$5.405.343.408 (pretensión 2ª). Como consecuencia, solicitaron que se declarara que no estaban obligadas a pagar ninguna suma (pretensión 3ª) y que se ordenara a la ADRES reembolsar, debidamente actualizadas, las sumas pagadas y las que llegaren a pagar (pretensión 4ª). Finalmente, pidieron condena en costas (pretensión principal 5ª)⁴.

3. Subsidiariamente, solicitaron que se declarara la nulidad de las disposiciones de las Resoluciones 42049 y 42494 de 2019 que declararon el siniestro del amparo de cumplimiento de la garantía emitida por las Aseguradoras (pretensión 1ª). Como consecuencia, pidieron que se declarara que no estaban obligadas a pagar ninguna suma (pretensión 2ª) y que se ordenara a la ADRES reembolsar, debidamente actualizadas, las sumas pagadas y las que llegaren a pagar por la expedición de los actos demandados (pretensión 3ª). Finalmente, solicitaron condena en costas (pretensión 4ª).

4. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expusieron:

5. El 12 de julio de 2018, la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud (en adelante, el contratista o la Unión Temporal) suscribieron el contrato de consultoría 080, cuyo objeto consistió en realizar la auditoría integral de las solicitudes de recobro por servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la unidad de pago por capitación, así como de las reclamaciones por los eventos previstos en el artículo 167 de la Ley 100 de 1993⁵. El valor del contrato se estimó en \$140.843.455.410, pagadero mediante una comisión fija y una variable. El plazo de ejecución se fijó hasta el 31 de diciembre de 2021 o hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal. El numeral 7º de la cláusula cuarta obligaba a la ADRES a establecer la metodología de evaluación de las obligaciones del contratista dentro de los tres meses siguientes a la suscripción del acta de inicio.

⁴ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; DEMANDA DEFINITIVA ADRES.

⁵ El artículo 167 de la Ley 100 de 1993 prevé el cubrimiento de servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y muerte, gastos funerarios y transporte al centro asistencial en casos de urgencias generadas por accidentes de tránsito, acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. La disposición legal señala que el Fondo de Solidaridad y Garantía pagará directamente a la institución que haya prestado el servicio, conforme a las tarifas fijadas por el Gobierno Nacional.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

6. El 16 de julio de 2018, la Unión Temporal constituyó la garantía única de cumplimiento mediante la póliza NB-100092042, expedida por las Aseguradoras.
7. JAHV McGregor S.A.S. ejerció inicialmente la interventoría sobre la actividad de los Auditores en virtud del contrato 103 de 2012, que terminó por vencimiento del plazo el 31 de mayo de 2019. Desde el 1 de junio de 2019, la ADRES asumió el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato celebrado con la Unión Temporal por conducto de un grupo de supervisión integrado por funcionarios de la entidad.
8. La ADRES entregó extemporáneamente la metodología de evaluación de las obligaciones de la Unión Temporal. Además, la metodología de muestreo y el umbral de error aplicables a la verificación de la calidad de la auditoría sobre los paquetes de recobros y reclamaciones no fueron concertados por las partes. La entidad estatal tampoco aprobó los productos entregados por la Unión Temporal, negó injustificadamente la suspensión del contrato y expidió actos sancionatorios en su contra⁶. Estas circunstancias llevaron a la contratista a una situación de iliquidez.
9. El 5 de septiembre de 2019, la ADRES citó a la Unión Temporal y a las Aseguradoras a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de obligaciones generales y específicas del contrato 080 de 2018. La citación advirtió que la actuación podía culminar con la declaratoria de incumplimiento parcial, la tasación de perjuicios y la imposición de la cláusula penal pecuniaria. La audiencia se celebró el 2 de diciembre de ese año. En ella, la Unión Temporal, algunos de sus integrantes y las Aseguradoras presentaron descargos y aportaron pruebas.
10. El 2 de diciembre de 2019, la ADRES expidió la Resolución 42049, mediante la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato 080 de 2018 por obligaciones relacionadas con la entrega de resultados de auditoría de recobros y reclamaciones; el cumplimiento de estándares de calidad; el funcionamiento del sistema de información; la asistencia a reuniones; la expedición de certificaciones; el apoyo a la defensa judicial; el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social; la recepción, digitalización y gestión documental de reclamaciones; y el restablecimiento del valor de la garantía única de cumplimiento. En consecuencia, cuantificó perjuicios en \$28.056.351.545, suma que comprendía la cláusula penal pecuniaria y perjuicios adicionales sufridos por la entidad. Además, declaró el siniestro del amparo de cumplimiento de la garantía NB-100092042 por el mismo valor. Contra esa decisión, la Unión Temporal, algunos de sus integrantes y las Aseguradoras interpusieron recursos de reposición.
11. El 19 de diciembre de 2019, la ADRES expidió la Resolución 42494, mediante la cual resolvió los recursos de reposición. La entidad redujo a \$5.405.343.408 el valor

⁶ La demanda identificó, entre otros actos administrativos, la Resolución 3939 del 17 de septiembre de 2018, confirmada mediante la Resolución 4340 del 25 de septiembre de 2018, y la Resolución 2803 del 5 de abril de 2019, confirmada mediante la Resolución 2931 del 10 de abril de 2019, por medio de las cuales la ADRES impuso “sanciones” por el incumplimiento parcial del Contrato 080 de 2018. También se refirió a la Resolución 19649 del 11 de junio de 2019, confirmada mediante la Resolución 21670 del 2 de julio de 2019, por la cual se impuso una multa de \$846.459.704, y a la Resolución 22182 del 2 de septiembre de 2019, por la cual se impuso una multa de \$192.418.343, reducida a \$32.069.724 mediante la Resolución 26523 del 13 de septiembre de 2019.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

de los perjuicios declarados y, por esa misma cuantía, hizo efectiva la cláusula penal y declaró el siniestro del amparo de cumplimiento. La entidad adoptó esa determinación porque consideró que la cuantificación debía limitarse al daño emergente. En lo demás, confirmó la Resolución 42049.

12. Entre el 16 y el 17 de enero de 2020, las Aseguradoras pagaron a la ADRES el valor del siniestro declarado en la Resolución 42494, esto es, \$5.405.343.408.

13. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, invocaron los artículos 6, 29 y 83 de la Constitución Política; el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; los artículos 1036, 1055, 1060, 1073 y 1088 del Código de Comercio; los artículos 1602, 1603, 1609 y 1616 del Código Civil; y los artículos 3, 4, 5, 14 numeral 2, 16, 24 numeral 5, 25, 26 numeral 1 y 27 de la Ley 80 de 1993. Sostuvieron que los actos demandados fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, falsa motivación y desconocimiento del derecho de defensa.

14. Adujeron que el incumplimiento declarado no era imputable al contratista, sino a deficiencias de planeación y a conductas de la ADRES durante la ejecución del contrato. Soportaron este planteamiento en la insuficiencia de la remuneración y en la falta de correspondencia entre los supuestos empleados para calcularla y las condiciones reales de ejecución; en la entrega tardía e incompleta de la metodología de evaluación; en la falta de incorporación de la metodología de muestreo y del umbral de error en los documentos precontractuales; y en el uso de una metodología de muestreo proveniente del contrato de interventoría celebrado con JAHV McGregor S.A.S. También reprocharon que, pese a la complejidad técnica del negocio, no se contratara una nueva interventoría tras el vencimiento del contrato celebrado con esa compañía. Por último, adujeron que la entidad omitió aplicar los mecanismos de arreglo directo pactados en el contrato antes de iniciar el procedimiento administrativo.

15. Afirmaron que la ADRES sustituyó el testimonio de Norberto Pérez Combariza, director de tecnología de la interventoría, por una prueba por informe. Adujeron que esa sustitución impidió la práctica de la prueba solicitada y alteró su forma de contradicción. De otro lado, reprocharon que la entidad hubiera restado valor al dictamen pericial de Paola Andrea Martínez Sarmiento con base en un memorando del grupo supervisor que pidió no tenerlo en cuenta por una supuesta falta de objetividad e imparcialidad. Afirmaron que esas razones no correspondían a una causal legal para desestimar el peritaje, pues las causales de impedimento eran taxativas y la contradicción del dictamen debía fundarse en razones técnicas o en otro medio de prueba de la misma naturaleza. Por otra parte, cuestionaron la objetividad de la firma interventora JAHV McGregor S.A.S. por haber participado en el concurso de méritos en el que se adjudicó el contrato a la Unión Temporal.

16. Argumentaron que la garantía no cubría los perjuicios cuantificados en los actos demandados, porque no eran directos ni correspondían a gastos necesarios para auditar los recobros y reclamaciones. Añadieron que algunos perjuicios no estaban debidamente acreditados o fueron estimados mediante inferencias e hipótesis. También alegaron que el siniestro se inició antes de que las Aseguradoras asumieran el riesgo de incumplimiento, pues las deficiencias de planeación y la indeterminación de la metodología de muestreo y el umbral de error precedían la ejecución del contrato.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

Finalmente, sostuvieron que la ADRES agravó el estado del riesgo al no concertar los instrumentos de evaluación ni acudir a los mecanismos previstos en la cláusula de solución de controversias y en el manual de contratación.

Contestación de la demanda de las Aseguradoras

17. La ADRES se opuso a las pretensiones⁷. Sostuvo que no existieron deficiencias de planeación ni circunstancias que alteraran el equilibrio económico del contrato. En ese sentido, afirmó que la metodología de evaluación, aunque fue entregada con 23 días de retraso, no tuvo relación con los incumplimientos que motivaron la expedición de los actos administrativos demandados. Además, adujo que la definición de la metodología de evaluación era una obligación a cargo de la entidad, mientras que la metodología de muestreo y el umbral de error eran instrumentos propios de evaluación de la calidad de la auditoría, por lo que no requerían concertación con el contratista. También afirmó que la cláusula vigésima y el manual de contratación no obligaban a agotar mecanismos de arreglo directo ni a suspender el contrato antes de ejercer la potestad sancionatoria. En cuanto al seguimiento del contrato, sostuvo que la ADRES podía ejercerlo mediante la figura de la supervisión y que el grupo designado para ese fin era idóneo.

18. Sostuvo que la sustitución del testimonio de Norberto Pérez Combariza por una prueba por informe obedeció a la reiterada inasistencia del declarante. Agregó que los interesados tuvieron la posibilidad de formular las preguntas correspondientes. Respecto del dictamen pericial de Paola Andrea Martínez Sarmiento, adujo que sí fue valorado al expedir los actos demandados y contrastado con las demás pruebas practicadas. Además, precisó que el peritaje fue objeto de contradicción mediante la comparecencia de la perito a audiencia.

19. Respecto de la cuantificación de perjuicios, indicó que la cláusula penal constituía una estimación anticipada de ellos y que, por no exceder el límite del 15% del valor del contrato, bastaba acreditar el incumplimiento para exigir su pago. Finalmente, negó que se hubiera agravado el estado del riesgo, pues las circunstancias invocadas por las Aseguradoras no alteraron las condiciones bajo las cuales se otorgó el amparo⁸.

Pretensiones y fundamentos de la demanda de los Auditores

20. Los Auditores también solicitaron la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 42049 y 42494 de 2019 (pretensiones 5.1.1 y 5.1.2)⁹. Como consecuencia, pidieron

⁷ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; 001. Contestación demanda.

⁸ En la demanda, las Aseguradoras solicitaron vincular como litisconsortes necesarios por activa a la Unión Temporal Auditores de Salud y a sus cuatro integrantes. El Tribunal negó la vinculación en el auto admisorio del 5 de julio de 2022, al considerar que aquellos habían contado con un derecho de acción propio para controvertir los actos administrativos. Como la decisión solo quedó consignada en la parte motiva, las Aseguradoras solicitaron su adición. Mediante auto del 11 de agosto de 2022, notificado por estado el 16 siguiente, el Tribunal incorporó expresamente la negativa en la parte resolutive. La providencia quedó ejecutoriada el 19 de agosto de 2022, conforme al artículo 302 del CGP. SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 3; 2_250002336000202200122001AUTOADMITEDEM20220712123605 SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 11; 8_250002336000202200122001RECIBEMEMORIALADICIONAR20220718153007; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 12; 10_250002336000202200122001AUTOQUEADICIO20220812075401; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 16; 11_250002336000202200122001CONSTANCIASECR20220817175449.

⁹ La numeración corresponde a la empleada en la demanda.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

comunicar a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Bogotá la cancelación de la inscripción de la sanción (pretensión 5.1.3); ordenar a la ADRES el reintegro, a favor de las Aseguradoras, de las sumas pagadas (pretensión 5.1.4); indexar esos valores desde la fecha del pago hasta la ejecutoria de la sentencia (pretensión 5.1.5); y reconocer intereses moratorios sobre la suma indexada, conforme al artículo 195 del CPACA (pretensión 5.1.6). En subsidio, pidieron la declaratoria de nulidad parcial de los actos administrativos demandados, por la “*cuantificación subjetiva y arbitraria*” de la sanción pecuniaria (pretensión 5.2.1), así como su reducción al valor probado en el proceso conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (pretensión 5.2.2). Finalmente, solicitaron condena en costas (pretensión 5.3)¹⁰.

21. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expusieron los mismos hechos principales relatados en la demanda de las Aseguradoras.

22. Como fundamento jurídico, invocaron los artículos 6, 29, 83, 121 y 209 de la Constitución Política; el artículo 28 de la Ley 80 de 1993; el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sostuvieron que los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación, infracción de las normas en que debían fundarse y desconocimiento del debido proceso.

23. Alegaron la falsa motivación de los actos administrativos por la adopción extemporánea de la metodología de evaluación. Sostuvieron que la ADRES desconoció sus propios actos y las estipulaciones que le imponían definir la metodología de evaluación de las obligaciones del contratista dentro de los tres meses siguientes a la suscripción del acta de inicio. Por ello, sostuvieron que no podía exigirse al contratista conocerla ni aceptar su aplicación como criterio de evaluación del cumplimiento de sus obligaciones.

24. Argumentaron que los actos administrativos estaban falsamente motivados por la aplicación de la metodología de muestreo. Adujeron que esa metodología servía para seleccionar, dentro de los paquetes presentados por la Unión Temporal, la muestra de recobros y reclamaciones que sería revisada para verificar la calidad de la auditoría y el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Sin embargo, señalaron que provenía del contrato de interventoría 103 de 2012, celebrado con JAHV McGregor, y que no fue incorporada al contrato 080 de 2018. Por ello, sostuvieron que no podía exigirse al contratista conocerla ni aceptar su aplicación como criterio de evaluación del cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal.

25. También alegaron la falsa motivación de los actos administrativos por el uso del umbral de error aplicado a la evaluación de la calidad de la auditoría de los paquetes de recobros y reclamaciones. Sostuvieron que la ADRES vulneró el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al adelantar el procedimiento administrativo y sancionar a la Unión Temporal con fundamento en un porcentaje de error que no había sido incorporado al contrato 080 de 2018 ni conocido por el contratista.

¹⁰ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 2_ED_DEMANDAINCUMPLIMIEN.pdf



26. Afirmaron que se configuró el vicio de falsa motivación porque la ADRES no valoró las pruebas que demostraban que las dificultades en la ejecución del contrato no provenían de la conducta del contratista, sino de deficiencias en la estructuración del negocio. En concreto, señalaron la adopción extemporánea de la metodología de evaluación; la aplicación de una metodología de muestreo no incorporada al contrato 080 de 2018; la falta de previsión contractual del umbral de error; la insuficiencia de la remuneración; la existencia de costos ocultos; la entrega de información incompleta para estructurar la oferta y prever las condiciones reales de ejecución; y el lapso transcurrido entre la adjudicación y la celebración del contrato.

27. Como fundamento de las pretensiones subsidiarias, cuestionaron la cuantificación de los daños. Afirmaron que varias partidas incluidas como perjuicios carecían de soporte probatorio, no guardaban relación con el incumplimiento atribuido a la Unión Temporal o correspondían a actividades que la ADRES debía asumir en ejercicio de sus propias funciones. Agregaron que la entidad no aplicó criterios objetivos para tasar los perjuicios ni explicó su determinación. Por ello, concluyeron que la sanción fue arbitraria y desconoció los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Contestación de la demanda de los Auditores

28. La ADRES se opuso a las pretensiones con el argumento de que los actos demandados no estaban viciados de nulidad¹¹. Frente a la metodología de evaluación, sostuvo que su entrega extemporánea no impedía a la entidad cumplir esa obligación mientras el contrato siguiera en ejecución ni hacía necesaria su concertación con el contratista. Por ello, afirmó que su cumplimiento tardío no supuso la modificación unilateral del negocio, el ejercicio de potestades excepcionales ni el desconocimiento de sus propios actos. En relación con la metodología de muestreo y el umbral de error, insistió en los argumentos de defensa planteados al contestar la demanda de las Aseguradoras.

29. Negó que las dificultades en la ejecución del contrato hubieran obedecido a deficiencias de planeación imputables a la entidad estatal. Sostuvo que los interesados en el procedimiento de selección debían valorar la conveniencia de presentar oferta, por lo que los Auditores no podían trasladar a la ADRES los efectos de eventuales errores en la elaboración de la propuesta. Respecto de la cuantificación de la sanción pecuniaria, afirmó que la cláusula penal constituía una estimación anticipada de perjuicios, por lo que bastaba acreditar el incumplimiento y verificar que la suma impuesta no excediera el límite pactado.

30. Como excepciones de mérito, propuso la falta de legitimación en la causa por activa y la imposibilidad de pedir para otro. Sustentó esas excepciones en que los Auditores no podían reclamar la devolución de sumas pagadas por las Aseguradoras ni pretender la reparación de un perjuicio que no era propio¹².

¹¹ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141Constanciassecr_25000233600020220012(.pdf) NroActua
122; Enlace a OneDrive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal;
27_RECIBEMEMORIALES_CONTESTADEMANDAAPO.pdf

¹² En la demanda correspondiente al proceso 2022-00136-00, los Auditores solicitaron vincular como litisconsortes necesarios a Compañía Mundial de Seguros S.A., Liberty Seguros S.A. y Zurich Colombia



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

Alegatos en primera instancia

31. Concluida la etapa probatoria¹³, las Aseguradoras presentaron alegatos e insistieron en los cargos de nulidad formulados en la demanda¹⁴. Lo propio hicieron los Auditores¹⁵. La ADRES también insistió en sus argumentos defensivos y en las excepciones de mérito propuestas. Sostuvo que los demandantes no desvirtuaron la legalidad de los actos demandados, pues no acreditaron el cumplimiento de las obligaciones que motivaron su expedición ni demostraron las alegadas deficiencias de planeación¹⁶.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

32. El Tribunal abordó conjuntamente los cargos de nulidad de las demandas de las Aseguradoras y los Auditores¹⁷. Concluyó que no hubo una indebida planeación del contrato y que los incumplimientos eran imputables a la Unión Temporal. Adujo que si el contratista estimaba que existían deficiencias de planeación debió plantearlo antes de suscribir el contrato 080 de 2018. En cuanto a la dificultad para contratar y mantener el personal requerido, advirtió que la Unión Temporal ejecutó el contrato en un porcentaje mínimo, porque no contaba con recursos para asumir los costos de nómina.

Seguros S.A. porque habían resultado afectadas por los actos administrativos demandados. Mediante auto del 22 de julio de 2022, el Tribunal admitió la demanda y ordenó vincularlas como litisconsortes necesarias por pasiva. Las aseguradoras se pronunciaron: Zurich Colombia Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A. presentaron escrito el 13 de octubre de 2022, en el cual precisaron que intervenían como litisconsortes necesarios o cuasinecesarios de la parte activa, y Compañía Mundial de Seguros S.A. contestó el 18 de octubre siguiente en calidad de litisconsorte necesaria. Posteriormente, acumulado ese proceso al radicado 2022-00122, mediante auto fechado el 15 de febrero de 2024, el Tribunal revocó el numeral segundo del auto del 22 de julio de 2022 y dejó sin efectos la vinculación de las aseguradoras al proceso 2022-00136, debido a que estas ya habían ejercido directamente su derecho de acción y eran demandantes en el proceso 2022-00122. Contra esta decisión no se interpuso recurso alguno. SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 2_ED_DEMANDAINCUMPLIMIEN.pdf; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 7_AUTOADMITEDEMANDA.pdf; pág. 5; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 10_RECIBEMEMORIALES_CONTESTADEMANDAAPO; págs. 2, 3 y 5; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 12_RECIBEMEMORIALES_CONTESTADEMANDAAPO; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 140; 28_AUTOINTERLOCUT_20220122ACUMULADOCON_20240216140145; págs. 2-6.

¹³ En la audiencia inicial del 29 de febrero de 2024, el Tribunal decretó las pruebas documentales aportadas y ordenó a la ADRES allegar la documentación solicitada por las Aseguradoras, incorporada mediante seis carpetas el 7 de marzo siguiente. Respecto del proceso 2022-00122 se practicaron los testimonios de Rodrigo Alexander Molina Palomares, César Augusto Lineros, Sonia Janeth Hernández Jiménez, Juan Camilo Martínez Rodríguez, Fabio Rojas Conde y Miller Alexander Reina Escobar; los demás fueron desistidos. No se decretaron los interrogatorios de Miguel Alexander León García y Carlos Alberto Pabón Mahecha ni las pruebas solicitadas por la ADRES sobre los gastos de defensa jurídica y las actas de reunión de socios de la Unión Temporal. En el proceso acumulado 2022-00136 se practicaron los testimonios de Sonia Janeth Hernández, Alexandra Román Toro, Jairo Humberto Salgado Rubio, María Isabel Salgado Cardona y Maira Alejandra Pérez; otros fueron incorporados como pruebas trasladadas o desistidos. Aunque se negó la exhibición del expediente administrativo, sus documentos fueron incorporados por haber sido aportados con la contestación. Finalmente, el 7 de mayo de 2024 se incorporó como prueba trasladada el dictamen pericial de Paola Andrea Martínez Sarmiento, previamente practicado y contradicho en la actuación administrativa SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 94; 101_AUDIENCIAPRUEB_31000AMMARTES2820221_20240529102445; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 89; 96_AUDIENCIAPRUEB_3.

¹⁴ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 98; 107_250002336000202200122002MemorialWeb2024613192059.

¹⁵ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 98; 102_250002336000202200122002MemorialWeb2024613173734.

¹⁶ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 98; 103_250002336000202200122002MemorialWeb2024613173942.pdf; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 99; 105_250002336000202200122002MemorialWeb2024613174038.pdf.

¹⁷ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 109; 128_Sentencia_05corregido11marzo11_0_20260312144522281.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

33. Desestimó el cargo relativo a la falta de incorporación de la metodología de muestreo al contrato 080 de 2018, utilizada para seleccionar la muestra sobre la cual se verificaba la calidad de la auditoría de los paquetes de recobros y reclamaciones. Sostuvo que (i) el Anexo Técnico del pliego hacía referencia a esa metodología; (ii) no se probó que su definición o incorporación al contrato constituyera una obligación a cargo de la ADRES; (iii) por tratarse de un instrumento de vigilancia de la actividad de auditoría, no era un aspecto que debiera concertarse con el contratista; y, (iv) si la Unión Temporal consideraba que debía incorporarse al contrato, debió plantearlo antes de suscribirlo.

34. Concluyó que no prosperaba el cargo por indebida aplicación de la metodología de muestreo y del umbral de error. Esta conclusión la sustentó en las siguientes premisas: (i) las pruebas daban cuenta del incumplimiento de la Unión Temporal; (ii) el contratista conoció las instrucciones sobre la aplicación de esa metodología; (iii) el pliego permitía a la ADRES solicitar ajustes para garantizar una debida auditoría mediante la aplicación de esa metodología; (iv) cualquier inconformidad debió plantearse en la etapa precontractual; (v) la metodología fue pactada en el contrato de interventoría con JAHV McGregor y fue conocida por la Unión Temporal; (vi) esta se aplicaba desde 2012 al proceso de auditoría de recobros y reclamaciones; (vii) aunque el umbral de error no fue publicado como anexo técnico del contrato de interventoría, fue comunicado al interventor; y (viii) no se pactó un margen de error en favor de la Unión Temporal.

35. Concluyó que no prosperaba el cargo soportado en la entrega extemporánea de la metodología de evaluación. Señaló que la ADRES cumplió tardíamente esa obligación. Sin embargo, consideró que no se probó que los incumplimientos de la Unión Temporal que motivaron la expedición de los actos demandados hubieran sido causados por esa circunstancia.

36. Sostuvo que tampoco se configuró un vicio por la determinación del monto por el cual se hizo efectiva la cláusula penal y se hizo efectivo el amparo de cumplimiento. Señaló que la cláusula penal equivalía al 15% del valor del contrato, esto es, \$21.126.518.311, y que la ADRES impuso una suma inferior: \$5.405.343.408. Agregó que, al tratarse de una tasación anticipada de perjuicios, a la entidad solo le correspondía acreditar el incumplimiento del contrato y declararlo mediante acto administrativo, sin que estuviera obligada a demostrar la causación de los perjuicios ni su cuantía. Por otra parte, consideró que los Auditores carecían de legitimación en la causa para solicitar su reintegro, porque las sumas reclamadas habían sido pagadas por las Aseguradoras y no por la Unión Temporal.

37. Adujo que no se configuró un vicio por no haberse acudido previamente a los mecanismos de solución de conflictos. Señaló que el contrato 080 de 2018 no exigía acudir previamente a esos mecanismos para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ni para iniciar el procedimiento administrativo.

38. Desestimó el cargo relacionado con la falta de contratación de una nueva interventoría al finalizar el contrato suscrito con JAHV McGregor. Sostuvo que el contrato 080 de 2018 autorizaba a la ADRES a vigilar su ejecución por conducto de un



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

supervisor o un interventor, de modo que la omisión de contratar una nueva interventoría no desconocía lo pactado. Añadió que las Aseguradoras no hicieron parte del negocio jurídico y que si la Unión Temporal consideraba obligatoria la interventoría debió plantearlo antes de celebrar el negocio jurídico, máxime cuando no pidió la nulidad de la cláusula sobre seguimiento del contrato. Finalmente, precisó que la Ley 1474 de 2011 prevé los eventos en los que debe contratarse la interventoría y no menciona los contratos de consultoría.

39. Adujo que la ADRES no valoró indebidamente las pruebas ni violó el derecho a la defensa del contratista. Respecto del dictamen pericial, citó los apartados en los que la ADRES explicó por qué la perito no era imparcial. Además, señaló que el peritaje no tenía por objeto establecer sobrecostos derivados de la entrega tardía de la metodología de evaluación, sino examinar aspectos estadísticos sobre la selección de muestras. Agregó que era contradictorio alegar que no se había establecido una metodología de muestreo y que el peritaje demostraba errores en la aplicación de la fórmula para ese fin. Indicó que, aun de aceptarse esos errores, no se desvirtuaron los incumplimientos atribuidos a la Unión Temporal. En cuanto al testimonio del director de tecnología de la interventoría, sostuvo que la ADRES podía sustituir su práctica por una prueba por informe ante la inasistencia del declarante, y que la Unión Temporal pudo formular las preguntas que considerara pertinentes.

40. Desestimó las pretensiones subsidiarias. Frente a las formuladas por las Aseguradoras, sostuvo que no se plantearon argumentos adicionales que exigieran un análisis distinto al realizado respecto de las pretensiones principales. En cuanto a la solicitud subsidiaria de los Auditores de reducir la pena pecuniaria, señaló que tampoco prosperaba por las mismas razones expuestas sobre la determinación del monto por el cual se hizo efectiva la cláusula penal.

41. Por último, condenó tanto a las Aseguradoras como a los Auditores a pagar a favor de la ADRES la suma de \$40.000.000 por concepto de agencias en derecho, con fundamento en el valor de las pretensiones negadas y en *“los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”*.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

42. Las Aseguradoras¹⁸ y los Auditores¹⁹ impugnaron la sentencia de primera instancia. Formularon múltiples motivos de inconformidad contra los fundamentos con base en los cuales el Tribunal desestimó los cargos de nulidad planteados contra las Resoluciones 42049 y 42494 de 2019²⁰.

III. CONSIDERACIONES

43. La Sala debe pronunciarse sobre los reparos expuestos por las Aseguradoras y los Auditores (CGP, arts. 320 y 328), los cuales se abordarán en el siguiente orden. En primer lugar, se estudiarán los reparos relacionados con (i) la indebida planeación del

¹⁸ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 112; 131_250002336000202200122002MemorialWeb202646195750.

¹⁹ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 113; 132_250002336000202200122002MemorialWeb202648202924.

²⁰ La ADRES no se pronunció respecto de los recursos de apelación dentro del término previsto en el artículo 247.4 del CPACA. El Ministerio Público guardó silencio.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

contrato y la imputabilidad del incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal; (ii) la aplicación de la metodología de muestreo y el umbral de error; (iii) las consecuencias de la definición extemporánea de la metodología de evaluación; (iv) la cuantía por la que se hizo efectiva la cláusula penal y se afectó el amparo de cumplimiento; y (v) la omisión de acudir a los mecanismos de solución de controversias antes del inicio del procedimiento administrativo. Luego, se examinarán los relacionados con (vi) la interventoría para la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal; (vii) la imparcialidad en el ejercicio de la función de interventoría; y (viii) la sustitución de una declaración por una prueba por informe. Finalmente, se resolverán los relacionados con (ix) las pretensiones subsidiarias de la demanda de las Aseguradoras y (x) las costas en primera instancia²¹.

44. Por tratarse de asuntos transversales para la solución de los múltiples reparos, la Sala precisará como marco analítico el objeto y la finalidad del proceso de selección y del contrato celebrado, así como los incumplimientos que motivaron la expedición de las resoluciones demandadas.

45. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, dependencia del Ministerio de Salud y Protección Social encargada de la dirección del FOSYGA, adelantó el proceso CMA-DAFPS 01 de 2017 mediante la modalidad de concurso de méritos abierto²². La entidad consideró que por el objeto y las obligaciones del negocio jurídico proyectado debía seleccionar un consultor que se encargara de realizar la auditoría integral en salud, jurídica y financiera de dos clases de solicitudes:

(i) Los recobros presentados por las entidades promotoras de salud (EPS) y las entidades obligadas a compensar (EOC) para obtener el reconocimiento y pago de los servicios o tecnologías no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC que hubieran suministrado a sus afiliados por autorización de los comités técnico-científicos, por prescripción de un profesional de la salud o en cumplimiento de un fallo de tutela.

(ii) Las reclamaciones presentadas por las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) por los servicios de salud y de transporte prestados a las víctimas —así como por las personas naturales— para obtener las indemnizaciones por incapacidad permanente o muerte y el reconocimiento de los gastos funerarios o de transporte correspondientes. Estas reclamaciones se originaban en accidentes de tránsito no cubiertos por el SOAT, eventos terroristas, catástrofes naturales u otros eventos aprobados por la autoridad competente (estudios previos, numerales 1.1.1.4, 1.1.2

²¹ El inciso segundo del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 establece que la ADRES “*En materia de contratación se regirá por el régimen público*”.

²² Los documentos del proceso indicaban que la ADRES reemplazaría al FOSYGA a partir del 1 de agosto de 2017 y contemplaron su intervención en la celebración y ejecución del contrato. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; pág. 15.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

literal b²³; pliego de condiciones, numerales 2.1²⁴; anexo técnico, capítulo IV, numerales 1, 2.1, 2.1.1 y 2.1.2²⁵).

46. La consultoría que se buscaba contratar no se limitaba a la emisión de recomendaciones. El contratista debía procesar la totalidad de los recobros y reclamaciones asignados; verificar de manera integrada sus componentes médicos, jurídicos, administrativos y financieros; y entregar productos que permitieran a la ADRES establecer si procedía reconocer y pagar, total o parcialmente, las solicitudes presentadas o formular las glosas correspondientes.

47. Para ejecutar esas actividades, la Unión Temporal debía estructurar y operar el modelo de auditoría; disponer del personal, la infraestructura y el sistema de información necesarios; conformar los paquetes de reclamaciones y recobros; participar en las actividades de precierre, revisión y cierre de los paquetes y expedir las certificaciones y presentar los informes exigidos en los documentos contractuales. A la ADRES le correspondía, entre otras obligaciones, suministrar o facilitar el acceso a la información requerida, impartir las instrucciones aplicables, establecer la metodología de evaluación, ejercer el seguimiento y pagar la remuneración del contratista cuando se cumplieran las condiciones pactadas.

48. El estudio previo precisó el volumen de información involucrado en la operación mediante la inclusión de las series históricas de radicación y aprobación de recobros y reclamaciones. En 2016, último año reportado, se radicaron 8.540.568 recobros²⁶ y 367.642 reclamaciones²⁷.

49. La finalidad que la entidad contratante perseguía con la contratación de la consultoría se inscribió en el régimen de administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así, la auditoría constituía una etapa previa al reconocimiento y pago de los recobros y de las reclamaciones. De esta forma, el contrato servía tanto al control del uso y la destinación de los recursos como a garantizar el flujo oportuno de los fondos hacia los agentes del sistema que acreditaran el derecho a recibirlos.

50. La remuneración a favor del consultor se estructuró sobre la base de dos componentes. El primero consistía en una comisión fija, que finalmente se pactó en \$344.572.035, por el periodo inicial de empalme de tres meses²⁸. Esta suma se

²³ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1. Estudio Previo definitivo; Págs. 19-21.

²⁴ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones; Pág. 8.

²⁵ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; págs. 37 y 40.

²⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1. Estudio Previo definitivo; pág. 19.

²⁷ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1. Estudio Previo definitivo; pág. 21.

²⁸ "CLÁUSULA NOVENA. FORMA DE PAGO: LA ADRES pagará el valor del contrato, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización, así:

Comisión fija y comisión variable

Comisión fija: Una comisión fija hasta por la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL TREINTA Y CINCO PESOS (\$344.572.035) M/CTE que busca remunerar el periodo de los tres (3) meses de transición, en los cuales el contratista adelantará las actividades



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

pagaría en mensualidades de hasta \$114.857.345 o la fracción correspondiente. Durante ese lapso, el contratista debía adelantar las actividades preoperativas necesarias para recibir de la firma auditora anterior la operación, la documentación, los archivos y la información física y digital. Asimismo, debía preparar los recursos humanos y tecnológicos requeridos para asumir la auditoría.

51. Concluido el periodo de empalme, la entidad contratante no reconocería una suma fija mensual por la disponibilidad del personal, la infraestructura o el sistema de información. La remuneración correspondería a una comisión variable, pagadera mes vencido. Su cuantía se obtenía sumando los productos de multiplicar el valor unitario vigente por el número de cada uno de los siguientes productos: (i) recobros aprobados; (ii) reclamaciones con cargo a la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) aprobadas parcial o totalmente; y (iii) recobros o reclamaciones no aprobados por la imposición de causales de glosa no subsanables.

52. El mismo valor unitario se aplicaba a cada uno de esos productos. Los valores finalmente pactados, incluido el IVA, fueron de \$3.892 para 2018, \$3.927 para 2019, \$3.951 para 2020 y \$3.972 para 2021. A partir de enero de 2018, el valor de la comisión variable se ajustaría anualmente con fundamento en el IPC de la vigencia inmediatamente anterior. Si ese índice era superior al porcentaje utilizado por la entidad para estimar el presupuesto oficial, la comisión se ajustaría en la diferencia entre ambos porcentajes. Ese ajuste no aumentaría la base para calcular la comisión del año siguiente, que continuaría siendo la definida en la oferta. Si el IPC certificado era inferior al porcentaje empleado por la entidad, se aplicaría este último.

53. Por el objeto del contrato, la Unión Temporal debía mantener el personal y la infraestructura física y tecnológica exigidos para su ejecución, y asumir los costos asociados. Durante la operación no recibía una suma fija mensual para cubrirlos. Sus ingresos eran variables y dependían de la cantidad de recobros y reclamaciones que pudieran facturarse en cada periodo. Como se explicará más adelante, la intervención de la ADRES en la revisión y cierre de los paquetes conformados con los recobros y reclamaciones auditados incidía en el momento en que los resultados quedaban consolidados y podían servir de soporte para la facturación mensual de la comisión variable.

54. Precisado lo anterior, la Sala reseñará las obligaciones cuya inejecución motivó la expedición de los actos administrativos demandados.

55. En la Resolución 42049 de 2019, la ADRES concluyó que la Unión Temporal incumplió 7 obligaciones generales y 36 obligaciones específicas²⁹.

preoperativas y de adaptación del sistema de información que aporte para soportar el proceso de auditoría integral y se cancelarán en pagos mensuales, de acuerdo con el plan de trabajo presentado, hasta por valor de CIENTO CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$114.857.345) M/CTE o fracción (...)" Ver: SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; pág.19.

²⁹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; pág. 72.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

56. En la motivación de la decisión no se hizo referencia concreta al contenido de cada una de esas obligaciones ni a los elementos considerados para concluir que habían sido incumplidas. En el capítulo sexto de la parte considerativa, la entidad se remitió a las obligaciones señaladas como incumplidas en el oficio 31681 del 5 de septiembre de 2019, mediante el cual citó a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011³⁰. Ese documento se sustentó, a su vez, en el informe de interventoría 310264 del 30 de agosto de 2019 —*que no reposa en el expediente*— y en el informe del grupo de supervisión 31680 del 5 de septiembre del mismo año. Frente a las obligaciones inicialmente incluidas en la citación a la audiencia, la ADRES excluyó algunas porque consideró que no eran exigibles o porque durante el procedimiento administrativo se acreditó su cumplimiento³¹.

57. Un primer grupo de obligaciones comprendía las relacionadas con la actividad principal del contrato: la auditoría de recobros y reclamaciones. La Unión Temporal debía cumplir el objeto, la propuesta y los requisitos de oportunidad, calidad y cantidad del servicio; aplicar la normativa, los manuales y las instrucciones de la ADRES; auditar las solicitudes asignadas, incluidas las radicadas antes del inicio del contrato y durante la transición; concluir los procesos pendientes del auditor anterior; presentar cronogramas; y garantizar la continuidad de la auditoría.

58. También debía atender las etapas preradicación, radicación y preauditoría; recibir, capturar y digitalizar reclamaciones; procesar los registros individuales de prestaciones de salud; efectuar cruces con bases de datos; verificar valores; aplicar correctamente las glosas; e implementar controles de calidad. Además, debía conformar paquetes, generar precierres, adelantar revisiones, conciliaciones y ajustes, efectuar cierres, expedir certificaciones y comunicaciones, remitir soportes para el pago y comunicar los resultados a recobrantes y reclamantes³².

59. En relación con este primer conjunto, el informe del grupo de supervisión concluyó que la Unión Temporal incumplió sus obligaciones, porque al 5 de septiembre de 2019 no había presentado resultados definitivos de los paquetes de recobros y reclamaciones radicados entre noviembre de 2018 y junio de 2019. También precisó que la Unión Temporal no efectuó la preauditoría de 4.564.552 recobros recibidos en abril y mayo de 2019. Agregó que al 31 de mayo siguiente estaban pendientes 116.378 recobros y 254.101 reclamaciones ordinarias de personas naturales y jurídicas, y que no había concluido el procesamiento de los paquetes cuya auditoría había iniciado previamente. El informe también registró sucesivos reprocesos por errores en la aplicación de los criterios de la auditoría integral³³.

³⁰ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; pág. 17.

³¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; pág. 21.

³² Obligaciones generales 2, 4 y 7; específicas 2, 3, 4, 6, 7, 9 a 19 y 53.

³³ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Anexo No. 53 – Expediente administrativo; Carpeta 1; Pág. 1.



60. Un segundo grupo comprendía las obligaciones relacionadas con el soporte operativo de la auditoría. La Unión Temporal debía pagar los salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y contribuciones parafiscales de su personal. También debía garantizar la disponibilidad del sistema de información y cumplir los acuerdos de niveles de servicio. Le correspondía elaborar, ejecutar y actualizar los planes de contingencia y continuidad del negocio; disponer de la infraestructura física, administrativa, financiera, técnica y tecnológica exigida; y mantener una sede adecuada en Bogotá. Debía garantizar la seguridad de la información, administrar y custodiar los archivos, implementar un procedimiento para prevenir la pérdida de documentos y utilizar el sistema de gestión documental de la ADRES. Además, debía implementar un sistema de información adaptable y parametrizable, efectuar los ajustes requeridos durante el período de transición y mantener soluciones tecnológicas que aseguraran la confidencialidad, integridad, disponibilidad y trazabilidad de la información procesada³⁴.

61. Respecto de este segundo conjunto de obligaciones, el informe señaló que el sistema de información no quedó adaptado al finalizar el periodo de transición el 31 de octubre de 2018. Preciso que las verificaciones efectuadas entre noviembre de 2018 y mayo de 2019 mostraron que el módulo de reclamaciones no permitía radicar, cargar y auditar integralmente las solicitudes ni generar sus resultados, mientras que el módulo de recobros no producía el resultado definitivo de la auditoría en sus componentes médico, jurídico y financiero. Agregó que los paquetes especiales de reclamaciones que habían culminado su trámite fueron auditados en el sistema SII-ECAT de la ADRES y que, para la fecha del informe, continuaban atendiéndose en ese sistema. Asimismo, señaló que en junio de 2019 se constató el cierre de la ventanilla de radicación y la ausencia de personal en la sede de la Unión Temporal.

62. Un tercer grupo comprendía las obligaciones de control, colaboración y apoyo a la ADRES³⁵. La Unión Temporal debía informar de inmediato las inconsistencias, irregularidades o situaciones anómalas y suministrar a la supervisión o interventoría la información requerida. También debía apoyar las jornadas de asistencia técnica y capacitación dirigidas a recobrantes y reclamantes, asistir a las reuniones convocadas por la entidad y documentar sus conclusiones y compromisos. Le correspondía diseñar, implementar y mantener los sistemas de gestión de calidad y de administración de riesgos; expedir certificaciones para los mecanismos alternativos de solución de conflictos y los procesos judiciales; apoyar la defensa judicial de la ADRES; y atender las objeciones contra los resultados de auditoría. Además, debía cumplir las decisiones judiciales; responder peticiones, quejas y reclamos; ejecutar los planes de mejoramiento; observar los acuerdos de niveles de servicio y la metodología de evaluación; y atender los requerimientos de la ADRES, el supervisor o el interventor.

63. Frente a este tercer conjunto, el informe registró que entre agosto de 2018 y julio de 2019 se realizaron 69 reuniones con participación de la Unión Temporal, pero únicamente se elaboraron 18 actas o ayudas de memoria, todas preparadas por la ADRES. También señaló que la Unión Temporal no asistió a varias reuniones y jornadas de asistencia técnica programadas durante 2019 ni justificó oportunamente

³⁴ Obligaciones generales 9 y 13; específicas 8 y 25 a 31.

³⁵ Obligaciones generales 5 y 15; específicas 24, 35 a 37, 41 a 44, 48, 51 y 52.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

su inasistencia. En cuanto a la defensa judicial, destacó que la Oficina Asesora Jurídica informó que de 184 solicitudes de conceptos técnicos y soportes formuladas entre febrero y mayo de 2019 solo 8 habían sido atendidas. Asimismo, registró que entre mayo y junio del mismo año la Dirección de Otras Prestaciones requirió la conformación de paquetes especiales para cumplir órdenes judiciales, pero la Unión Temporal no atendió varios de esos requerimientos, por lo que la ADRES efectuó directamente la auditoría y comunicó los resultados a los respectivos beneficiarios.

64. Identificadas las obligaciones que la ADRES declaró incumplidas, la Sala estudiará las circunstancias señaladas por los apelantes como reveladoras de una infracción del deber de planeación. Frente a cada una determinará si constituye una deficiencia en la planeación del contrato y, de ser así, si incidió en la ejecución de alguna de esas obligaciones, al punto de impedir que su incumplimiento sea jurídicamente imputable a la Unión Temporal.

La indebida planeación del contrato y la imputabilidad del incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal

65. Las Aseguradoras sostuvieron que el Tribunal desconoció que los proponentes formularon observaciones durante el proceso de selección sobre la indebida planeación del contrato por múltiples circunstancias —que serán precisadas más adelante—. En esta línea, censuraron que estas no hubieran sido estudiadas en concreto en el fallo impugnado. Adujeron, además, que las respuestas de la ADRES a las observaciones formuladas al pliego, relacionadas con los problemas de planeación, generaron un marco de *“certeza y confianza legítima respecto de las condiciones de ejecución del contrato”*. Sin embargo, precisaron que esas condiciones no se verificaron. Con base en ello, concluyeron que *“la mayor onerosidad e imposibilidad de ejecución”* impedían imputar los incumplimientos al contratista.

66. Los Auditores también resaltaron que las fallas en la planeación condujeron a un *“desequilibrio que hizo imposible la ejecución normal del contrato”*. Agregaron que la adecuada planeación no es una carga que deba ser asumida por los proponentes, por lo que no era acertado que el Tribunal exigiera invocar esta circunstancia antes del perfeccionamiento del negocio para alegarla posteriormente.

67. El Tribunal Administrativo no examinó en concreto todas las circunstancias aducidas por los Auditores y las Aseguradoras para sustentar la tesis de que la ADRES incumplió los deberes derivados del principio de planeación ni analizó su incidencia en la atribución jurídica de los incumplimientos declarados. Tampoco examinó el contenido y alcance de las observaciones formuladas al pliego de condiciones ni de las respuestas que la entidad estatal dio a ellas. En consecuencia, la Sala examinará estos asuntos.

68. La Sala desestimaré estos reparos, porque no se probó que la entidad estatal hubiera planeado indebidamente el contrato —ni incumplido sus obligaciones— por las circunstancias señaladas por las Aseguradoras y los Auditores. Tampoco se demostró que las circunstancias acaecidas después de la presentación de la oferta y antes de la suscripción del contrato hubieran impedido el cumplimiento de las obligaciones declaradas incumplidas en las resoluciones demandadas.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

69. La Sala parte por resaltar que este conjunto de argumentos de los apelantes sobre la falsa motivación de las resoluciones demandadas no se basa en que las obligaciones señaladas como incumplidas hubieran sido satisfechas. En otras palabras, no parten de que el deudor hubiera probado la extinción de tales débitos mediante la prestación de lo debido (Código Civil, arts. 1626 y 1757). Por el contrario, documentos emanados de los órganos de dirección de la Unión Temporal registran la ocurrencia de esos incumplimientos³⁶.

70. Lo que sostienen las Aseguradoras y los Auditores es que el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los actos administrativos no es imputable a la Unión Temporal. Según los apelantes, el incumplimiento no obedecería a la culpa del deudor, sino a circunstancias atribuibles a la ADRES relacionadas con la planeación del contrato que lo “asfixiaron” financieramente y que, por estar fuera del control de la Unión Temporal, lo eximen de responsabilidad (Código Civil, arts. 1604 y 1616).

(i) La eliminación de la comisión fija mensual y la insuficiencia de los valores unitarios que determinaban el monto la comisión variable

71. Las Aseguradoras y los Auditores sostuvieron que la ADRES estructuró deficientemente la remuneración de las actividades de auditoría. Afirmaron que prescindió de la comisión fija mensual que en contratos anteriores permitía cubrir los costos básicos de operación y fijó valores unitarios para calcular la comisión variable que no remuneraban los costos reales de ejecución. Las Aseguradoras agregaron que esos valores eran cerca de un cincuenta por ciento inferiores a los reconocidos en contratos anteriores y que los ingresos del contratista quedaron sujetos a un factor incierto: el volumen de recobros y reclamaciones.

72. Los documentos del expediente demuestran que los proponentes manifestaron inquietudes sobre la suficiencia de los valores unitarios para la determinación de la comisión variable. Señalaron que era necesario revisarlos *“a fin de prevenir el desequilibrio financiero contractual futuro, teniendo en cuenta los aspectos del mercado e indicadores macroeconómicos, cambiarios y propios del mercado (oferta y*

³⁶ El Acta de Reunión No. 12 del 10 de junio de 2019 da cuenta del estado de ejecución reconocido por los propios integrantes de la Unión Temporal. Allí se dejó constancia de que, ante la falta de pago, parte del personal había dejado de asistir a trabajar y de que *“el proyecto lleva una semana y media parado”*. Más adelante se afirmó: *“No hay gente. Es decir, el proyecto está parado”*, y se señaló que ya no había operación en los pisos 4, 12, 13 y 14 (pág. 3). Finalmente, al resumir la situación, se consignó: ***“no tenemos sistema de información, no tenemos personal, no tenemos ventanilla (...) estamos en ceros, el proyecto se paró. Así que en estos momentos debemos mirar como unión temporal qué hacer”***. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; Anexos; Anexo No. 13 – Acta No. 12 - Unión Temporal. Por otra parte, la Sala registra que el Contrato 080 de 2018, cuyo plazo de ejecución originalmente se extendía hasta el 31 de diciembre de 2021, fue liquidado unilateralmente por la ADRES mediante la Resolución 0000007 del 6 de enero de 2022. En la motivación de ese acto se indicó que, con la ejecutoria de las Resoluciones 42049 y 42494 de 2019, ocurrida el 20 de diciembre de 2019, se configuró respecto de los integrantes de la Unión Temporal la inhabilidad por incumplimiento reiterado prevista en el literal c) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 (pág. 4). La Unión Temporal solicitó entonces la cesión del contrato. Como esta fue negada y la negativa quedó en firme, la ADRES consideró que el negocio se entendió terminado por ministerio de la ley desde el 17 de abril de 2020 (pág. 6). La resolución de liquidación también hizo referencia a la Resolución 2010 del 17 de septiembre de 2021, confirmada por la Resolución 2414 del 19 de noviembre de 2021, mediante las cuales la ADRES declaró el incumplimiento total del contrato. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 34. RESOLUCION 0000007 de 2022 LIQUIDACIÓN UNILATERAL 080 DE 2018.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

demanda) para los servicios objeto de contratación, dada la disminución en cerca de un cincuenta por ciento del valor unitario frente a los históricos de la Entidad para los servicios en referencia ya indicados”³⁷.

73. Asimismo, durante la ejecución del contrato, mediante la comunicación GG-014-2019 del 19 de marzo de 2019, uno de los integrantes de la Unión Temporal solicitó modificar la forma de pago de la comisión variable. Indicó que, transcurridos cuatro meses desde el inicio de la etapa de operación, *“se ha llegado a la conclusión de que el contrato en los términos en que se encuentra planteado es de imposible ejecución dado su marcado desequilibrio económico”*³⁸. Entre otras circunstancias, señaló que la ADRES decidió *“modificar sustancial y dramáticamente la forma de remunerar el trabajo de la firma auditora”*. Preciso que, al comparar el contrato con el 043 de 2013, celebrado con el mismo objeto, se había suprimido la comisión fija, que para 2017 ascendía a \$851.000.000 mensuales y que remuneraba *“la capacidad instalada y disponible para ejecutar las obligaciones derivadas del contrato, así como todas aquellas actividades que no están sujetas a un resultado de auditoría”*.

74. La Sala empieza por indicar que no comparte el vínculo causal que se pretende establecer entre el principio de planeación y la determinación del sistema y monto de remuneración del contratista como hecho que conduzca a trasladar la responsabilidad del contratista a la entidad contratante. Si en el centro del debate está que el contratista estimaba que se debía remunerar el servicio bajo un sistema de monto fijo y no variable o si este resultaba insuficiente, en nada se compromete la vigencia de aquél.

75. El principio de planeación no está expresamente nominado en la Ley 80 de 1993. Sin embargo, varias de sus disposiciones permiten asegurar que orienta la actividad contractual del Estado en la etapa previa a su perfeccionamiento. El numeral 12 del artículo 25 dispone que antes de abrir el proceso de selección o de celebrar el contrato, deben elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos.

76. La planeación impone a las entidades el deber de establecer la necesidad y conveniencia de la contratación y verificar previamente su viabilidad técnica, económica y jurídica. También exige definir, con apoyo en estudios suficientes, las condiciones de ejecución, la forma de remuneración y la distribución de los riesgos. La entidad debe poner a disposición de los interesados información suficiente sobre esas condiciones, para que puedan decidir, de manera seria, informada y profesional, si participan en el proceso.

77. En la selección de consultores, el precio no puede constituir un factor de escogencia (Ley 1150 de 2007, art. 5). Sin embargo, la entidad debe estimar y justificar el valor del contrato en los estudios previos. Para la época de los hechos, esa obligación no exigía publicar las variables utilizadas para efectuar el cálculo (Decreto 1510 de 2013, art. 20.4, compilado en el Decreto 1082 de 2015, antes de la modificación del Decreto 399 de 2021). La justificación del valor estimado y del presupuesto oficial debía considerar

³⁷ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 42. Observaciones al pliego ACL_PROCESO_17-15-6849165_211001039_33797902

³⁸ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 12. Comunicacion GG-014-2019; pág. 1.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

su suficiencia para cubrir, entre otros conceptos³⁹: (i) los costos directos del personal profesional, técnico y auxiliar requerido; (ii) los demás costos directos, como el alquiler de oficinas y la adquisición de materiales e insumos; (iii) los costos indirectos o gastos generales de la organización encargada de prestar el servicio; y (iv) la utilidad razonable esperada por el consultor⁴⁰.

78. En el proceso de contratación, la entidad cumplió la carga de estimar y justificar el valor del contrato. En el capítulo 5º del estudio previo, precisó el valor estimado del contrato y lo justificó. Señaló que era indeterminado, pero determinable, pues una parte de la remuneración correspondía a la comisión facturable mensualmente (la comisión variable)⁴¹. A la par de lo anterior, estimó el presupuesto oficial en \$160.410.621.305. Aunque indicó expresamente que no debía publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado, incluyó un cuadro con los costos proyectados para el periodo de empalme y para los diferentes años de ejecución de la operación de auditoría.

79. El cuadro discriminó detalladamente los costos del personal directivo y transversal, arrendamiento y administración, servicios públicos, infraestructura, así como la administración del proyecto, utilidad, imprevistos e IVA. La entidad indicó que utilizó como fuentes la Resolución 425 de 2016, las matrices de cotización de los acuerdos marco de Conectividad II y Nube Privada II y los costos de operación de 2016 y 2017 del Consorcio SAYP 2011, administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA. Proyectó esos costos con incrementos por IPC. Luego dividió el costo anual entre la cantidad proyectada de recobros aprobados y reclamaciones aprobadas o aprobadas parcialmente, calculada mediante una proyección del comportamiento observado entre enero de 2012 y diciembre de 2016. Así obtuvo los valores unitarios aplicables para determinar la comisión variable.

80. La decisión de la entidad de apartarse del esquema de remuneración previsto en el anterior contrato 043 de 2013, que incluía una comisión fija mensual para cubrir la capacidad instalada y otros costos operativos fijos, no implicó una vulneración del deber de planeación. La entidad no estaba legalmente obligada a reproducir esa forma de pago ni a garantizar un ingreso fijo a quien asumiría el nuevo servicio de auditoría. Tampoco tenía prohibido establecer una comisión variable que dependiera de la

³⁹ Cfr. C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 70.671 (párr. 40), may. 30/2025. M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁴⁰ En este punto, resulta ilustrativo mencionar que, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el Decreto Reglamentario 1522 del mismo año (art. 33) regulaba detalladamente los factores que debía remunerar el precio pactado en el contrato de consultoría: *“El costo total del contrato debe cubrir íntegramente los costos directos derivados de la ejecución de la consultoría y el estimado de los indirectos y la utilidad del consultor. Para definir el costo del contrato, los de operación del consultor se clasificarán así: Costos directos del personal del proyecto. Los cuales están constituidos por los salarios del personal profesional, técnico y auxiliar asignado para ejecutar labores directamente en el contrato. El personal aquí incluido debe tener vinculación laboral con el consultor; sus prestaciones sociales o laborales se presentarán en forma separada y se cubrirán con el factor multiplicador cuando se utilice este sistema de cálculo. Otros costos directos. En estos costos se incluyen el de otros insumos requeridos para la ejecución del contrato, tales como honorarios por servicios pagados por el consultor, gastos de viaje, acarreos y transportes, alquiler de equipos, suministros de material y los insumos que se presupuesten como necesarios para la normal ejecución del a contrato. Costos indirectos. Corresponden a aquellos gastos que tiene la organización del consultor para poder ofrecer la disponibilidad de su servicio. Utilidad. Es el beneficio económico que recibe el consultor por ejecutar el contrato”*.

⁴¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1. Estudio Previo definitivo; pág. 67.



cantidad de recobros y reclamaciones que, por sus resultados, el auditor pudiera facturar mensualmente.

81. El hecho de que los costos directos de personal e infraestructura física y tecnológica —así como los costos indirectos de la Unión Temporal— fueran superiores a los estimados por la entidad al calcular los valores unitarios que servían de base para determinar la comisión variable no revela una deficiencia en la planeación del contrato. Esa diferencia correspondía evaluarla al proponente y, definido eso, determinar si asumía el riesgo y adoptar las medidas que ajustaran la remuneración a su estructura de costos, a la organización de sus recursos o al dimensionamiento de los medios necesarios para cumplir sus compromisos.

82. El pliego de condiciones exigió que el proponente acreditara un equipo mínimo de trabajo y señaló los perfiles que debían integrarlo⁴². En el contrato también se estipuló que la Unión Temporal debía garantizar permanentemente la disponibilidad de ese talento humano y, además, disponer del personal requerido y necesario según el volumen de radicaciones y las líneas de presentación (obligación específica 33)⁴³. Por tanto, correspondía al contratista dimensionar y mantener el personal adicional que se requiriera por la carga efectiva de trabajo.

83. Del mismo modo, el hecho de que la ausencia de una comisión fija mensual durante el periodo de operación pudiera generar faltantes de liquidez para atender los costos operativos fijos tampoco demostraba una planeación deficiente. Se trataba de un riesgo conocido desde el proceso de selección y asumido por la Unión Temporal. La matriz de riesgos asignó al contratista los efectos de la *“falta de liquidez o insolvencia financiera del contratista que afecte la normal ejecución del contrato”*, así como *“los sobre costos por productos de auditoría con resultado distinto a aprobado, para el caso de recobros por servicios y tecnologías no financiadas con cargo a la UPC, y aprobado o aprobado parcialmente tratándose de reclamaciones”*⁴⁴. Estos últimos correspondían precisamente a los costos derivados de procesar solicitudes cuyos resultados no daban lugar al pago de la comisión variable.

84. En definitiva, la ausencia de una comisión fija mensual durante la etapa de operación de la auditoría y el hecho de que los valores unitarios pactados para determinar la comisión variable no cubrieran los costos directos e indirectos asumidos por el contratista durante la ejecución del contrato no revelan una deficiencia en su planeación. Una cuestión distinta es que, por circunstancias no imputables al contratista y ajenas a los riesgos que asumió, durante la ejecución se hubieran alterado las *“condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer”* o hubieran dejado de cumplirse los *“supuestos o hipótesis para la ejecución”*, a los que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, y que ello hubiera impedido el cumplimiento de sus obligaciones.

⁴² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones; pág. 72.

⁴³ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; Pág. 11.

⁴⁴ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 38.1. Documentos definitivos; 2 – Anexos; 2.1 - Matriz de Riesgos.pdf.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

(ii) Los supuestos y condiciones técnicas sobre los que se determinaron los valores unitarios para el pago de la comisión variable

85. Los Auditores y las Aseguradoras sostuvieron que durante el proceso de selección, la ADRES indicó que los valores unitarios se habían estructurado bajo los siguientes supuestos: (i) la radicación de los recobros sería completamente electrónica; (ii) el acceso a los reportes de las bases de datos de la ADRES se realizaría por interoperabilidad; (iii) MIPRES, aplicativo web para registrar y reportar las prescripciones de servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPC, eliminaría revisiones manuales; y, (iv) la entidad entregaría información previamente depurada. Afirmaron que esas condiciones no se materializaron durante la ejecución del contrato.

86. Los documentos del expediente demuestran que los proponentes formularon observaciones al pliego de condiciones definitivo y solicitaron a la entidad que precisara las razones por las cuales, al estructurar el contrato, modificó el esquema de remuneración previsto en contratos anteriores. La ADRES respondió:

“En cuanto al cambio en la metodología del cálculo para la remuneración del contrato se debe señalar que existen diferencias sustanciales con el anterior proceso, las cuales se mencionan a continuación:

- *A diferencia del contrato 043 de 2013, el presente concurso de méritos establece una radicación 100% electrónica de las solicitudes de recobros.*
- *El acceso a los reportes de las bases de datos que disponga la ADRES se harán por interoperabilidad, lo que reducirá el tiempo para el desarrollo de la auditoría.*
- *Con la entrada en operación del aplicativo para la prescripción en línea MIPRES se eliminó la revisión manual del acta del CTC y de la fórmula u orden médica que debían auditarse.*
- *Se establece que el modelo que se empleará para auditar los recobros o reclamaciones será definido por el proponente. La definición la deberá realizar conforme a las reglas de negocio señaladas en el anexo técnico del presente concurso de méritos.*
- *ADRES en la etapa de pre radicación realizará las validaciones previstas en la normativa vigente, entregar un insumo para auditar depurado que facilite la labor de auditoría de los recobros o reclamaciones.*
- *Se prevé una mejora en el proceso de capacitaciones y retroalimentación a las entidades recobrantes o reclamantes para eliminar las causales de glosa.*

Lo anteriormente señalado tiene un efecto directo sobre la productividad en la auditoría de recobros y reclamaciones, por cuanto se reducen los tiempos. De igual manera, el cambio de algunos procesos impacta directamente en el valor que se le reconocerá al proponente por recobro aprobado o reclamación aprobada o aprobada parcial, dada una mejora en la calidad y oportunidad en los resultados de auditoría”⁴⁵.

87. La Sala estudiará individualmente los supuestos de ejecución señalados por los apelantes para determinar si constituían obligaciones contractuales de la ADRES o si correspondían, en los términos de la Ley 80 de 1993, a las “condiciones técnicas existentes al momento de proponer” o a los “supuestos o hipótesis para la ejecución”

⁴⁵ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 42. Observaciones al pliego ACL_PROCESO_17-15-6849165_211001039_33797902; pág. 21.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

(art. 4.8). Como ha señalado la Subsección, trazar esta distinción es jurídicamente relevante⁴⁶.

88. Si se trataba de obligaciones contractuales propiamente dichas, debe establecerse si la entidad dejó de ejecutar la prestación respectiva y, por ello, el contratista no estaba en mora de cumplir las suyas (Código Civil, art. 1609), o si la cumplió defectuosamente y ese hecho impidió que la Unión Temporal atendiera las obligaciones a su cargo⁴⁷. En definitiva, debe determinarse si el incumplimiento de la entidad exoneraba de responsabilidad al contratista.

89. Si no constituían obligaciones contractuales, entonces no se podría aducir el incumplimiento de la entidad como causa de exoneración, porque ese concepto — incumplimiento— presupone la existencia de una obligación exigible⁴⁸.

90. En este último caso, debe dilucidarse si la información y los datos suministrados, aunque no generaran obligaciones positivas a cargo de la entidad, integraban las bases del concurso sobre las cuales el proponente estructuró su oferta. También debe determinarse si la falta de correspondencia entre esas bases y las condiciones presentadas durante la ejecución puede calificarse como un evento de alteración de la equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer, por causas atribuibles a la entidad estatal (Ley 80 de 1993, art. 27). Para ello, debería establecerse si (i) la información o los datos suministrados no eran veraces (Ley 1150 de 2007, art. 8; Ley 80 de 1993, art. 24.5.b); (ii) esa divergencia produjo una afectación económica al conducir al proponente a estimar equivocadamente la suficiencia de la remuneración e impedirle cubrir los costos derivados del cumplimiento de sus prestaciones; y (iii) si esta circunstancia no era razonablemente cognoscible durante el proceso de contratación.

91. La distinción es relevante por sus consecuencias jurídicas. La alteración del equilibrio económico causada por el incremento de los costos o la disminución de los ingresos no produce, por regla general, una imposibilidad absoluta de cumplimiento con efecto liberatorio. Hace más difícil la ejecución del contrato, ya sea por el incremento de los costos necesarios para cumplir las obligaciones o por la disminución del valor de la contraprestación, pero no justifica el incumplimiento de las obligaciones.

92. En estos eventos, el contratista tiene derecho a reclamar la adopción de las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato, como el pago de un suplemento sobre el precio. Por tanto, la demostración de una alteración del equilibrio no excluye necesariamente la imputabilidad de los incumplimientos declarados por la ADRES. Para ello, debía acreditarse que las circunstancias alegadas impidieron efectivamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

⁴⁶ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 67.446 (párrs. 100 a 108), abr. 8/2024. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ

⁴⁷ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 72.407 (párrs. 53-54), feb. 13/2026. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

⁴⁸ Así se deduce del artículo 1613 del Código Civil: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Los instrumentos de derecho blando, como los principios UNIDROIT, reflejan esta misma comprensión del concepto de incumplimiento: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío” (art. 7.1.1).



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

93. **En primer lugar**, en lo referente a que el “*concurso de méritos establece una radicación 100% electrónica de las solicitudes de recobros*”, la Sala advierte que el anexo técnico reguló las etapas de preradicación y radicación dentro del proceso operativo de auditoría de recobros. La preradicación se realizaba vía web y comprendía la validación de la información mediante cruces con distintas bases de datos, para determinar si la solicitud podía ingresar a la etapa siguiente. La radicación consistía en el cargue y envío seguro de los archivos de datos y de las imágenes digitalizadas mediante la herramienta dispuesta por el Ministerio de Salud, así como en la verificación de su correspondencia, tipificación y asignación del número de radicado. El anexo estableció expresamente: “*Se precisa que la totalidad de los soportes de los recobros se allegan de manera electrónica; es decir no existen soportes que lleguen de manera física para la radicación de los recobros*”⁴⁹.

94. La calificación de esa condición para la ejecución del contrato como una obligación de la ADRES no resulta decisiva para resolver el reparo. Aunque no fue incluida expresamente en el pliego de condiciones ni en el contrato dentro del catálogo de obligaciones de la entidad, no existe prueba de que esta condición no se hubiera verificado durante la ejecución. En particular, no hay evidencia de que las entidades recobrantes hubieran radicado físicamente sus solicitudes. Por el contrario, en la comunicación GG-014-2019 del 19 de marzo de 2019, mediante la cual solicitó modificar el esquema de remuneración, GIC Gerencia Interventoría y Consultoría S.A.S. reconoció que esta condición se cumplió: “*De otra parte, para la reducción de la comisión variable la entidad informó que había tenido como criterios los siguientes [...]: a. Que la actividad de radicación de recobros sería 100% electrónica y que esto eliminaba la radicación y administración documental por parte del contratista, **hecho que efectivamente es cierto**, aunque anodino, como se argumenta en otro aparte*”⁵⁰.

95. **En segundo lugar**, en cuanto a la afirmación según la cual el “*acceso a los reportes de las bases de datos que disponga la ADRES se harán por interoperabilidad*”, la Sala constata que en el pliego de condiciones⁵¹ y en el contrato⁵² se estableció como obligación de la entidad estatal la siguiente: “*Permitir al contratista el acceso a las bases de datos del Sistema de Información del FOSYGA o de la ADRES, cuando ello sea posible y autorizado por parte de la Oficina de Tecnología de la Información y la Comunicación del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces en la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”. Esta estipulación no hizo referencia específica a la interoperabilidad, entendida como la capacidad de distintos sistemas o aplicaciones para comunicarse e intercambiar información de forma segura y automática.

⁴⁹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; Pág. 23.

⁵⁰ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 12. Comunicacion GG-014-2019; pág. 4.

⁵¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones; Pág. 20.

⁵² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; Pág. 16.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

96. El capítulo VIII del anexo técnico del pliego dispuso: *“Para la realización de las labores operativas y de auditoría de las reclamaciones ECAT y recobros por servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC, el Ministerio de Salud y Protección Social proveerá a la firma auditora, acceso a los módulos del Sistema de Gestión Documental (SGD), MYT y ECAT que hacen parte del Sistema de Información del FOSYGA”*⁵³.

97. En lo relacionado específicamente con la interoperabilidad de los sistemas, el capítulo VIII del anexo técnico estableció: *“Para el desarrollo de las labores de auditoría de los recobros por servicios y tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC, el Ministerio/ADRES busca la contratación de una firma auditora que cuente con un sistema de información para auditoría, que tenga capacidad en materia de interoperabilidad con los sistemas de información del FOSYGA/ADRES y con el aplicativo web para la prescripción en línea – MIPRES”*. Además, el capítulo IX, relativo a las especificaciones de la infraestructura tecnológica, precisó: *“El software deberá contar con características que faciliten su adaptación a las funcionalidades de la operación de la auditoría de recobros y reclamaciones del FOSYGA, específicamente las relacionadas con el mecanismo de interoperabilidad para el acceso a los registros e imágenes soporte de radicación, referencia y validación, mismas que serán evaluadas e implementadas durante la etapa de transición”*.

98. A partir de los anteriores elementos, la interoperabilidad de los sistemas y módulos de información no era una obligación de la ADRES ni una condición ajena a la gestión de la Unión Temporal. Al contratista le correspondía proveer e implementar un sistema de información con capacidad para interoperar con los sistemas del FOSYGA o de la ADRES y con los aplicativos web empleados en la recepción y el trámite de los recobros y reclamaciones. La entidad estatal debía facilitar el acceso a los servicios y módulos de información previstos en el anexo técnico. Por tanto, la interoperabilidad no constituía una condición de ejecución dada de antemano e independiente de la actividad de las partes. En consecuencia, los inconvenientes presentados en su implementación no permiten afirmar el incumplimiento del deber de planeación.

99. Las pruebas aportadas al expediente no acreditan que la entidad hubiera limitado el acceso a *“los módulos del Sistema de Gestión Documental (SGD), MYT y ECAT que hacen parte del Sistema de Información del FOSYGA”*. Tampoco demuestran que se hubiera presentado una restricción atribuible a la ADRES que impidiera a la Unión Temporal adaptar su sistema. Las comunicaciones cruzadas entre las partes durante la etapa de transición, en la cual debía implementarse el software, no dan cuenta de ningún hecho que hubiera limitado esa adaptación.

100. **En tercer lugar**, en cuanto a la afirmación de que *“con la entrada en operación del aplicativo para la prescripción en línea MIPRES se eliminó la revisión manual del acta del CTC y de la fórmula u orden médica que debían auditarse”*, la Sala advierte que el anexo técnico describió MIPRES como un aplicativo concebido para registrar y reportar las prescripciones de servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC. Este aplicativo se implementó con ocasión del

⁵³ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; Pág. 54.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

procedimiento establecido mediante la Resolución 1328 de 2016, sustituida por la Resolución 3951 de 2016. El anexo técnico señaló al respecto:

“En consecuencia, respecto al procedimiento de la Resolución 5395 de 2013, el principal cambio del nuevo procedimiento es la eliminación del trámite ante los Comités Técnico Científicos – CTC y el registro que deben efectuar directamente los profesionales de salud en el aplicativo MIPRES de los servicios o tecnologías no cubiertas por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC. Como consecuencia de la eliminación del trámite ante el CTC, algunos de los documentos que las entidades recobrantes debían radicar ante el FOSYGA ya no se radicarán, estos son: copia del acta del CTC y fórmula u orden médica”⁵⁴.

¹⁰¹. La ADRES no asumió obligaciones respecto de la presentación de actas de los comités técnico-científicos como parte de los documentos radicados para tramitar las solicitudes de recobro. Esta era una condición de ejecución enunciada en el anexo técnico, derivada de la regulación sectorial aplicable al trámite de los recobros por servicios no incluidos en el Plan de Beneficios.

¹⁰². Las pruebas del expediente no acreditan que las entidades recobrantes hubieran presentado actas de CTC como parte de los recobros con los que la Unión Temporal conformó los paquetes para efectuar la auditoría integral. En la comunicación GG-014-2019 del 19 de marzo de 2019, GIC Gerencia Interventoría y Consultoría S.A.S. señaló: *“Otra será la oportunidad para concretar el incumplido ofrecimiento de la entidad en torno a que se obtendrían mayores eficiencias por cuanto para la fecha de inicio de la ejecución de este contrato, ‘con la entrada en operación del aplicativo para la prescripción en línea MIPRES se eliminó la revisión manual del acta del CTC y de la fórmula u orden médica que debían auditarse’. Por vía de ejemplo, en el paquete de noviembre de 2018 se incluyen 130.116 ítems con CTC”*. Sin embargo, más allá de esta afirmación, en el expediente no reposan documentos que acrediten la afirmación de que se recibieron 130.116 ítems con actas de CTC.

¹⁰³. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que la radicación de recobros acompañada de actas de CTC no era una circunstancia ajena a los riesgos que podía prever la Unión Temporal. Como indicó la entidad estatal en la respuesta a la comunicación de GIC (oficio 25709 del 9 de abril de 2019)⁵⁵, los proponentes podían anticipar razonablemente que entre las solicitudes de recobro integradas en los paquetes sometidos a auditoría se incluirían algunas acompañadas de actas de los comités técnico-científicos.

¹⁰⁴. El literal a del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, antes de la modificación introducida por la Ley 2294 de 2023, establecía que el término para presentar las reclamaciones o los recobros con cargo a los recursos de las distintas subcuentas del FOSYGA era de tres años contados desde la prestación del servicio, la entrega de la tecnología en salud o el egreso del paciente. El aplicativo MIPRES fue implementado

⁵⁴ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; Pág. 22.

⁵⁵ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace a OneDrive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Anexo No. 39 – Oficio S11760090419094418I000002570900 del 9 de abril de 2019



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

con ocasión de la Resolución 1328 del 15 de abril de 2016. Por tanto, era previsible para los proponentes que durante la ejecución del contrato las entidades recobrantes presentaran solicitudes relacionadas con servicios o tecnologías suministrados con anterioridad a su implementación y que, por ello, estuvieran acompañadas de actas de los comités técnico-científicos.

^{105.} **Finalmente**, respecto de la afirmación según la cual la ADRES entregaría información previamente depurada, la Sala advierte que el pliego y el contrato no incluyeron una obligación en esos términos. El anexo técnico describió un proceso de verificación y control compuesto por cuatro etapas. En la preradicación, la entidad recobrante registraba vía web (MYT) la información y esta debía validarse mediante cruces con distintas fuentes. En la radicación, la misma entidad presentaba ante la ADRES los formatos de solicitud y enviaba los archivos las imágenes digitalizadas de los soportes. En la preauditoría, la firma auditora verificaba la existencia, legibilidad y correspondencia de los documentos exigidos. Finalmente, en la auditoría integral, esa firma examinaba conjuntamente los componentes médico, jurídico y financiero para establecer el resultado del recobro.

^{106.} El anexo técnico del pliego denominó MYT al sistema de información basado en el aplicativo de Medicamentos y Tutelas, cuyos módulos cubrían la preradicación y la radicación de las reclamaciones. En la primera etapa, la información registrada se contrastaba con la Base de Datos Única de Afiliados, la Base de Datos del Régimen de Excepción, la información de la Registraduría Nacional del Estado de Civil, el número de prescripción, el Código Único de Medicamentos, el Registro Único de Víctimas y el listado de proveedores autorizados para giro directo. El resultado podía ser el ingreso a radicación sin alertas, el ingreso con alertas que se verificarían posteriormente o el rechazo de la solicitud (anexo técnico, capítulos III, numeral 2.1 y VIII, “Aplicativo-MYT”).

^{107.} En este contexto, la entidad estatal no estaba obligada a efectuar con su propio personal una revisión previa de los recobros y las reclamaciones. Tampoco a “depurar” las solicitudes mediante la realización de las mismas actividades de auditoría integral que había encomendado a la Unión Temporal. La respuesta de la entidad a la solicitud de que precisara cómo calculó, que no modificó el pliego de condiciones, debe interpretarse en armonía con este con su anexo técnico. En consecuencia, la referencia a la entrega de un “*insumo depurado*” solo podía entenderse relacionada con el resultado de los filtros y las validaciones iniciales efectuados mediante los módulos dispuestos para el trámite de los recobros y las reclamaciones, a través de cruces con las bases de datos.

^{108.} En la comunicación GG-014-2019 del 19 de marzo de 2019, GIC Gerencia Interventoría y Consultoría S.A.S. afirmó que la Unión Temporal tuvo que “*rehacer, corregir, en fin, depurar y revalidar la información suministrada por la ADRES*”⁵⁶. En la demanda y la apelación, los Auditores también alegaron que se presentaron “*problemas técnicos, tecnológicos y funcionales asociados a la plataforma de la ADRES*”, sin precisar si se referían al aplicativo MYT.

⁵⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 12. Comunicacion GG-014-2019; pág. 4.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

109. Esta proposición no fue probada. Los documentos contemporáneos a la ejecución no acreditan que la Unión Temporal hubiera informado fallas en el procesamiento de la información durante la preradicación ni su incidencia en la preauditoría y la auditoría. La verificación de ese hecho requería conocimientos técnicos especializados, pero los demandantes no aportaron ni solicitaron un dictamen pericial sobre ese punto. El dictamen presentado en el procedimiento administrativo versó sobre un asunto distinto: la metodología empleada para seleccionar muestras y verificar la calidad de los servicios de auditoría⁵⁷.

110. Por las anteriores razones, no prospera este conjunto de reparos.

(iii) El cambio de circunstancias entre la adjudicación y la celebración del contrato

111. Los Auditores también sostuvieron que el Tribunal despachó “descontextualizadamente” el cargo de nulidad soportado en que por hechos exclusivamente atribuibles a la entidad contratante transcurrieron más de nueve meses entre la adjudicación y la celebración del contrato. Agregaron que ese retraso ocasionó la acumulación de auditorías que debían efectuarse cuando los términos legales ya habían vencido y generó dificultades en la organización logística y de personal del contratista que impidieron el cumplimiento de sus obligaciones.

112. En la motivación del fallo, el Tribunal señaló que si el contratista consideraba que existía una indebida planeación debía “advertirla en la etapa precontractual”. Sin embargo, el hecho aducido por el apelante no revela propiamente un incumplimiento del principio de planeación, en el sentido de que el proceso de contratación no se hubiera estructurado adecuadamente o que los estudios previos y el pliego de condiciones se hubieran elaborado indebidamente o sobre bases equivocadas. La circunstancia se produjo después de la terminación del proceso de selección y antes del perfeccionamiento del negocio. De ahí que sea necesario considerar este contexto fáctico para resolver el cargo.

113. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece que “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso”. Tratándose de procesos competitivos precedidos de convocatoria pública, el referente para establecer la equivalencia inicial es, entonces, la fecha en que se presentó la oferta. En ese momento quien aspira a celebrar el contrato formula la propuesta económica con la que espera obtener los ingresos necesarios para amortizar las inversiones y recuperar los costos que implica su cumplimiento.

114. El 12 de octubre de 2017, la ADRES expidió la resolución de adjudicación⁵⁸. De acuerdo con la Adenda 6, que modificó el cronograma del proceso, el contrato se

⁵⁷ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 31. Dictamen pericial y anexos; Prueba Pericial.pdf.

⁵⁸ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 5. Resolución No 304 de Adjudicación del 12 de octubre de 2017



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

firmaría al día siguiente⁵⁹. Sin embargo, según los considerandos 8 y 9 del contrato, se solicitó la revocatoria directa del acto de adjudicación. El 13 de junio de 2018 se resolvió la solicitud y el 5 de julio siguiente el recurso interpuesto contra la decisión que la desestimó⁶⁰. Por ello, el contrato se suscribió el 12 de julio de 2018.

115. En el considerando 10º del contrato, las partes declararon: “*que teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas en las anteriores consideraciones es necesario ajustar el plazo del contrato y su valor con el fin de garantizar su correcta ejecución*”. La Sala constata que las condiciones del contrato adjudicado fueron modificadas, pues el valor señalado en la cláusula segunda del acto de adjudicación era superior al previsto en la cláusula octava del contrato. El plazo máximo de ejecución se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2021 o hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal, pese a la modificación de la fecha de inicio.

116. De acuerdo con el formato de oferta económica que acompañó el pliego⁶¹, el valor estimado del contrato resultaba de sumar la comisión fija ofertada y la suma de los productos de las cantidades estimadas de solicitudes por los valores unitarios correspondientes a cada categoría. Sin embargo, la oferta económica de la Unión Temporal no obra en el expediente ni hay documentos que enuncien las bases económicas y técnicas que sustentaron la modificación indicada en los considerandos del contrato. Esto impide determinar de manera específica la causa concreta de la variación y formular consideraciones sobre su validez.

117. De todas maneras, la declaración contenida en el considerando 10º del contrato es suficientemente clara: las partes ajustaron el valor del contrato teniendo en cuenta esa circunstancia y consintieron en celebrarlo en las condiciones resultantes. En consecuencia, esa circunstancia no podía exonerar al contratista de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones asumidas, entre las que se encontraba la siguiente obligación específica: “*Auditar integralmente los recobros por servicios y tecnologías no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y las reclamaciones con cargo a los recursos de ADRES, radicados ante el contratante con anterioridad al inicio del presente contrato y entre la suscripción de este y el vencimiento del periodo de transición*”. No podía exonerarlo porque se trataba de un hecho conocido, cuyos efectos sobre el valor y el plazo habían sido regulados por las partes y que el contratista tuvo en cuenta al manifestar su consentimiento para obligarse (Código Civil, art. 1602).

118. Por las anteriores razones, no prospera este reparo.

La aplicación de la metodología de muestreo y el umbral de error

119. Las Aseguradoras reprocharon que el Tribunal tratara la metodología de muestreo como una simple herramienta interna de seguimiento y adujera que el contratista

⁵⁹ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 38.1. Documentos definitivos; 1 – Adendas; 1.6 - Adenda Nro. 6.pdf

⁶⁰ Las resoluciones que resolvieron la solicitud de revocatoria directa y la que la confirmó no reposan en el expediente.

⁶¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones; Págs. 109 y 110.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

estuviera obligado a “auditar sin errores” las reclamaciones y recobros. Sostuvieron que la metodología de muestreo y el umbral de error eran parámetros determinantes para aprobar o rechazar los paquetes auditados y que, por ello, debían estar previstos en los documentos contractuales. Alegaron que no podía aplicarse al contrato 080 de 2018 una metodología proveniente del contrato de interventoría celebrado con JAHV McGregor y que el umbral de error fue comunicado tardíamente. Añadieron que la fórmula y la selección de las muestras presentaban errores técnicos y márgenes de subjetividad en la definición de los intervalos. Concluyeron que estas circunstancias revelaban una indebida planeación del contrato, impidieron la facturación de la comisión variable, generaron una situación permanente de iliquidez y la imposibilidad de cumplimiento del contrato.

^{120.} Los Auditores formularon, en lo sustancial, los mismos reparos. Agregaron que el umbral de error solo fue revelado cuando ya se había adelantado el procedimiento administrativo y que el dictamen pericial aportado en ese trámite identificó las ambigüedades en la definición de los intervalos.

^{121.} La Sala desestimaré estos reparos. Los documentos contractuales contemplaron la revisión por muestreo de los paquetes auditados y la Unión Temporal aceptó su aplicación y los resultados consignados en las actas de conciliación suscritas durante la etapa de precierre. Además, no se demostró que las deficiencias atribuidas a la metodología de muestreo o al umbral de error hubieran incidido en el conjunto de incumplimientos declarados por la ADRES.

^{122.} Como se indicó anteriormente, de acuerdo con el anexo técnico del pliego de condiciones⁶², las actuaciones para atender las solicitudes de los agentes del sistema de seguridad comprendían básicamente seis fases. (i) En la preradicación, las entidades recobrantes y reclamantes registraban la información de las respectivas solicitudes, y se efectuaban las validaciones y los cruces con las bases de datos para determinar cuáles podían continuar el trámite. (ii) En la radicación, la firma auditora recibía los formatos y soportes físicos o electrónicos, verificaba su correspondencia, realizaba el alistamiento de los documentos y registraba cada solicitud en el sistema. (iii) En la preauditoría, se comprobaba que el recobro o la reclamación contuviera los soportes mínimos necesarios para examinar los requisitos exigidos para su reconocimiento y pago. (iv) En la auditoría integral, la Unión Temporal revisaba cada solicitud en sus componentes médico, jurídico y financiero, aplicaba los criterios previstos en la normatividad y definía el resultado correspondiente.

^{123.} (v) Con los resultados de esa auditoría, la Unión Temporal conformaba los paquetes de recobros y reclamaciones, generaba los precierres y los remitía para su revisión. (vi) Después del precierre y antes del cierre definitivo, se seleccionaba una muestra del paquete para verificar la calidad de los resultados de la auditoría realizada por la Unión Temporal. Las observaciones derivadas de esa revisión se examinaban conjuntamente con el contratista y se consignaban en actas. Posteriormente, la Unión Temporal efectuaba los ajustes requeridos, generaba el cierre definitivo del paquete,

⁶² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; págs. 22-25.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

expedía la certificación correspondiente y remitía los soportes documentales y electrónicos necesarios para la ordenación del gasto y la autorización del pago.

124. El anexo técnico dispuso literalmente: *“Para evaluar la consistencia de los resultados, el Ministerio o quien haga sus veces selecciona una muestra de reclamaciones del paquete cuyo resultado se comunica a la firma auditora, posteriormente se efectúa una evaluación conjunta de los casos con inconsistencia y previo al cierre del mismo se suscribe un acta con los resultados de dicha evaluación. Una vez surtido este trámite se procede al pago del paquete, para ello la firma auditora emite una certificación de cierre del paquete en la cual acredita el cumplimiento de los procesos, procedimientos y los requisitos legales para el pago de las mismas”*⁶³.

125. Con fundamento en lo anterior, la Sala arriba a un primer grupo de conclusiones:

(i) Los documentos contractuales contemplaban expresamente la toma de muestras para verificar la calidad de la auditoría. La selección de la muestra recaía sobre recobros y reclamaciones ya auditados y agrupados en un paquete presentado en la fase de precierre.

(ii) El anexo técnico no contempló una fórmula ni una metodología para definir cómo debía tomarse la muestra.

(iii) Tampoco estableció que al revisar la muestra debiera aplicarse un *“umbral de error”* o que hubiera un margen de tolerancia frente a las equivocaciones detectadas en los paquetes auditados para efectuar su cierre.

126. El numeral 7º de la cláusula cuarta del contrato estableció que la ADRES debía *“establecer la metodología de evaluación de cada una de las obligaciones a cargo del contratista a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del acta de inicio”*. En línea con ello, en el numeral 51 de las obligaciones específicas de la Unión Temporal se enunció la de cumplir *“con la metodología que la ADRES adopte para evaluar cada una de las obligaciones a cargo del contratista”*⁶⁴.

127. El capítulo XI del anexo técnico, denominado *“Metodología de evaluación”*, estableció los criterios generales que debía considerar esa metodología. El anexo dispuso que cada obligación debía describirse, clasificarse y ponderarse, y que debían definirse indicadores de cantidad, oportunidad y calidad. También se previó un campo de *“Resultado, espacio en el cual la supervisión registra el resultado de aplicar el indicador”*; otro de *“Resultado ponderado, espacio en el cual la supervisión registra el resultado de multiplicar el resultado del indicador con el ponderador”*; y uno de *“Observaciones, espacio en el cual la supervisión registrará las observaciones que realice sobre la evaluación o el evaluado en la reunión de cierre del respectivo periodo evaluado”*. El documento precisó, además, que la metodología *“constituye un elemento*

⁶³ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; págs. 24 y 42.

⁶⁴ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; Pág. 15.



de control y gestión para el desarrollo del Contrato” y que “propende por una evaluación objetiva del mismo”⁶⁵.

128. El anexo 9 del anexo técnico recogía en una matriz los criterios establecidos en su capítulo XI. Se trataba de un archivo de Excel que contenía el modelo para definir la metodología de evaluación⁶⁶. Para cada obligación identificaba si correspondía o no a un proceso, su clasificación como misional, transversal o de apoyo, su carácter principal o derivado, la obligación relacionada y su peso relativo. También contemplaba indicadores de cantidad, oportunidad y calidad, con campos para incorporar sus valores de referencia y ponderaciones, registrar la evidencia, explicar el resultado, determinar la incidencia de hechos no atribuibles al contratista, calcular el resultado de cada indicador, y consignar las observaciones del evaluado. La matriz comprendía, entre otras, las obligaciones relacionadas con la auditoría de recobros y reclamaciones, la expedición de certificaciones, la atención de solicitudes, la defensa judicial, los indicadores de gestión y los planes de mejoramiento⁶⁷.

129. El anexo 9 contempló indicadores de calidad vinculados con la revisión de los resultados de auditoría que, conforme al anexo técnico, se realizaba después del precierre y antes del cierre de los paquetes. Para la obligación principal de auditar los recobros y las reclamaciones, tomó como indicador la proporción de paquetes aprobados en la conciliación con el interventor frente a los presentados por la firma auditora. Señaló como evidencia de esta evaluación las actas de conciliación sobre los hallazgos derivados de la revisión de la muestra, las cuales debían ser elaboradas conjuntamente y firmadas por las partes.

	A	W	X	Y
1	7.1. OBLIGACIONES+A1:E7			
2		CALIDAD	VALOR DE REFERENCIA	PESO RELATIVO INDICADOR
3	Obligaciones misionales			
4	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 1º de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.	Número de paquetes de recobros aprobados en la conciliación por el interventor/ Número de paquetes de recobros presentados por la firma auditora al interventor en el periodo establecido	Actas de conciliación de la muestra elaboradas de manera conjunta y firmadas por las partes	0,5250

⁶⁵ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.3. Anexo tecnico CMA – DAFPS N°. 01 de 2017; Pág. 75.

⁶⁶ Mediante oficio 0000020089 del 14 de noviembre de 2018, la ADRES remitió a la Unión Temporal Auditores de Salud y a JAHV McGregor S.A.S. la metodología de evaluación contractual del Contrato 080 de 2018. En esa comunicación indicó que adjuntaba “un (1) CD con la matriz en Excel que contiene los indicadores de medición propuestos por obligación con su respectivo peso relativo”. El oficio fue recibido por la Unión Temporal el 23 de noviembre de 2018. En el expediente obra la comunicación remisoría, pero no el archivo de Excel grabado en el CD y contentivo de la metodología. SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 23. Radicado 0000020089 Metodología de Evaluación.

⁶⁷ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 38.1. Documentos definitivos; 2 – Anexos; 2.9 Metodología de evaluación.



130. Con fundamento en lo anterior, la Sala arriba a un segundo grupo de conclusiones:

- (i) La obligación de la ADRES de establecer la metodología de evaluación con arreglo a los parámetros del anexo 9 no comprendía la definición de una metodología para seleccionar la muestra ni la fijación de un “*umbral de error*”. El indicador de calidad previsto en ese anexo partía de un resultado ya producido: los “*paquetes de recobros aprobados en la conciliación por el interventor*”.
- (ii) La referencia del anexo 9 a las actas de conciliación de la muestra elaboradas conjuntamente y firmadas por las partes guardaba correspondencia con los lineamientos del capítulo XI del anexo técnico. Este disponía que el Ministerio o quien hiciera sus veces seleccionaría una muestra, comunicaría el resultado a la firma auditora, evaluaría conjuntamente con ella los casos con inconsistencias y suscribiría un acta antes del cierre del paquete.
- (iii) Aunque los documentos del contrato de auditoría no definían los parámetros para aprobar los paquetes, el anexo 9 vinculaba su aprobación con la conciliación adelantada con el interventor y señalaba como evidencia las actas de conciliación de la muestra.

131. Los documentos del contrato no eran diáfanos sobre si la selección de la muestra y la evaluación de la calidad de los paquetes auditados se efectuarían con arreglo a los parámetros del contrato suscrito con la interventoría (JAHV McGregor S.A.S), que debía controlar la calidad de los servicios de auditoría en el momento en que se perfeccionó el contrato con la Unión Temporal⁶⁸. Sí eran claros en el sentido de que las conciliaciones sobre los resultados de la revisión de la muestra se efectuarían con el interventor. En consecuencia, para esclarecer la intención común de las partes la Sala examinará los documentos del contrato de interventoría y, después, la aplicación práctica que las partes del contrato objeto de esta controversia hicieron de sus estipulaciones.

132. El anexo técnico del contrato de interventoría 103 de 2012 celebrado con JAHV McGregor S.A.S definió expresamente la metodología que debía aplicar la firma interventora para seleccionar y revisar muestras de los paquetes, con el propósito de verificar la calidad de la auditoría y determinar la procedibilidad del pago de los paquetes. Estableció una fórmula para calcular el tamaño de la muestra con un nivel de confianza del 97% y un error muestral del 4%. También dispuso que la selección fuera aleatoria cuando el coeficiente de variación fuera inferior al 30% y aleatoria estratificada cuando lo superara. Para este último supuesto ordenó distribuir la muestra

⁶⁸ El contrato 103 de 2012 fue celebrado por el Ministerio de Salud y Protección Social y JAHV McGregor S.A.S. con el objeto de realizar la interventoría, entre otros, al contrato de auditoría respectivo. El 26 de julio de 2018, la ADRES y JAHV McGregor suscribieron la adición y prórroga 3 en virtud de la cual la interventora asumió la obligación de ejercer esa función hasta el 31 de diciembre de 2018 sobre los contratos de auditoría 043 de 2013 y el contrato de consultoría 080 de 2018.SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 17. Contrato 103 y prorrogas (unificado).pdf; págs. 5, 38, 40-45.



en diez intervalos, de acuerdo con la cuantía y la materialidad, y concentrar la revisión en los registros de mayor valor⁶⁹.

2 METODOLOGIA PARA MUESTREO

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 define las técnicas de muestreo para la selección de los mismos. Para el desarrollo de esta metodología la Dirección de Fondos de Protección Social aportó información estadística y dio los lineamientos generales.

2.1 Cálculo del tamaño de la Muestra

El tamaño de la muestra sin considerar la dispersión de los datos, se calculará con la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 N p q}{N e^2 + Z^2 p q}$$

Donde,

- n es el tamaño de muestra, es decir el número de recobros y reclamaciones a examinar
- Z es el nivel de confianza, según la distribución Normal.
- N es el número de recobros o reclamaciones de cada paquete
- e error de muestreo
- p probabilidad de éxito (0.5), según la variable de estudio.
- q probabilidad de fracaso (0,5), según la variable de estudio.

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.

Ejemplo: Para un paquete de recobros No Pos que contiene 300.000 recobros (registros), el tamaño de la muestra, estará determinado así:

Resultados de aplicar la fórmula de tamaño de la muestra		
Tamaño de la muestra	N	735
Nivel de confianza= 97 %	Z	2,17
Nivel de confianza al cuadrado	Z2	4,7089
Probabilidad de éxito	P	0,5
Probabilidad de fracaso	Q	0,5
% error muestral	E	0,04
error muestral al cuadrado	e2	0,0016
Población Objetivo	N	300000
	% universo	0,245%

Así las cosas, se obtiene un tamaño de muestra de 735 recobros, que equivale al 0,245%; las cuales deberán ser verificados por la firma Interventora.

Para determinar el tamaño de muestra de las reclamaciones ECAT se aplicará esta misma fórmula, con los parámetros definidos (nivel de confianza: 97% y error muestral: 4%).

133. Mediante la comunicación del 15 de febrero de 2013⁷⁰, el Ministerio precisó la aplicación de esa metodología. En ella dispuso que el tamaño de la muestra se

⁶⁹ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 28. Metodologia_Muestreo - Anexo T,cnico CMA-DAFPS-01-2012.pdf

⁷⁰ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122;



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

calculara con base en el valor reclamado y no en el valor pagado a los recobrantes y reclamantes. Agregó que, una vez verificada la muestra, debía aplicarse una “prueba de hipótesis” a partir de proporciones muestrales para determinar si el paquete se aceptaba o rechazaba. Para ello fijó como variables la proporción de recobros o reclamaciones con error, el tamaño de la muestra y un parámetro de error de 0.04:

De manera atenta me permito informarle que teniendo como fundamento el subnumeral 2.2.3 “Técnica de Muestreo para Recobros No POS y Reclamaciones ECAT”, del numeral 2.2. “Técnicas de Muestreo” del Capítulo IV denominado “METODOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DEL CONTRATO” del Anexo Técnico del Concurso de Méritos Abierto CMA-DAFPS-01-2012, en donde establece: “Sin perjuicio de lo planteado en esta metodología, el Ministerio de Salud se reserva el derecho de modificar o ajustar la misma, cuando lo considere necesario; para lo cual informará con la debida anticipación; o podrá ordenar de oficio, el seguimiento de los recobros y reclamaciones que sean de su interés”; el Ministerio bajo esta facultad, se permite dar aclaración en los siguientes aspectos:

1. Parámetro de referencia. Para el cálculo del tamaño de la muestra de los paquetes de recobros No POS y reclamaciones ECAT, se tomará como referencia el “valor reclamado”, y no el “valor pagado” como está en el Anexo Técnico, esto teniendo en cuenta que la Auditoria se realiza a todos los recobros radicados y por tanto, los procesos de revisión que debe llevar a cabo la firma interventora, debe partir de la totalidad de los recobros de cada paquete y no de un subconjunto de éste.
2. Prueba de hipótesis. Una vez verificada la muestra en campo, se debe realizar una “prueba de hipótesis” para determinar si el paquete se rechaza o se acepta. Para ello, se debe aplicar la fórmula de “prueba de hipótesis a partir de proporciones muestrales”.

$$Z = \frac{p - E}{\sqrt{\frac{pq}{n}}}$$

Donde:

p = proporción (# de recobros o reclamaciones con error / tamaño de la muestra)

$q = 1 - p$

n = tamaño de la muestra

$E = 0,04$ error

Cuando existan varios errores o inconsistencias sobre el mismo recobro o reclamación, se contará como uno solo; para efectos del cálculo de la proporción (p).

Una vez se calcule “Z” con la fórmula dada; este valor se debe contrastar con los valores de la distribución Normal utilizando un intervalo de confianza de 97%, cola izquierda (menor que).

Estas determinaciones se deben aplicar a todos los paquetes de Recobros No POS y reclamaciones ECAT.

134. Estos documentos demuestran que antes de celebrarse el contrato 080 de 2018 con la Unión Temporal, existía una metodología destinada específicamente al control de calidad de la auditoría sobre los paquetes. Resta establecer si las partes del contrato objeto de esta controversia entendieron que esos parámetros regían la selección de las muestras y la aprobación de los paquetes conformados por la Unión Temporal.

135. La aplicación práctica de sus estipulaciones se refleja en seis actas de conciliación suscritas durante la etapa de precierre⁷¹.

136. Las dos primeras actas se refirieron al paquete de recobros 0418_1. El acta A-MYT-016-19, suscrita el 28 de febrero de 2019, registró una muestra de 728 recobros y 113

141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 28. Metodología_Muestreo - Anexo Técnico CMA-DAFPS-01-2012.pdf

⁷¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; Anexos; Anexo No. 15 – Actas de conciliación.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

observados. El resumen final consignó 52 no conformes, 51 conformes y 2 conformes con observación; el error fue del 7.14% y se dispuso que el contratista debía presentar un nuevo precierre. El acta A-MYT-019-19, suscrita el 13 de marzo de 2019, registró 77 recobros observados. Aunque inicialmente indicó una muestra de 728, el resumen final señaló 718. Tras la conciliación, 35 quedaron no conformes, 30 conformes y 12 conformes con observación; el error fue del 4.87% y nuevamente se acordó presentar un nuevo precierre.

137. Las dos siguientes actas documentaron revisiones posteriores de recobros. El acta A-MYT-021-19, suscrita el 2 de abril de 2019, examinó una muestra de 721 recobros del paquete 0418_1, de los cuales 99 fueron observados. Después de la conciliación, 88 quedaron no conformes, 10 conformes y 1 conforme con observación; el error fue del 12.03% y se acordó presentar un nuevo precierre. El acta A-MYT-029-19, suscrita el 2 de mayo de 2019, examinó una muestra de 736 recobros del paquete 1118_1 y registró 112 observados. Tras la conciliación, 81 quedaron no conformes, 25 conformes y 6 conformes con observación; el error fue del 11% y también se acordó presentar un nuevo precierre.

138. Las dos últimas actas correspondieron a reclamaciones. El acta ADRES-080-028-19, suscrita el 31 de julio de 2019, indicó que la muestra de 187 reclamaciones del paquete 24077 había sido seleccionada **“mediante la metodología de muestreo definida en el marco del contrato 080 de 2018”**. Se revisaron 140 reclamaciones; 547 ítems fueron justificados y 294 aceptados. Como 62 ítems modificaban los valores del precierre, se suspendió la conciliación y se ordenó presentar un alcance porque el paquete superaba el porcentaje de error. El acta ADRES-080-062-19, suscrita el 22 de octubre de 2019, empleó la misma expresión respecto de 167 reclamaciones del paquete 24059: los resultados obtenidos **“mediante la metodología de muestreo definida en el marco del contrato 080 de 2018”**. De 7 observaciones, 3 fueron justificadas y 4 aceptadas; el error fue del 6.68% y se acordó presentar un nuevo precierre.

139. Con base en los anteriores documentos, la Sala arriba a un tercer grupo de conclusiones:

(i) La Unión Temporal suscribió las seis actas sin dejar reserva alguna en su texto sobre los resultados finales de las conciliaciones ni sobre los compromisos que asumió. En las cuatro actas sobre recobros tampoco objetó la selección y revisión de las muestras practicadas por JAHV McGregor S.A.S. En las dos actas sobre reclamaciones no formuló reparos frente a la constancia de que las muestras habían sido seleccionadas mediante la metodología definida **“en el marco del contrato 080 de 2018”**.

(ii) En las seis conciliaciones subsistieron errores o no conformidades sobre la auditoría realizada por la Unión Temporal. El contratista aceptó los resultados finales y asumió la obligación de presentar nuevos precierres. La necesidad de rehacer esos productos impidió el cierre de los respectivos paquetes y, conforme al esquema de remuneración previamente explicado, la facturación de la comisión variable por las solicitudes agrupadas en ellos.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

(iii) La lectura conjunta de los documentos despeja la ambigüedad del anexo técnico y el estudio previo. El contrato 080 de 2018 contempló la revisión de muestras, pero no definió su metodología ni el criterio para aceptar o rechazar los paquetes. La metodología para calcular y seleccionar las muestras estaba regulada en el anexo técnico del contrato de interventoría 103 de 2012. La comunicación del 15 de febrero de 2013 incorporó la prueba de hipótesis para decidir sobre la aceptación o el rechazo de los paquetes. El anexo 9 del contrato suscrito con la Unión Temporal vinculó la aprobación de los paquetes con las actas de conciliación firmadas con el interventor. Estas últimas contienen una declaración en el sentido de que se aplicó la metodología definida “*en el marco del contrato 080 de 2018*”. Esta aplicación, aceptada sin reservas por la Unión Temporal, permite concluir que las partes entendieron que la metodología del contrato de interventoría regía el control de calidad de los paquetes auditados.

¹⁴⁰ La Sala repara especialmente en que la Unión Temporal aceptó los resultados consignados en las actas y se comprometió voluntariamente a reprocesar los paquetes antes de su cierre. Ese compromiso respondió a las inconsistencias que se identificaron en las actas de conciliación y que podían conducir al pago improcedente de recursos públicos a favor de recobrantes y reclamantes. La necesidad de presentar nuevos precierres o alcances impidió el cierre y la facturación de los paquetes examinados. En consecuencia, la Sala no considera de recibo que la Unión Temporal atribuya ese resultado a que la ADRES la “*ahogó financieramente*” por una indebida planeación del contrato o una decisión arbitraria durante su ejecución. El argumento que sustenta el cargo de nulidad desconoce, en últimas, el contenido de las actas de conciliación suscritas durante el precierre. En ellas se aceptó la aplicación de la revisión por muestreo con arreglo a la metodología del contrato de interventoría y la contratista asumió la obligación de reprocesar los paquetes.

¹⁴¹ La falta de liquidez —riesgo asumido por el contratista conforme a la matriz de riesgos— tampoco puede atribuirse exclusivamente a los resultados de la revisión por muestreo. El informe de supervisión del 5 de septiembre de 2019 evidenció que la Unión Temporal no había presentado resultados definitivos de numerosos recobros y reclamaciones radicados desde noviembre de 2018. En este documento se indicó que más del 99.7% de los 4.564.552 recobros recibidos para los meses de abril y mayo de 2019 permanecía sin auditar⁷², hecho que no fue desvirtuado por los demandantes que no aportaron la prueba de tales auditorías. Esas solicitudes no alcanzaron la etapa de precierre del proceso de auditoría y, por tanto, el hecho de que no se facturaran no obedeció a la aplicación de la metodología de muestreo ni al porcentaje de error. En realidad, obedeció a que la Unión Temporal no realizó la auditoría que constituía el presupuesto para conformar, cerrar y facturar los respectivos paquetes.

¹⁴² Las conclusiones anteriores también conducen a desestimar el reparo relacionado con la valoración del dictamen pericial aportado en el procedimiento administrativo acerca de los errores en la determinación de las muestras. Los apelantes sostuvieron que el Tribunal se limitó a reproducir las razones expuestas en la Resolución 42049 de 2019 para restar mérito al dictamen rendido por Paola Andrea Martínez Sarmiento,

⁷² SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Anexo No. 53 – Expediente administrativo; Carpeta 1; Pág. 90.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

relacionadas con su imparcialidad, sin advertir que *“las causales de impedimento de los peritos están expresamente señaladas en el artículo 219 del CPACA (sic)”*.

¹⁴³. La Sala constata que en la Resolución 42049 de 2019, la ADRES valoró el dictamen pericial rendido por Paola Andrea Martínez Sarmiento⁷³, cuyo objeto era evaluar la precisión, pertinencia y objetividad de los procedimientos estadísticos asociados a la metodología de muestreo⁷⁴. Para restarle mérito, adujo que la perito no era imparcial porque trabajaba para el Consorcio Proyección Capital–REDCOM. Explicó que REDCOM había certificado la experiencia del profesional propuesto como gerente general de la Unión Temporal y que Jairo Salgado, subgerente de esa empresa, actuaba como director general de la Unión Temporal y utilizaba el correo electrónico y el logotipo de REDCOM en comunicaciones relacionadas con el contrato objeto de la controversia. Agregó que la perito omitió inicialmente mencionar a REDCOM al ser interrogada sobre las compañías para las cuales trabajaba. Adicionalmente, cuestionó su experticia, pues consideró que no explicó claramente el dictamen y que no había desarrollado anteriormente peritajes con ese objeto.

¹⁴⁴. El artículo 235 del CGP prescribe que *“[l]as partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurra alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces”*. En la motivación de sus decisiones, la ADRES no sostuvo que los hechos señalados anteriormente se adecuaban expresamente a alguna de las causales previstas en el artículo 141 del CGP. Sin embargo, el artículo 235 no solo autoriza negar efectos al dictamen cuando se configura alguna causal de recusación, sino también *“cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad”*.

¹⁴⁵. En los recursos de apelación no se explicó concretamente por qué la vinculación laboral de la perito con el Consorcio Proyección Capital–REDCOM —uno de cuyos directivos era director general de la Unión Temporal— y la omisión de informar esa circunstancia durante la audiencia no afectaban la credibilidad del dictamen. Del mismo modo, no se pronunciaron concretamente sobre la otra circunstancia invocada por la entidad como fundamento para no acoger sus conclusiones: que la perito no tenía experiencia previa, criterio de valoración relacionado con su idoneidad y expresamente previsto en el artículo 232 del CGP.

¹⁴⁶. Independientemente del peso probatorio asignado al dictamen pericial en la motivación fáctica de la decisión administrativa, la irregularidad alegada respecto de esta prueba no tiene trascendencia para la configuración de un vicio invalidante. Como ha señalado la Subsección, quien formula cargos de nulidad estructurados sobre decisiones probatorias adoptadas durante el procedimiento administrativo debe demostrar su trascendencia, esto es, que el medio de prueba omitido o apreciado erróneamente tenía la aptitud de modificar el sentido de la decisión⁷⁵.

⁷³ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciassecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 31. Dictamen pericial y anexos; Prueba Pericial.pdf.

⁷⁴ SAMAI, TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; pág. 61-66.

⁷⁵ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.800 (párr. 44), abr. 4/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

147. En este caso, al margen de las cuestiones relativas a la imparcialidad e idoneidad de la perito, así como del contenido mismo del dictamen, la Sala considera que la decisión de la ADRES de no acoger sus conclusiones no tuvo incidencia determinante en el sentido de la decisión administrativa.

148. Primero, porque la perito no estudió si la Unión Temporal cumplió las 43 obligaciones declaradas incumplidas, que no se limitaban a la calidad de la auditoría sobre los recobros y reclamaciones. Segundo, porque más allá de sus apreciaciones generales sobre los aspectos estadísticos de la metodología de muestreo, la resolución también se apoyó en las actas de conciliación en las que se dejó constancia de que la Unión Temporal aceptó errores en la aplicación de los criterios de auditoría. El dictamen no estableció que las deficiencias generales que identificó en la metodología de muestreo hubieran determinado los hallazgos en los que se fundó la decisión administrativa en punto a la falta de calidad de la auditoría.

149. Por las anteriores razones, no prospera el anterior conjunto de reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores relacionados con la aplicación de la metodología de muestreo y el umbral de error.

Las consecuencias de la definición extemporánea de la metodología de evaluación

150. Las Aseguradoras y los Auditores reprocharon la conclusión del Tribunal según la cual no existía relación causal entre el cumplimiento tardío de la obligación de la ADRES de entregar la metodología de evaluación y el incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal. Argumentaron que esa metodología era central para la ejecución del contrato, porque de ella dependían la valoración del cumplimiento de la Unión Temporal y, en consecuencia, la aprobación y el pago de los paquetes auditados. Precisarón que el retraso de la entidad generó incertidumbre sobre los parámetros de desempeño y el “*ahogo financiero*” del contratista, impidió la adecuada organización y ejecución de los procesos de auditoría y lo condujo al estado de incumplimiento.

151. La Sala desestimaré estos reparos, porque no se probó que la entrega tardía de la metodología de evaluación contribuyera causalmente al incumplimiento de las 43 obligaciones que motivaron la expedición de los actos demandados ni a la situación de iliquidez alegada como determinante de la inejecución de las actividades a cargo de la Unión Temporal.

152. El acta de inicio y la comunicación mediante la cual la ADRES remitió al contratista la metodología de evaluación prueban que esta obligación se cumplió tardíamente. El plazo de tres meses contado desde la suscripción del acta de inicio⁷⁶ venció el 31 de octubre de 2018, pero la entidad entregó la metodología el 23 de noviembre

⁷⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 7. Acta de inicio de ejecución del contrato No 080 de 2018 31072018



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

siguiente⁷⁷. Este hecho no fue controvertido y también fue reconocido en la Resolución 42494 de 2019⁷⁸. Aunque la obligación se cumplió tardíamente, la Sala constata que no se probó que ese hecho incidiera causalmente en los incumplimientos de las 43 obligaciones que motivaron la expedición de las resoluciones demandadas.

¹⁵³ En primer lugar, no se probó que la tardanza de 23 días en la entrega del instrumento de control y gestión produjera el efecto generalizado que los apelantes le atribuyeron ni que fuera determinante del “*ahogo financiero*” del contratista. Según lo explicado en el acápite anterior, la metodología de evaluación estaba destinada a medir y documentar el cumplimiento de *todas* las obligaciones contractuales. No definía los criterios médicos, jurídicos y financieros aplicables para determinar si cada recobro o reclamación debía aprobarse. La obligación de la ADRES de establecer la metodología de evaluación tampoco comprendía la definición de una metodología para seleccionar la muestra ni la fijación de un “umbral de error”. Como se explicó anteriormente, la comisión variable correspondiente a los paquetes presentados no se facturó porque estos no superaron la verificación de calidad previa al cierre, referida a la correcta aplicación de aquellos criterios en la auditoría de las solicitudes. Esa valoración no dependía de la metodología de evaluación entregada tardíamente.

¹⁵⁴ En segundo lugar y sin perjuicio de lo anterior, la tardanza tampoco tuvo incidencia en la situación de iliquidez alegada. Según la certificación expedida por la Dirección de Otras Prestaciones de la ADRES⁷⁹, al 23 de noviembre de 2018 —fecha en que se entregó la metodología— la Unión Temporal no había presentado paquetes de recobros ni paquetes de reclamaciones de personas jurídicas reclamantes. Únicamente se habían conformado dos paquetes de reclamaciones de personas naturales, cada uno integrado por una sola cuenta derivada de una orden judicial. La información consignada en esa certificación no fue desvirtuada por ninguna otra prueba obrante en el expediente. En consecuencia, no se acreditó que durante los 23 días de retraso la falta de entrega de la metodología hubiera impedido la facturación o el pago de paquetes auditados.

¹⁵⁵ En tercer lugar, la entrega de la matriz de criterios e indicadores para evaluar el cumplimiento de todas las obligaciones de la Unión Temporal era independiente del cumplimiento de las demás obligaciones declaradas incumplidas. Ninguna de ellas tenía como condición precedente la entrega de ese documento. Así, la obligación de pagar los salarios y las contribuciones al sistema de seguridad social de los empleados no dependía de su entrega. Tampoco dependían de ella la obligación de apoyar la defensa judicial de los recursos del FOSYGA o la de restablecer el valor de las garantías. La obligación de practicar adecuadamente la auditoría integral de los recobros y reclamaciones tampoco estaba supeditada a su entrega, pues la matriz no definía los parámetros médicos, jurídicos y financieros para determinar si esas solicitudes debían aprobarse.

⁷⁷ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 9. Radicado 0000020089 Metodología de Evaluación

⁷⁸ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 29. Resolución No 42494 de 19 de diciembre de 2019; pág. 6.

⁷⁹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; Anexos; Anexo No. 14 – Certificación de cuentas auditadas al 23.11.2018



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

156. En cuarto lugar, la temporalidad de los hechos identificados en el informe del grupo supervisor tampoco respalda la relación causal alegada. Algunos de los incumplimientos que motivaron la expedición de las resoluciones se presentaron antes de que venciera el plazo para entregar la metodología. Según el informe, entre agosto y octubre de 2018, la Unión Temporal participó en quince reuniones y no elaboró las actas o ayudas de memoria a su cargo. Asimismo, al finalizar el periodo de transición, el 31 de octubre de 2018, el sistema de información no se encontraba adaptado para soportar integralmente la auditoría. Estos hechos no podían ser consecuencia del cumplimiento tardío de una obligación cuyo plazo apenas vencía al finalizar ese periodo.

157. Otros incumplimientos se produjeron o continuaron varios meses después del 23 de noviembre de 2018, cuando la metodología ya había sido comunicada. El informe registró, entre otros, la falta de resultados de auditoría de los paquetes radicados desde noviembre de 2018, los sucesivos reprocesos por deficiencias de calidad, la omisión de atender requerimientos relacionados con la defensa judicial, la inasistencia a reuniones y jornadas de apoyo, y el incumplimiento en el pago de salarios y contribuciones al sistema de seguridad social de los empleados de la Unión Temporal.

158. Por las anteriores razones, no prosperan los reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores sobre la entrega tardía de la metodología de evaluación.

La cuantía por la que se hizo efectiva la cláusula penal y se afectó el amparo de cumplimiento

159. Las Aseguradoras sostuvieron que la cláusula penal que se hizo efectiva constituía una estimación anticipada de perjuicios, como lo indicó el Tribunal. Sin embargo, señalaron que la ADRES, al motivar las resoluciones demandadas, discriminó e individualizó los perjuicios. Por ello, adujeron que el Tribunal debió estudiar si esos perjuicios eran ciertos, personales y directos para ser indemnizables.

160. Los Auditores afirmaron que el Tribunal convalidó la tasación de perjuicios a pesar de que no se soportó en una metodología financiera, contable o actuarial y fue explicada insuficientemente. Además, aseveraron que no existía prueba de que el incumplimiento parcial hubiera generado un daño emergente. Por último, sostuvieron que debía aplicarse el principio de proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento y la sanción impuesta, por tratarse de un asunto regido por el derecho administrativo sancionador. En consecuencia, solicitaron revocar la decisión o reducir la cláusula penal.

161. La Sala desestimaré estos reparos. La ADRES no estaba obligada a demostrar la existencia ni la cuantía de los perjuicios por los que se hizo efectiva la pena. Además, no se configuraron los presupuestos previstos en la legislación civil y comercial para reducir su cuantía.

162. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal (Código Civil, art. 1592). Por regla general,



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

esta cláusula cumple una función de estimación de los perjuicios causados al acreedor. De ahí que el artículo 1600 del Código Civil disponga que *“no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*.

¹⁶³. Según el artículo 1599 del Código Civil, la pena es exigible en los casos en que se hubiere estipulado, *“sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”*. Esta es una presunción de derecho sobre la existencia del perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación amparada por la cláusula penal. Por expresa disposición legal, el deudor no puede desvirtuarla mediante prueba en contrario (Código Civil, art. 66)⁸⁰.

¹⁶⁴. En la cláusula décima séptima, la ADRES y la Unión Temporal pactaron una cláusula penal con función de estimación anticipada de perjuicios: *“En caso de incumplimiento total, defectuoso o parcial del contrato o de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, éste(a) pagará a la ADRES a título de pena y estimación anticipada de perjuicios, una suma equivalente hasta por el quince por ciento (15%) del valor del contrato. En el evento que los perjuicios superen el valor estimado en esta cláusula, la ADRES adelantará las acciones pertinentes para lograr su cobro imputando el valor pagado a dichos perjuicios. Lo dispuesto en la presente cláusula también podrá ser aplicado en el evento en que en cualquier momento de ejecución del contrato el monto de la totalidad de las multas sucesivas impuestas por la ADRES iguale el diez por ciento (10%) del valor del contrato”* (énfasis añadido)⁸¹.

¹⁶⁵. En el oficio 31681 del 5 de septiembre de 2019, mediante el cual la ADRES citó a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad precisó las consecuencias que podían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Señaló que una de ellas consistía en *“hacer efectiva la cláusula penal previa tasación de perjuicios”*⁸². En el documento se indicó que los perjuicios que se habrían causado a la ADRES por el incumplimiento de las obligaciones del contratista ascendían a \$28.064.256.345. Esa suma superaba el monto de la cláusula penal pactada, equivalente al 15% del valor del contrato (\$21.126.518.311) y se discriminó en dos partidas: *“daño ocasionado por el incumplimiento del contrato 080 de 2018 calculado con base en la metodología de evaluación pactada contractualmente”* (\$22.651.008.137) y *“perjuicios específicos causados a la ADRES por el incumplimiento contractual”*.

¹⁶⁶. En la Resolución 42049 de 2019, la ADRES resolvió declarar el incumplimiento parcial del contrato (art. 1) y dispuso: *“como consecuencia de lo anterior se declaran perjuicios por \$28.056.351.545,97 y se hace efectiva la cláusula decimoséptima del*

⁸⁰ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 74.080 (párrs. 37-39), may. 28/2026. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁸¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; pág.23.

⁸² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace a OneDrive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Anexo No. 35 – Citación al procedimiento sancionador



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

contrato 080 de 2018” (art. 2). También ordenó “*declarar el siniestro del amparo de cumplimiento*” por la misma cuantía y precisó: “*El siniestro se ordena con base en lo siguiente: (i) la cláusula penal pecuniaria como perjuicio anticipado, pactada en la cláusula decimoséptima del Contrato de Consultoría No. 080 de 2018 por un monto de \$21.126.518.311,15 equivalente al 15% del valor del mencionado Contrato; y (ii) los perjuicios demostrados que exceden el 15% del valor del contrato, que corresponde a un valor de \$6.929.833.234,81*”⁸³.

¹⁶⁷. En el capítulo 10 de la parte considerativa de esta resolución, la ADRES citó el apartado de la cláusula penal que establece lo siguiente: “*En el evento que los perjuicios superen el valor estimado en esta cláusula, la ADRES adelantará las acciones pertinentes para lograr su cobro imputando el valor pagado a dichos perjuicios*”. Agregó que el monto de los perjuicios correspondía a \$28.056.351.545.

¹⁶⁸. En el capítulo 9º, por su parte, detalló la forma en que calculó que los perjuicios ascendían a esa suma. Preciso que \$22.651.008.137 correspondían al valor del incumplimiento del contrato 080 de 2018, calculado con base en la metodología de evaluación. Para ello, tomó el valor del contrato asociado a la etapa de operación, comprendida entre el 1º de noviembre de 2018 y el 31 de diciembre de 2021, lo dividió en 38 meses para obtener un valor mensual de \$3.690.351.536 y aplicó a ese valor los porcentajes de incumplimiento determinados para cada periodo entre noviembre de 2018 y julio de 2019. También indicó que \$5.405.343.408 correspondían a perjuicios específicos causados a la ADRES, asociados a la atención directa de tutelas, la interventoría, validaciones técnicas y de sistemas, defensa judicial, atención de peticiones, compra de cartera, glosa transversal y asesoría externa de abogados.

¹⁶⁹. En la Resolución 42494 de 2019, que resolvió los recursos de reposición, la ADRES modificó el artículo 2º de la parte resolutive de la Resolución 42049 en los siguientes términos: “*Como consecuencia de lo anterior se declaran perjuicios por \$5.405.343.408,59 y se hace efectiva la cláusula penal hasta por este valor en contra de Unión Temporal Auditores de Salud (...) y como garantes a Mundial de Seguros S.A., en coaseguro con Liberty Seguros S.A. y Zúrich Colombia Seguros S.A., en favor de la ADRES de conformidad con la parte motiva de la presente resolución*”. En consecuencia, también modificó el artículo 3º, que quedó así: “*Declarar el siniestro del amparo del cumplimiento de la garantía única No. 100092042, expedida el 16 de julio de 2018 por Mundial de Seguros, en coaseguro con Liberty Seguros S.A. y Zúrich Colombia Seguros S.A. en cuantía de \$5.405.343.408,59*”⁸⁴.

¹⁷⁰. La ADRES adujo que la metodología de seguimiento contractual era un instrumento objetivo para determinar el porcentaje de incumplimiento. Sin embargo, consideró que el informe de supervisión que sustentó la actuación no explicaba por qué ese porcentaje debía aplicarse al valor mensual estimado de la etapa de operación. Tampoco demostraba que ese valor mensual correspondiera al “*provecho esperado*”

⁸³ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; pág. 81.

⁸⁴ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 29. Resolución No 42494 de 19 de diciembre de 2019; págs. 54-55.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

por la entidad, entendido como el “costo de satisfacción” de la necesidad que la ADRES buscaba atender mediante el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Por ello, concluyó que no estaba acreditado el perjuicio tasado en \$22.651.008.137 y mantuvo únicamente los perjuicios por \$5.405.343.408. En consecuencia, hizo efectiva la cláusula penal y declaró el siniestro únicamente por esta última suma. La entidad precisó que esa decisión no impedía reclamar posteriormente otros perjuicios, siempre que fueran debidamente calculados y probados.

171. A partir de los anteriores documentos, la Sala concluye que la ADRES no prescindió de su derecho a exigir el pago de la cláusula penal. La entidad determinó inicialmente la cuantía de los perjuicios porque consideró que los causados por el incumplimiento de la Unión Temporal superaban la estimación convencional, no porque hubiera declinado su derecho a exigir el pago de la pena. Al resolver los recursos de reposición, mantuvo ese mismo título jurídico (la efectividad de la cláusula penal) y se limitó a fijar, dentro del límite convencional, la suma por la cual la haría efectiva. La individualización de los perjuicios y su utilización para establecer esa cuantía no significaron que la entidad hubiera dejado de hacer efectiva la cláusula penal para exigir, en su lugar, una indemnización ordinaria de perjuicios cuantificados unilateralmente.

172. Como la ADRES ejerció su derecho a exigir el pago de la pena pecuniaria, la Sala no considera de recibo el reparo según el cual debían analizarse una por una las partidas que integran esa suma. Esa exigencia supondría desconocer que el acreedor de la pena no debe probar la existencia y cuantía de los perjuicios, carga de la que lo dispensa el artículo 1599 del Código Civil. Por las mismas razones, no prosperan los reparos fundados en que la ADRES no soportó la determinación de los perjuicios en una metodología financiera, contable o actuarial, ni la explicó de manera suficiente. Asimismo, no prospera el reparo según el cual no se probó que el incumplimiento parcial le hubiera causado un daño emergente.

173. La Sala tampoco considera de recibo el reparo según el cual debía aplicarse el principio de proporcionalidad del derecho administrativo sancionador para reducir la cuantía de la pena. El artículo 50 del CPACA consagra un conjunto de criterios para graduar “el rigor de las sanciones por infracciones administrativas”. Sin embargo, la obligación del deudor incumplido de pagar a una entidad estatal la pena pecuniaria pactada en el contrato no constituye una sanción administrativa en sentido estricto.

174. En términos generales, la sanción administrativa constituye la reacción represiva del ordenamiento frente a una acción u omisión previstas en la ley como infracción⁸⁵. En cambio, la cláusula penal —*sanción convencional*— no nace de la tipificación legal de una infracción administrativa, sino del acuerdo de voluntades dirigido a regular una relación jurídico-patrimonial. No es una manifestación del *ius puniendi* del Estado en su acepción restringida; es una cláusula accidental que en ejercicio de la autonomía de la voluntad (Ley 80 de 1993, art. 40) pueden pactar las partes de un contrato, público o privado, y de la que emana una obligación accesoria. Una cuestión distinta es que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuya a las entidades estatales la

⁸⁵ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. C, Sent. 20.738 (fundamento 2.1), oct. 22/2012. M.P. Enrique Gil Botero. C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 67.621 (fundamento 1.2), mar. 3/2023. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

potestad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal mediante acto administrativo.

175. La reducción proporcional de la cláusula penal pecuniaria se rige por las disposiciones civiles y comerciales que integran el régimen jurídico de los contratos estatales (Ley 80 de 1993, art. 13). El artículo 1596 del Código Civil establece: “*si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal*”. A su vez, el artículo 867 del Código de Comercio dispone que el juez podrá reducir equitativamente la pena “*cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*”.

176. En este caso no es procedente la reducción de la pena. El supuesto de hecho de las normas citadas consiste en que el deudor cumpla *parcialmente* la obligación principal y el acreedor lo acepte. Verificada esa hipótesis, se produce la consecuencia jurídica: la reducción proporcional de la pena. Sin embargo, esa consecuencia no resulta aplicable cuando las partes estipulan expresamente que la pena es exigible aun en eventos de incumplimiento *parcial*⁸⁶. En este sentido, la jurisprudencia de la Corporación ha indicado:

“En esta materia la doctrina indica claramente que la reducción implica tener en cuenta la forma como fue pactada la estipulación, determinar a qué obligación u obligaciones se refiere y establecer si la obligación concernida puede cumplirse de manera parcial, así: ‘Por su parte, la segunda eventualidad es una clara consecuencia de la autonomía negocial que tienen las partes para determinar, ellas mismas, los términos y el alcance de la cláusula penal que pactan, en la medida en que, independientemente del carácter divisible o no de una u otra obligación, lo cierto es que cuando la pena se pacta en esos términos, vale decir, para el caso de incumplimiento total o parcial de la obligación, puede ésta ser cobrada en su totalidad incluso frente al evento de cumplimiento parcial de la obligación principal por parte del deudor, sin habilitar la posibilidad de reducción en los términos consagrados en el artículo 1596 del Código Civil’⁸⁷.

177. En este caso, acordaron que la cláusula penal se haría efectiva por el incumplimiento total o *parcial* del contrato y de las obligaciones derivadas de él. Por lo tanto, no cabe la rebaja proporcional de la pena. Por las anteriores razones, no prosperan los reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores sobre la cuantía por la que se hizo efectiva la cláusula penal y se afectó el amparo de cumplimiento de la póliza.

La omisión de acudir a los mecanismos de solución de controversias antes del inicio del procedimiento administrativo

178. Las Aseguradoras sostuvieron que la cláusula vigésima del contrato señala que el agotamiento de los mecanismos de autocomposición no era una condición precedente para que la ADRES acudiera ante la jurisdicción. Sin embargo, precisaron que esa cláusula no establece lo mismo frente al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, como afirmó el Tribunal. Adujeron, además, que el Tribunal no reparó

⁸⁶ En el mismo sentido: Jorge Suescún Melo. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo (T. 2ª Ed.). Bogotá D.C.: Legis, Universidad de los Andes, 2005, pp. 47-48. Guillermo Ospina Fernández. Régimen general de las obligaciones (9.ª ed.). Bogotá D.C.: Temis, 2025, p. 142.

⁸⁷ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. B, Sent. 67.430, ene. 26/2023. M.P. Fredy Ibarra Martínez.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

en que la ADRES debía agotar esos mecanismos antes de iniciar ese procedimiento, según los lineamientos del Manual de Contratación de la entidad. Con base en ello, concluyeron que el agotamiento de esos mecanismos constituía una obligación contractual. Como la entidad no cumplió esa obligación, concluyeron que debía revocarse el fallo y anularse las Resoluciones 42049 y 42494 de 2019. En la misma línea, los Auditores sostuvieron que el Manual de Contratación era un acto administrativo que exigía un requerimiento previo al inicio de la actuación sancionatoria, el cual no fue cumplido por la entidad.

179. La Sala desestimaré estos reparos, porque el ejercicio de la potestad legal atribuida a la entidad estatal para expedir un acto administrativo que declare el incumplimiento y haga efectiva la cláusula penal no puede quedar inhibido por una obligación de intentar previamente un acuerdo con el destinatario de la medida. Además, ni la cláusula vigésima del contrato ni el Manual de Contratación obligaban a la ADRES a acudir a mecanismos de autocomposición de controversias como presupuesto para iniciar el procedimiento administrativo.

180. A diferencia de un derecho subjetivo, libremente ejercitable o incluso renunciable (C.C., art. 15), las potestades públicas se configuran como un poder-deber para la tutela de intereses públicos y, por ello, no son disponibles ni renunciables por su titular. Las entidades estatales no pueden despojarse de sus competencias en el ámbito contractual, dejar de ejercerlas ni negociarlas, en tanto constituyen mecanismos para garantizar la prevalencia del interés general y para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal (Ley 80 de 1993, art. 3)⁸⁸. Esta característica impide que el ejercicio de una potestad pública quede inhibido por una obligación de intentar previamente un acuerdo con el destinatario de la medida. Ello no impide, claro está, que puedan preverse plazos de cura para remediar un incumplimiento, lo cual es diferente de atribuir al intento de arreglo directo el efecto de condicionar el ejercicio de las potestades públicas.

181. En consecuencia, si las partes hubieran pretendido condicionar el ejercicio de la potestad de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal (Ley 1150 de 2007, art. 17) a la obligación de intentar una transacción o conciliación con el contratista, su desatención no determinaría la configuración de un vicio invalidante del acto administrativo. Ello se debe a que las normas atributivas de la competencia y las que disciplinan el procedimiento de formación del acto (Ley 1474 de 2011, art. 86) no prevén esa condición. Sin embargo, en este caso las partes no estipularon una cláusula con ese contenido.

182. La cláusula vigésima del contrato dice: *“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Las partes en aras de solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas en la ejecución del presente contrato, acudirán a la conciliación y transacción. El agotamiento de los mecanismos de autocomposición no es condición precedente para que la parte estatal acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La conciliación prejudicial obliga al contratista”*⁸⁹. La ausencia de una

⁸⁸ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.644 (párr 87), nov. 7/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁸⁹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.4. Contrato de consultoría No. 080 de 2018 suscrito entre la ADRES y la Unión Temporal Auditores de Salud; pág. 24.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

referencia expresa al procedimiento administrativo no permite concluir que la ADRES hubiera asumido una obligación consistente en agotar tales mecanismos como condición para adelantar la actuación administrativa.

¹⁸³ En primer lugar, el texto de la estipulación, que es el primer parámetro para determinar la voluntad de las partes (Código Civil, art. 1618)⁹⁰, no dispone expresamente que para ejercer la potestad de declarar el incumplimiento de la Unión Temporal y hacer efectiva la cláusula penal la ADRES debía agotar previamente los mecanismos de autocomposición del conflicto.

¹⁸⁴ En segundo lugar, en los documentos que regularon el proceso de formación del contrato —estudios previos⁹¹, pliego de condiciones⁹² y matriz de respuestas a las observaciones al pliego⁹³— no hay ningún elemento que permita inferir que la intención de las partes al pactar esta cláusula fuera la señalada por los apelantes (Código Civil, art. 1618): obligar a la ADRES a agotar los mecanismos de autocomposición como condición previa para iniciar el procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

¹⁸⁵ En tercer lugar, la cláusula vigésima puede reexpresarse así: si la ADRES resuelve acudir a la jurisdicción para solucionar una controversia, no está obligada a agotar previamente los mecanismos de autocomposición. Esta estipulación contractual solo regula ese supuesto de hecho: el inicio de un proceso judicial por la ADRES. No contiene una regla para un supuesto distinto, como es el inicio del procedimiento administrativo. El argumento interpretativo *a contrario* no permite concluir que, si la entidad resolvía iniciar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debía agotar previamente los mecanismos de autocomposición. Esa inferencia solo sería válida si la cláusula contuviera una regla bicondicional, esto es, si hubiera previsto que la ADRES podía prescindir del agotamiento previo de esos mecanismos *si y solo si* acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁹⁴.

¹⁸⁶ En lo referente al Manual de Contratación de la ADRES, la Sala constata que la cláusula vigésima quinta dispuso: “*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, salvo en lo que se le opongan*”. La única referencia al Manual de Contratación aparece en la cláusula décima octava del contrato: “*La supervisión o interventoría del contrato será ejercida*

⁹⁰ Como lo ha precisado la jurisprudencia civil, la regla del artículo 1618 del Código Civil sobre la prevalencia de la intención de las partes no autoriza, en modo alguno, a prescindir completamente del texto contractual como punto de partida de la interpretación, pues debe presumirse que la declaración escrita corresponde a la voluntad que las partes pretendían manifestar: “*Esta subregla -según la doctrina-, no fue ignorada por Andrés Bello. Se observa afincada en uno de sus números ‘proyectos inéditos del Código Civil.’ La fórmula era la siguiente: ‘[e]n los contratos, es de regla atenerse a la letra en lo que no pugna manifiestamente con la conocida intención de las partes’*”. C.S.J., Sala de Casación Civil, Sent. SC1303-2022 (consideración 6), jun. 30/2022. M.P. Francisco Ternera Barrios.

⁹¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1. Estudio Previo definitivo

⁹² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones

⁹³ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 42. Observaciones al pliego ACL_PROCESO_17-15-6849165_211001039_33797902.pdf

⁹⁴ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 70.250 (párr. 46), feb. 7/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Cfr. García Amado, Juan Antonio. (2001). Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (24), p. 106.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

de conformidad con lo establecido en las leyes vigentes aplicables a la materia y en el Manual de contratación de la ADRES”. En consecuencia, la integración por referencia del Manual de Contratación de la ADRES se limitaba a los parámetros para el ejercicio de la función de supervisión o interventoría.

^{187.} El Manual de Contratación de la ADRES estaba integrado por “los procedimientos, modelos y formatos adoptados por la entidad en el Manual Operativo de Gestión de Contratación, en el marco de su Modelo Integrado de Planeación y Gestión”⁹⁵. En el capítulo denominado “procedimiento sancionatorio para la imposición de sanciones, aplicación de multas y ejercicio de poderes exorbitantes” se describió el procedimiento aplicable a la declaratoria de incumplimiento contractual. En la primera etapa del flujograma se incluyó una actividad denominada “Solicitar aclaración de posible incumplimiento al contrato”, descrita así: “Se solicita mediante oficio aclaración o explicación de las razones por las cuales se está presentando el posible incumplimiento, exigiéndole que cumpla con la obligación en mora o retardo, dándole un plazo perentorio para su respuesta y cumplimiento”⁹⁶. En la columna “responsables” se indicó que esa actividad correspondía al supervisor o interventor del contrato.

^{188.} En este orden de ideas, el Manual Operativo de Gestión de Contratación no contenía entonces una regla de carácter general que atribuyera al contratista un derecho subjetivo y a la ADRES una obligación correlativa consistente en agotar mecanismos de arreglo directo como presupuesto para iniciar el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Tampoco era un documento llamado a regular ese procedimiento administrativo sancionatorio, asunto sometido a reserva de ley (Constitución Política, art. 150)⁹⁷. Se trataba, como ha señalado esta Corporación respecto de este tipo de instrumentos, de una norma de carácter interno, dirigida a ordenar relaciones intraorgánicas y a reglamentar aspectos administrativos de la gestión contractual, la vigilancia y la ejecución del negocio jurídico⁹⁸. Además, la actividad de solicitar aclaración sobre un posible incumplimiento fue asignada al supervisor o interventor del contrato, sin que se enunciara como una obligación de la entidad ni como un presupuesto necesario para iniciar la actuación sancionatoria.

^{189.} La Sala también repara en que la ADRES indicó en la motivación de la Resolución 42049 que la actuación se inició porque la Unión Temporal ya había sido destinataria de multas por el incumplimiento de sus obligaciones. La entidad señaló que, pese a la imposición de esas sanciones pecuniarias y a su efecto conminatorio, el contratista no se allanó al cumplimiento⁹⁹. Ese aspecto de la motivación no fue desvirtuado por los demandantes y está soportado con los documentos del expediente que contienen esas

⁹⁵ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 38.3. Respuesta planeación; 2. Manual de Contratación; pág. 11.

⁹⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 3. Manual operativo gestión de contratación; pág. 249 y 252.

⁹⁷ C.E., Sec. Tercera, Sent. 36.054B (consideración 4.2.5.1), abr. 14/2010. M.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁸ C.E., Sec. Tercera, Sent. 36.054B (consideración 4.2.6), abr. 14/2010. M.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁹ “A pesar de las multas impuestas y descritas anteriormente, la UT Auditores de Salud continuó incumpliendo reiteradamente el Contrato de Consultoría 080 de 2018, tal como quedó evidenciado en el informe de incumplimiento de las obligaciones contractuales y sus anexos allegados por el grupo supervisor mediante oficio 0000031680 del cinco (5) de septiembre de 2019”. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 25. Resolución 42049 del 2 de Diciembre de 2019; págs. 3-4.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

decisiones¹⁰⁰. En consecuencia, antes de iniciar el procedimiento dirigido a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, la entidad ya había interpelado a la Unión Temporal para que cumpliera sus obligaciones.

¹⁹⁰. Por las anteriores razones, no prosperan los reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores sobre la omisión de acudir a mecanismos de arreglo directos antes del inicio del procedimiento administrativo.

La interventoría para la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal

¹⁹¹. Las Aseguradoras sostuvieron que la cláusula décima octava permitía a la ADRES ejercer el seguimiento de las obligaciones de la Unión Temporal mediante un interventor o un supervisor. Sin embargo, afirmaron que el Tribunal desconoció que la complejidad de la auditoría contratada exigía un interventor con conocimiento especializado, como lo entendió inicialmente la entidad estatal al encargar esa labor a JAHV McGregor S.A.S. Con base en ello, señalaron que la entidad incumplió sus obligaciones al no contratar una nueva interventoría. Concluyeron que el Tribunal convalidó los actos sin verificar si la sustitución de la interventoría por un equipo supervisión afectó la legalidad del seguimiento contractual.

¹⁹². Los Auditores argumentaron que el Tribunal les exigió indebidamente controvertir la validez de la cláusula décima octava. Precisarón que el cargo de nulidad de los actos administrativos no recaía sobre la cláusula del contrato, sino sobre la decisión de la ADRES de abstenerse de contratar una nueva interventoría después de la terminación del contrato con JAHV McGregor S.A.S. Agregaron que ese “*incumplimiento sobreviniente*” provocó que el grupo supervisor, que asumió el seguimiento de las obligaciones de la Unión Temporal, aplicara criterios subjetivos y técnicamente inconsistentes para determinar los incumplimientos que dieron lugar al procedimiento sancionatorio y a la expedición de los actos administrativos demandados.

¹⁹³. La Sala desestimaré estos reparos. El hecho de que durante un periodo concreto el seguimiento contractual hubiera sido ejercido por un equipo de supervisión, en lugar de un interventor, no desvirtúa la existencia de los incumplimientos declarados ni demuestra la falsa motivación de los actos administrativos demandados. Además, la ADRES no incumplió una obligación legal o contractual al no contratar un nuevo interventor para efectuar el seguimiento de las actividades de auditoría a cargo de la Unión Temporal después de la terminación del contrato con JAHV McGregor S.A.S.

¹⁹⁴. De acuerdo con lo expuesto previamente, los demandantes no desvirtuaron los 43 incumplimientos indicados en la motivación de los actos administrativos demandados ni acreditaron que hubiera intervenido una causa extraña que exonerara de responsabilidad a la Unión Temporal. El hecho de que el seguimiento contractual hubiera sido ejercido por un equipo de supervisión, en lugar de un interventor, no desvirtúa esos incumplimientos.

¹⁰⁰ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO. Documentos: 8. Resolución 3939 de 2018 - Impone sanción a los integrantes de; 8.1. Resolución 4340 de 2018 confirma multa; 13. Resolución N° 2803 de 2019 de fecha 05 de abril de 2019; 13.1. Resolución N° 2931 de 2019 de fecha 10 de abril de 2019; 14. Resolución 19649-19 tercera multa; 14.1 Resolución 21670-19 confirma multa.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

¹⁹⁵ Para demostrar la falsa motivación de los actos era necesario acreditar que el ejercicio del seguimiento mediante un equipo de supervisión condujo a identificar incumplimientos inexistentes. Sin embargo, no se probó que la designación de ese equipo durante una parte del plazo de ejecución hubiera incidido de ese modo en la determinación de los incumplimientos. Además, como se pasa a explicar, la ADRES no incumplió una obligación legal o contractual de contratar a un nuevo interventor.

¹⁹⁶ La cláusula décima octava del contrato estipula: *“Supervisión o Interventoría: La supervisión o interventoría del contrato será ejercida de conformidad con lo establecido en las leyes vigentes aplicables a la materia y en el Manual de contratación de la ADRES”*. Como lo señaló el Tribunal, esta cláusula no establece que la ADRES tuviera la obligación de contratar un interventor para realizar el seguimiento de las actividades de auditoría a cargo de la Unión Temporal.

¹⁹⁷ Ninguna otra cláusula del contrato ni del pliego de condiciones imponía a la entidad estatal el deber de contratar una interventoría. Por el contrario, en el capítulo 2.12 del pliego, titulado *“Supervisión o Interventoría”*, se estableció lo siguiente: *“La supervisión del contrato será ejercida de conformidad con lo establecido en las leyes vigentes aplicables a la materia y en el Manual de contratación de la ADRES. La supervisión será ejercida por la Directora General de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud o por quien ella designe”*¹⁰¹. En conclusión, la ADRES no incumplió una obligación contractual consistente en contratar a un interventor para que este asumiera el seguimiento de las actividades de auditoría a cargo de la Unión Temporal durante todo el plazo de ejecución.

¹⁹⁸ En lo relacionado con la forma en que se efectuó el seguimiento de las actividades de la Unión Temporal, los documentos del expediente prueban que el Ministerio de Salud y Protección Social y JAHV McGregor S.A.S. celebraron el contrato 103 de 2012¹⁰². Su objeto era realizar la interventoría al contrato de administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y al contrato de auditoría en salud, jurídica y financiera de solicitudes de recobro y reclamaciones vigente a la sazón. El contrato tenía plazo inicial hasta el 31 de diciembre de 2016 y fue objeto de varias prórrogas¹⁰³.

¹⁹⁹ El 26 de julio de 2018, la ADRES —entidad que se subrogó legalmente en la posición contractual del Ministerio¹⁰⁴— y JAHV McGregor suscribieron la adición y prórroga 3. En virtud de esa modificación, la firma interventora asumió la obligación de

¹⁰¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 1.2. Pliego de condiciones; pág. 31.

¹⁰² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 17. Contrato 103 y prórrogas (unificado).pdf

¹⁰³ Fueron 4 prórrogas suscritas el 28 de diciembre de 2016, 28 de diciembre de 2017, 26 de julio de 2018 y 21 de diciembre de 2018. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 17. Contrato 103 y prórrogas (unificado).pdf; págs. 22-29, 30-37, 38-45, y 46-51.

¹⁰⁴ El artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por los Decretos 546 y 1264 de 2017, estableció que los contratos y convenios celebrados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social vigentes a 1° de abril de 2017 y cuyo objeto correspondiera a las funciones y actividades propias la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud - ADRES, se entendían subrogados a esta entidad, la cual continuaría con su ejecución en los mismos términos y condiciones, sin que para ello fuera necesario la suscripción de documento adicional alguno.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

ejercer esa función sobre el anterior contrato de auditoría 043 de 2013 y, adicionalmente, sobre el nuevo contrato de consultoría 080 de 2018 —objeto de esta controversia— hasta el 31 de diciembre de 2018¹⁰⁵.

²⁰⁰ El contrato con JAHV McGregor S.A.S. se prorrogó por cuarta vez hasta el 31 de mayo de 2019¹⁰⁶. En esa misma fecha, el Director Administrativo y Financiero de la ADRES designó a las cuatro personas integrantes del equipo de supervisión del contrato de consultoría 080 de 2018, objeto de la controversia. Para tal fin, señaló que la entidad había expedido la Resolución 534 del 15 de diciembre de 2017, mediante la cual conformó un grupo interno de supervisión al que se encomendó la siguiente función: “1. Adelantar la supervisión de los contratos suscritos para adelantar la auditoría integral de otras prestaciones por conceptos de los servicios de salud determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social; de las prestaciones de servicios de salud a víctimas de eventos de origen natural, de eventos terroristas y de las víctimas de accidentes de tránsito cuando no exista cobertura por parte del SOAT”¹⁰⁷.

²⁰¹ De los anteriores hechos no se deduce —como plantearon las Aseguradoras— que la ADRES tuviera la obligación contractual de ejercer el seguimiento de las actividades de la Unión Temporal a través de un interventor. En primer lugar, según lo explicado, esa obligación no se previó en los documentos contractuales. En segundo lugar, la ADRES y la Unión Temporal no celebraron una convención modificatoria por escrito que incorporara esa obligación al contrato (Ley 80 de 1993, art. 41). En tercer lugar, esa obligación tampoco puede deducirse de la aplicación práctica del contrato, pues no se acreditó una conducta de ambas partes, ni de una de ellas con aprobación de la otra, que revelara ese entendimiento común (Código Civil, art. 1622).

²⁰² Aunque la ADRES prorrogó el contrato con JAHV McGregor S.A.S., también había conformado previamente un grupo interno de supervisión para asumir el seguimiento¹⁰⁸ y, desde el 1 de junio de 2019, designó los funcionarios para ejercer el seguimiento del contrato 080 de 2018. Esa conducta es compatible con la regla prevista en el pliego de condiciones, según la cual la vigilancia podía ejercerse a través del supervisor. En definitiva, el contrato 080 de 2018 no era fuente de la obligación cuyo incumplimiento alegaron las Aseguradoras y los Auditores.

¹⁰⁵ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 17. Contrato 103 y prorrogas (unificado).pdf; págs. 38-45.

¹⁰⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 17. Contrato 103 y prorrogas (unificado).pdf; págs. 46-51.

¹⁰⁷ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 14. Oficio 0000027559 designacion grupo supervisor; pág. 1.

¹⁰⁸ El artículo 1 de la Resolución 534 de 2017 expedida por la Viceministra de Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social encargada de las funciones de la Dirección General de la ADRES dispuso: “Conformar en la ADRES – Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los siguientes Grupos Internos de Trabajo adicionales a los señalados en la resolución No 439 de 20 de noviembre de 2017. DEPENDENCIA Y DENOMINACIÓN DEL GRUPO INTERNO DE TRABAJO. (...) 2.- DIRECCIÓN DE OTRAS PRESTACIONES. (...) 2.2 Grupo Interno de Supervisión”. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 57; 126_RECIBEMEMORIAL_OneDrive_1_1122026zi_0_20260211164111304; 2. HOJAS DE VIDA; 2017-12-15_Resol.534_Conformación Grupos Internos de Trabajo



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

203. Por las razones que se exponen a continuación, la ADRES tampoco incumplió una obligación de fuente legal con el alcance señalado por los apelantes: ejercer la vigilancia de la ejecución de las obligaciones de la Unión Temporal a través de un interventor.

204. El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispone que la interventoría consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realiza una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal, cuando el seguimiento del contrato supone conocimiento especializado en la materia o cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifican. La disposición agrega que, “[p]or regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría”. Sin embargo, permite que la entidad divida la vigilancia del contrato principal.

205. La ley no establece que la interventoría sea obligatoria para vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de consultoría como el celebrado entre la ADRES y la Unión Temporal. La obligación de contratar interventoría sí está prevista para los contratos de obra adjudicados mediante licitación pública (Ley 80 de 1993, art. 32, num. 1). Sin embargo, el párrafo 1º del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 prescribe que los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, deben pronunciarse sobre la necesidad de contar con interventoría.

206. El estudio previo elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social no justificó si, conforme a los parámetros establecidos en la ley —el conocimiento especializado requerido para el seguimiento o la complejidad o extensión del contrato—, era necesario contratar a un interventor.

207. Tampoco obran medios de prueba que acrediten que los funcionarios de la ADRES carecieran del conocimiento requerido para ejercer la supervisión del contrato. No se acreditó que, por razón de su especialidad, solo un interventor pudiera realizar ese seguimiento.

208. Por el contrario, el artículo 17.8 del Decreto 1429 de 2016, que definió la estructura orgánica de la ADRES, asignó a la Dirección de Otras Prestaciones la siguiente función: *“Adelantar la supervisión de los contratos suscritos para adelantar la auditoría integral de otras prestaciones por concepto de los servicios de salud determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social, de las víctimas de eventos catastróficos, terroristas y de accidentes de tránsito que venía pagando el FOSYGA y las indemnizaciones y auxilios a las víctimas de eventos catastróficos y terroristas”*. Esa atribución funcional, referida a contratos como el que es objeto de esta controversia, se materializó mediante la Resolución 534 del 15 de diciembre de 2017 y la designación del grupo interno de supervisión del contrato 080 de 2018. Como la supervisión y la interventoría no son concurrentes respecto de un mismo contrato, salvo que la entidad divida expresamente su vigilancia y determine las actividades a cargo de cada una, esa atribución impide inferir que la ADRES estuviera obligada a contratar paralelamente un interventor para ejercer sobre las mismas actividades una vigilancia concurrente con la asignada al grupo de supervisión.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

209. Por las anteriores razones, no prosperan los reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores en relación con la ausencia de una interventoría especializada para la verificación del cumplimiento de las obligaciones.

La imparcialidad en el ejercicio de la función de interventoría

210. Las Aseguradoras reprocharon que el Tribunal no se pronunciara sobre la falta de objetividad que atribuyeron a JAHV McGregor S.A.S. por haber participado como competidora de la Unión Temporal en el concurso de méritos que culminó con la adjudicación del contrato 080 de 2018. Sostuvieron que esa circunstancia comprometía la confiabilidad de las actuaciones e informes elaborados durante el ejercicio de la interventoría, algunos de los cuales sirvieron de fundamento para iniciar el procedimiento administrativo en el que se declaró el incumplimiento. Los Auditores también cuestionaron que el fallo no hubiera considerado su condición de competidora al valorar la aplicación de la metodología de muestreo y el rechazo de los productos entregados por la contratista en la fase de precierre.

211. La Sala constata que el Tribunal no abordó expresamente este argumento, en el que se sustentaron los cargos de nulidad de los demandantes. Sin embargo, desestimaré el reparo, porque no se probó que el interés de JAHV McGregor S.A.S. en obtener la adjudicación del contrato objeto de la controversia hubiera afectado la objetividad con la que ejerció la interventoría. Además, la ADRES restringió la participación en el proceso de selección de quienes, en las fechas previstas en el pliego de condiciones, tuvieran la calidad de interventores del contrato de auditoría vigente.

212. Mediante la adenda 5 del 6 de septiembre de 2017, la ADRES adicionó al pliego de condiciones el numeral 4.10, relativo al conflicto de intereses y enunció la siguiente causal: *“Cuando el proponente en forma directa o alguno de sus integrantes o de sus socios o de los promitentes societarios a la fecha de publicación del documento convocatoria y adjudicación del presente proceso, tenga la calidad de interventor del contrato de auditoría vigente de recobros y reclamaciones que se presenten con cargo a los recursos del entonces FOSYGA hoy ADRES”*¹⁰⁹. Esta regla fue establecida antes de la emisión del informe final de interventoría 310264 del 30 de agosto de 2019, citado como prueba en la convocatoria a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Asimismo, antecedió a la suscripción de las actas de conciliación de la etapa de precierre previamente estudiadas, suscritas entre el 28 de febrero y el 22 de octubre de 2019.

213. La Resolución 304 del 12 de octubre de 2017, mediante la cual se adjudicó el contrato a la Unión Temporal, incluyó una tabla con los resultados de la evaluación realizada por el comité asesor y evaluador de la entidad. Allí se indicó que la propuesta presentada por JAHV McGregor S.A.S. fue rechazada porque no cumplió el requisito

¹⁰⁹ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 38. pruebas auto 4; 38.1. Documentos definitivos; 1 – Adendas; 1.5 - Adenda nro. 5.pdf; pág. 46.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

habilitante de capacidad jurídica¹¹⁰. Aunque el informe de evaluación de las propuestas no obra en el expediente y, por tanto, no es posible conocer la motivación específica de esa conclusión, el hecho de que la sociedad ejerciera entonces la interventoría del contrato de auditoría vigente permite inferir razonablemente que el rechazo pudo estar relacionado con la causal de conflicto de interés prevista en el numeral 4.10 del pliego de condiciones.

²¹⁴. Lo cierto es que cuando se elaboró el informe de interventoría que sirvió como uno de los antecedentes para iniciar el procedimiento administrativo y se suscribieron las actas de conciliación de la etapa de precierre que obran en el expediente, ya no subsistía el interés inmediato de JAHV McGregor S.A.S. en obtener la adjudicación del contrato 080 de 2018. Su propuesta había sido rechazada y el contrato había sido adjudicado a la Unión Temporal desde el 12 de octubre de 2017.

²¹⁵. En el expediente tampoco obran pruebas de que JAHV McGregor S.A.S. hubiera actuado sin objetividad ni de que esa circunstancia hubiera determinado la inclusión de incumplimientos inexistentes en el informe citado como prueba por la ADRES. Como se indicó, la Unión Temporal no demostró que fuera falsa la afirmación según la cual más del 99.7% de los 4.564.552 recobros correspondientes a abril y mayo de 2019 permanecían sin auditar, ya fuera porque el número de solicitudes pendientes fuera inferior o porque hubiera ejecutado las actividades de auditoría integral. De otra parte, tampoco acreditó que la interventoría hubiera revisado indebidamente las muestras. Por el contrario, como se estableció previamente, la Unión Temporal aceptó los resultados finales consignados en las actas y se comprometió voluntariamente a reprocesar los paquetes antes de su cierre.

²¹⁶. Por las anteriores razones, no prosperan los cargos de nulidad soportados en la presunta falta de imparcialidad de la interventoría.

La sustitución de una declaración por una prueba por informe

²¹⁷. Las Aseguradoras sostuvieron que el Tribunal no reparó en que la sustitución del testimonio del director de tecnología de la interventoría por una prueba por informe a cargo de JAHV McGregor S.A.S. no estuvo justificada. Señalaron que esa decisión se adoptó “*sin excusa válida alguna*”. Afirmaron que, como consecuencia de ella, se privó al contratista de la práctica de un medio de prueba cuya naturaleza, objeto y forma de contradicción difieren de los de la prueba por informe. Los Auditores formularon este mismo argumento. Agregaron que la decisión de la ADRES desconoció las reglas de la carga de la prueba en materia sancionatoria, conforme a las cuales correspondía a la Administración demostrar los supuestos de hecho que sustentaban el acto administrativo.

²¹⁸. La Sala desestimaré estos reparos, porque la decisión de prescindir del testimonio estuvo justificada: el declarante no compareció a pesar de haber sido citado varias veces por la entidad. Además, la prueba por informe versó sobre hechos, actuaciones

¹¹⁰ SAMAI, TA, Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciasecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; Enlace a One Drive; 2022-00136 ACUMULADO; Pruebas Demanda; 5. Resolución No 304 de Adjudicación del 12 de octubre de 2017.pdf



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

y datos consignados en los archivos y registros de la firma interventora, y fue sometida a contradicción.

219. El debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Constitución Política, art. 29). Una de las concreciones de esta garantía es el derecho a la prueba, que se manifiesta en (i) la facultad de presentar y solicitar las pruebas necesarias para sustentar la defensa en el procedimiento administrativo; (ii) el derecho a que las pruebas solicitadas sean practicadas, siempre que cumplan los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad; y (iii) la exigencia de que la Administración valore racionalmente los elementos probatorios y refleje su apreciación en la motivación fáctica de la decisión¹¹¹.

220. En el Auto de Pruebas 1, la ADRES decretó el testimonio de Norberto Pérez Combariza, director de tecnología de la interventoría JAHV McGregor S.A.S¹¹². La prueba tenía por objeto que declarara sobre *“los hechos que motivan esta audiencia y en especial sobre los criterios empleados para la definición de los intervalos de las muestras para la evaluación de los resultados de las auditorías de los paquetes auditados por la UT”*. En el Auto de Pruebas 4, la entidad señaló que el testigo se había excusado de asistir a la audiencia mediante correo del 10 de octubre de 2019 y que no había comparecido pese a haber sido citado en dos¹¹³ oportunidades anteriores¹¹⁴. Estos hechos no fueron controvertidos por los demandantes.

221. La ADRES resolvió, en consecuencia, prescindir del testimonio¹¹⁵. No obstante, decretó de oficio una prueba por informe con fundamento en el artículo 275 del CGP para que la firma interventora respondiera, con base en sus archivos y registros, los cuestionarios presentados por las partes sobre el asunto de los intervalos. Una vez rendido el informe, la ADRES corrió traslado de su contenido a los interesados¹¹⁶.

¹¹¹ C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 71.800 (párr. 41), abr. 4/2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹¹² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 35. AUTO 1; pág. 8.

¹¹³ Oficio adiado el 4 de octubre de 2019. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; Anexos; Anexo No. 33 – Expediente administrativo; Carpeta 3; Pág. 59, 63-66.

¹¹⁴ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 35.3. AUTO 4; pág. 1. Norberto Pérez fue citado mediante oficio del 4 de octubre de 2019 para que rindiera testimonio el 9 de octubre siguiente. Ante su inasistencia, ese mismo día la ADRES reiteró la citación para el 11 de octubre. Mediante oficio JAHV 218-219 del 10 de octubre de 2019, radicado E11760101019030925E000033314500, JAHV McGregor informó que Pérez Combariza había ejercido como director hasta el 31 de mayo de 2019 y que, para entonces, ya no desempeñaba ningún cargo ni función relacionada con el proyecto. Añadió que JAHV había terminado en esa misma fecha sus labores como interventor y presentado los informes y soportes correspondientes. Ver: SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 17; Contest. dda. 25000-23-36-000-2022-00122-00; Anexos; Anexo No. 33 – Expediente administrativo; Carpeta 3; págs. 67 y 98. El Auto No. 4 dejó constancia, además, de que el 10 de octubre de 2019, a las 6:48 p. m., Pérez Combariza remitió un correo electrónico en el que acogió esas razones para justificar su inasistencia. Luego de las dos citaciones, la ADRES prescindió del testimonio y decretó de oficio una prueba por informe.

¹¹⁵ Auto del 11 de octubre de 2019. SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 35.3. AUTO 4; pág. 4.

¹¹⁶ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 35.7. AUTO 8



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

Estos formularon varias solicitudes y observaciones¹¹⁷, que fueron respondidas por JAHV McGregor S.A.S¹¹⁸.

222. A partir de los anteriores documentos y actuaciones, la Sala concluye que la decisión de la ADRES de prescindir del testimonio de Norberto Pérez Combariza no fue adoptada “*sin excusa válida alguna*”. El artículo 218 del CGP establece que se prescindirá de la declaración cuando el testigo desatienda la citación. La norma prescribe que, a solicitud del interesado, podrá ordenarse la conducción del testigo por la Policía. También dispone que la audiencia podrá suspenderse para citarlo nuevamente cuando su declaración se considere fundamental.

223. La ADRES justificó su decisión en el supuesto previsto en la ley: pese a haber sido citado en varias oportunidades, el testigo no compareció. En el expediente no obra prueba de que los solicitantes de la prueba hubieran pedido que se ordenara su conducción con la intervención de las autoridades de Policía. Finalmente, la entidad no prescindió de la declaración desde la primera inasistencia, sino que ordenó nuevas citaciones antes de adoptar esa decisión.

224. Los datos sobre los intervalos de las muestras —tema de la prueba— podían establecerse mediante la prueba por informe, porque correspondían a información poseída por el interventor (CGP, art. 275). Por su parte, la corrección técnica en la aplicación de la fórmula correspondía a un juicio sobre la aplicación de un procedimiento estadístico para seleccionar las muestras utilizadas en la evaluación de la calidad de la auditoría sobre los recobros y reclamaciones. Sobre este asunto se practicó un dictamen pericial y se aportaron las actas de la fase de precierre, con fundamento en los cuales, según se explicó anteriormente, la entidad sustentó la premisa fáctica de su decisión.

225. En definitiva, la sustitución ordenada implicó un cambio en la forma de producción y contradicción de la prueba. Sin embargo, ese cambio obedeció a una causa jurídicamente justificada: la decisión de prescindir del testimonio ante la falta de comparecencia del declarante. Esa modificación no privó a los interesados del derecho a controvertir las respuestas de la interventoría, pues la entidad les dio traslado del informe y de las respuestas posteriores. Además, los apelantes no probaron qué hecho solo podía acreditarse mediante el testimonio ni de qué manera su ausencia habría incidido en el sentido de la decisión de la ADRES.

226. Por las anteriores razones, no prosperan los reparos formulados por las Aseguradoras y los Auditores sobre la sustitución de una declaración de terceros por una prueba por informe.

Las pretensiones subsidiarias de la demanda de las Aseguradoras

227. Las Aseguradoras reprocharon que el Tribunal negara las pretensiones subsidiarias con el argumento de que no se apoyaban en razones distintas de las que sustentaban

¹¹⁷ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciassecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace a OneDrive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Carpeta 4; pág. 19, 21 y 22.

¹¹⁸ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 122; 141_Constanciassecr_25000233600020220012_0_20260522092159623; enlace a OneDrive; 2022-00136 ACUMULADO; Cuaderno principal; 28_RECIBEMEMORIALES_ANEXOS; Contest. dda. - 25000-23-36-000-2022-000136-00; 004. Anexos; Carpeta 4; pág. 37.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

las pretensiones principales. Adujeron que, por esta vía, el Tribunal se abstuvo de examinar cargos de nulidad que no se fundaban únicamente en la controversia sobre la imputabilidad de los incumplimientos al contratista, sino también en las condiciones del contrato de seguro. A su juicio, estos cargos exigían un análisis autónomo, pues una cosa era declarar el incumplimiento de la Unión Temporal y otra afectar la póliza como consecuencia de esa declaración.

²²⁸ La Sala constata que el Tribunal no se pronunció sobre los cargos de nulidad formulados por las Aseguradoras con fundamento en el contrato de seguro y en su régimen jurídico. En consecuencia, estudiará esos argumentos.

²²⁹ Las Aseguradoras adujeron que las resoluciones de la ADRES vulneraron el artículo 1073 del Código de Comercio, porque el siniestro comenzó antes de que asumieran el riesgo del incumplimiento del contratista. En sustento de ello, invocaron las circunstancias relacionadas con la indebida planeación del contrato examinadas previamente. Agregaron que esta situación generó una mayor onerosidad, una estructura de costos alejada de la realidad y una remuneración insuficiente para el contratista.

²³⁰ El artículo 1073 del Código de Comercio dispone: *“Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. // Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro”*. La póliza debe expresar la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras (Código de Comercio, art. 1047.6). Así, el seguro tiene un momento de iniciación y otro de expiración. Entre ambos se encuentra comprendida su vigencia. Antes del primero y después del segundo, el contrato no puede dar origen a la prestación a cargo del asegurador por la ocurrencia del siniestro, esto es, por la realización del riesgo amparado (Código de Comercio, art. 1072).

²³¹ El riesgo amparado por las Aseguradoras era el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato estatal a cargo de la Unión Temporal. Las circunstancias invocadas como deficiencias de planeación, previamente desestimadas como cargo de nulidad, no actualizan el supuesto fáctico del artículo 1073 del Código de Comercio. Aunque algunas de ellas fueran anteriores al inicio de la vigencia de la póliza, no configuraban el siniestro ni implicaban que este hubiera comenzado.

²³² El riesgo amparado correspondía al incumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal, no a las alegadas infracciones del deber de planeación. Los incumplimientos declarados ocurrieron durante la vigencia del amparo de cumplimiento de la póliza 100092042, comprendida entre el 12 de julio de 2018 y el 1 de julio de 2022¹¹⁹. Por ello, el cargo no prospera.

¹¹⁹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3. Póliza de Cumplimiento No. NB – 100092042 Expedida por la Lider; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.2. Póliza de Cumplimiento No. 100092042 expedida por Liberty Seguros; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

233. Las Aseguradoras también adujeron que las resoluciones de la ADRES vulneraron el artículo 1060 del Código de Comercio, porque las conductas de la entidad durante la ejecución del contrato agravaron el estado del riesgo y produjeron la terminación del seguro antes de que se declarara el siniestro. Concretamente, se refirieron a la entrega tardía de la metodología de evaluación, a la aplicación de la metodología de muestreo y del umbral de error sobre los paquetes auditados, a la decisión de no contratar una nueva interventoría y a la omisión de intentar un arreglo directo antes de iniciar el procedimiento administrativo.

234. El artículo 1060 del Código de Comercio impone al asegurado o al tomador la obligación de mantener el estado del riesgo y de notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan después de la celebración del contrato y que impliquen su agravación o la variación de su identidad local. El criterio para determinar la agravación es el previsto en el artículo 1058: debe tratarse de hechos o circunstancias que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo habrían retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas. La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato.

235. La consecuencia prevista en el inciso cuarto del artículo 1060 del Código de Comercio, consistente en la terminación del contrato de seguro por la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo, no resulta aplicable a los seguros de cumplimiento constituidos a favor de entidades estatales, como el examinado en este proceso. La Subsección ha sostenido consistentemente que el incumplimiento de esa carga no determina la terminación del contrato de seguro. Por su pertinencia, se reiteran las consideraciones que sustentan esta conclusión:

“[P]or las razones ya comentadas, las consecuencias a las que alude el artículo 1060 en mención no pueden trasladarse automáticamente al contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades públicas, sino que su lectura debe hacerse en clave con la naturaleza de esta clase de seguro y con las normas de orden público que el legislador instituyó para la protección del erario que queda comprometido en el marco de los contratos estatales, lo cual significa que esta norma –como cualquier otra del derecho privado (art. 13 Ley 80 de 1993)– sólo podrá ser aplicada en lo que no contravenga la especialidad y finalidad que persigue la contratación de la administración y, de la mano con ello, en cuanto no se oponga a las normas que regulan con carácter especial algunos aspectos del seguro de cumplimiento a favor de tales entidades.

En ese contexto y en atención a que lo que impone la Ley 1150 de 2007 (antes el artículo 25.19 de la Ley 80 de 1993) con carácter imperativo es que las obligaciones derivadas del contrato estatal deben contar con una garantía que avale su cumplimiento, de donde claramente se deriva que deben estar vigentes por el mismo tiempo que permanezca el riesgo de su inobservancia –lo cual, a su vez, es concordante con las normas reglamentarias que desarrollan esta ley en este aspecto–, dable es concluir que se opone abiertamente a dicha norma de orden público el contenido de otras de derecho privado que admiten la posibilidad de que la vigencia de la póliza que se ha pactado en función de la del contrato amparado, pueda cesar en sus efectos de manera anticipada, bien sea por la decisión unilateral del asegurador o del tomador, o bien por una consecuencia legal (...).

En línea con ello, resulta ineludible destacar que el entendimiento aquí reseñado de ninguna manera pretende dejar a la aseguradora en una posición inequitativa de cara a la relación riesgo – prima que tuvo en cuenta al momento de celebrar el contrato, puesto que, si bien,



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

por las razones antedichas estará llamada a cubrir los perjuicios derivados de la materialización del siniestro –hasta el monto asegurado–, aun cuando no hubiere sido notificada oportunamente de la agravación del estado del riesgo, en tanto no opera la sanción de la terminación automática, lo cierto es que nada impide a la compañía aseguradora acudir a la vía judicial con el objeto de que se reconozca a su favor la compensación a que haya lugar, cuya causación, claro está, tendrá que ser acreditada por ella”¹²⁰.

²³⁶. La Sala también advierte que las conductas de la ADRES invocadas por las Aseguradoras —calificadas como incumplimientos de la entidad estatal que impedían imputar a la Unión Temporal el incumplimiento de sus obligaciones— no corresponden, en los términos en que fueron alegadas, a una hipótesis de variación o agravación del estado del riesgo. En estricto sentido, esas circunstancias incidirían en la configuración del siniestro, pues el amparo de cumplimiento cubría a la entidad de los perjuicios derivados del “*incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista*”. Además, una de las exclusiones pactadas era la “*causa extraña, esto es, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima*”¹²¹.

²³⁷. La eventual ocurrencia de conductas de la entidad estatal que impidieran imputar el incumplimiento al contratista estaba contemplada, en abstracto, en la delimitación inicial del riesgo, pues la cobertura se restringió al incumplimiento imputable y se excluyó la causa extraña. Esas conductas habrían impedido, entonces, la configuración del siniestro o dado lugar a la aplicación de la exclusión, en lugar de constituir una agravación del estado del riesgo y producir la terminación del contrato por el incumplimiento de la carga de notificarla. En todo caso, como se concluyó anteriormente, esas circunstancias no exoneraban de responsabilidad al contratista ni impedían imputarle los incumplimientos que motivaron la expedición de los actos demandados. Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

²³⁸. Finalmente, las Aseguradoras sostuvieron que las resoluciones demandadas eran nulas porque los perjuicios por los que se afectó el amparo de cumplimiento no eran directos ni —por tanto— indemnizables conforme al artículo 1616 del Código Civil.

²³⁹. La Sala concluyó que, mediante los actos administrativos demandados, la ADRES ejerció su derecho a exigir el pago de la pena pecuniaria. La entidad determinó inicialmente la cuantía de los perjuicios porque consideró que los causados por el incumplimiento superaban la estimación convencional, no porque hubiera declinado su derecho a exigir el pago de la pena. Al resolver los recursos de reposición, mantuvo ese mismo título jurídico y se limitó a fijar dentro del límite convencional la suma por la cual haría efectiva la cláusula penal.

¹²⁰ C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 62.324 (párrs. 34 a 48), feb. 05/2024, C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Tesis reiterada en: C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 70.576 (párr. 88), sept. 27 /2024, C.P. Fernando Alexi Pardo Flórez. C.E., Secc. Tercera, Sub. A, Sent. 70.848, mar. 13/2026 (párr. 103), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹²¹ SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.1. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento NB-100092042; Pág. 2; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.3. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento No. 100092042 - Liberty Seguros S.A.; pág. 4; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.5. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento No. SGPL-1150405-1 Zurich Colombia Seguros S.A.; pág. 7.



Expediente:	25000233600020220012201 (74.432)
Demandante:	HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado:	Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control:	Controversias contractuales

240. Como la ADRES ejerció su derecho a exigir el pago de la pena pecuniaria, no procede examinar individualmente si cada una de las partidas que integraron la suma por la cual la hizo efectiva correspondía a un perjuicio directo. Esa exigencia supondría desconocer que el acreedor de la pena no debe probar la existencia y cuantía de los perjuicios, carga de la que lo dispensa el artículo 1599 del Código Civil. Además, como el amparo de cumplimiento cubría *“el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria”*¹²², las Aseguradoras debían cubrir la suma por la cual se hizo efectiva la pena. Por estas razones, este cargo tampoco prospera.

Costas en primera instancia

241. Las Aseguradoras sostuvieron que la condena en costas por concepto de agencias en derecho no era procedente, porque la sentencia aún no se encontraba en firme y su imposición dependía del análisis del comportamiento procesal de las partes. Adujeron que el Tribunal omitió valorar si hubo temeridad o mala fe en su conducta. Por ello, solicitaron que se revocara la condena o, subsidiariamente, que se disminuyera el monto de las agencias en derecho por las mismas razones.

242. De conformidad con el artículo 188 del CPACA, la sentencia debe pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se rigen por las normas del CGP. El artículo 366 de este último código establece: *“las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior”*. Sin embargo, también prescribe que *“al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto (...) en las sentencias de ambas instancias”* (num. 2º) y que *“la liquidación incluirá (...) las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez”* (num. 3º).

243. Por ello, no resulta de recibo el planteamiento de las Aseguradoras. El Tribunal estaba habilitado para fijar agencias en derecho en la sentencia de primera instancia, aunque la liquidación de las costas —que se componen de las expensas y gastos, así como de las agencias en derecho— solo procediera una vez ejecutoriada la providencia correspondiente.

244. La imposición de costas no exige verificar una conducta temeraria, pues en el régimen vigente responde a un criterio objetivo. De ahí que el numeral 1 del artículo 365 del CGP establezca que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”*. Esta norma difiere de lo que establecía el artículo 171 del CCA, según el cual *“en todos los procesos, con excepción*

¹²² SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.1. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento NB-100092042; Pág. 1; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.3. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento No. 100092042 - Liberty Seguros S.A.; pág. 3; SAMAI; TA; Exp. Digital; in. 1; 1_REPARTOYRADICACION_00220220012200CO(.pdf) NroActua 1; Enlace; PRUEBAS DEMANDA ADRES V PROCEDIMIENTO; 3.5. Condiciones Generales de la Póliza de Cumplimiento No. SGPL-1150405-1 Zurich Colombia Seguros S.A.; pág. 5.



de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso”. En consecuencia, la Sala desestima la solicitud de revocar la condena en costas por concepto de agencias en derecho.

245. También se desestima la solicitud de reducir la cuantía de las agencias en derecho fijadas en la sentencia de primera instancia. Las Aseguradoras sustentaron esa petición en las mismas razones que ya fueron evaluadas sobre la ejecutoria del fallo y la ausencia de temeridad. En todo caso, esta solicitud es improcedente, pues el artículo 366.5 del CGP establece: *“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*. Por estas razones, la Sala desestima la solicitud de rebajar el monto señalado por el Tribunal.

Costas en segunda instancia

246. El artículo 361 del CGP establece que las costas *“están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del mismo código, en principio sería procedente condenar en costas de esta instancia a los demandantes, toda vez que se resuelven desfavorablemente los recursos de apelación que interpusieron. Sin embargo, esa regla debe leerse en concordancia con el numeral 8 de la misma disposición, conforme al cual *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

247. El criterio mayoritario de la Sala¹²³ es que, si no existe una actuación efectiva del apoderado de la parte que sería beneficiaria de las agencias en derecho en segunda instancia, estas no se causan. Por tanto, como en esta instancia no intervino la ADRES, no hay lugar a fijar suma alguna por ese concepto. Asimismo, dado que no se acreditó la causación de expensas u otros gastos procesales, no se condenará en costas a los demandantes en esta instancia.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹²³ Esta Subsección había considerado procedente condenar en costas por concepto de agencias en derecho aun cuando el apoderado de la parte beneficiaria no hubiera realizado actuación alguna en la respectiva instancia. Ese criterio se fundaba en que la designación de un abogado para ejercer la defensa judicial de sus intereses generaba agencias en derecho, incluso por la sola vigilancia del proceso, en atención a las responsabilidades derivadas del mandato conferido y aun cuando se tratara de apoderados vinculados a la planta de personal de la entidad. Sin embargo, dicho criterio fue modificado en la sentencia dictada dentro del radicado 73143. C.E., Sec. Tercera, Subsecc. A, Sent. 73.143, jun. 12/2026. En el voto disidente a ese proyecto, el ponente expresó las razones de su disenso con esa tesis y se remite a ellas en aras de la brevedad.



Expediente: 25000233600020220012201 (74.432)
Demandante: HAGGEN AUDIT S.A.S. y otros
Demandado: Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud
Medio de control: Controversias contractuales

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de marzo de 2026, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: Sin condena en costas por la segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**



VF