

RV: Proceso 2018-00276 (JL41) / Recurso de reposición y en subsidio apelación

Juzgado 41 Circuito Laboral - Bogotá - Bogotá D.C. <j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 22/08/2023 9:15

Para:Mauricio Fernando Garcia Rojas <mgarciaro@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Josue Daniel Martinez Camargo <jmartinec@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (370 KB)

Recurso de reposición y en subsidio apelación.pdf;

De: Wilson Ricardo Sanchez Pinzon <ricardo.sanchez@utfosyga2014.com>

Enviado: martes, 22 de agosto de 2023 8:13

Para: Juzgado 41 Circuito Laboral - Bogotá - Bogotá D.C. <j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Alejandro Diagama <notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co>; Notificaciones Judiciales <notificaciones.judiciales@adres.gov.co>; Notificaciones Judiciales <notificajudiciales@keralty.com>

Asunto: Proceso 2018-00276 (JL41) / Recurso de reposición y en subsidio apelación

Bogotá D.C., 22 de agosto de 2023

Doctor:

LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA

Juez (o quien haga sus veces)

Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá

j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Radicado	110013105012-2018-00276-00
Proceso:	Ordinario laboral del Primera Instancia
Demandante:	SANITAS EPS S.A.S
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO
ASUNTO:	RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN CONTRA AUTO DE FECHA 16 DE AGOSTO DE 2023 NOTIFICADO POR ESTADO No. 139 DEL 17 DE AGOSTO DE 2023.

WILSON RICARDO SÁNCHEZ PINZÓN, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial de las sociedades (i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSEDA S.A.S.), (ii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.** (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y (iii) el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S** (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.), que integraron la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, de manera atenta me dirijo al Despacho para presentar recurso de reposición y en

subsidio apelación en contra del auto de fecha 16 de agosto de 2023, notificado por estado del 17 del mismo mes y año, mediante el cual se negó el llamamiento en garantía formulado en contra de la ADRES.

De conformidad con lo preceptuado en la Ley 1123 del 13 de junio de 2022, se remite copia del presente correo junto con los archivos relacionados, a los correos electrónicos de notificaciones dispuestos por las partes del proceso.

Cordialmente,

WILSON RICARDO SÁNCHEZ PINZÓN

C.C. 80.774.050

T.P. 199.896 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., 22 de agosto de 2023

Doctor:

LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA

Juez (o quien haga sus veces)

Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá

j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Radicado	110013105012-2018-00276-00
Proceso:	Ordinario laboral del Primera Instancia
Demandante:	SANITAS EPS S.A.S
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO

**ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN
CONTRA AUTO DE FECHA 16 DE AGOSTO DE 2023
NOTIFICADO POR ESTADO No. 139 DEL 17 DE AGOSTO
DE 2023.**

WILSON RICARDO SÁNCHEZ PINZÓN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.774.050, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 199.896 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de las sociedades: i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** ii) **el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S** y iii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.**, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, en lo sucesivo **UTF2014**, me dirijo al Despacho, con el fin de interponer **recurso de reposición y en subsidio de apelación** contra el auto de fecha 16 de agosto de 2023, notificado por estado No. 139 del 17 del mismo mes y año, de conformidad con los artículos 63 y 65 del CPTSS, respectivamente, el cual sustentó en los siguientes términos:

1. EL AUTO QUE SE IMPUGNA:

1.1. Providencia proferida el 16 de agosto de la presente anualidad que negó el llamamiento en garantía realizado por las sociedades integrantes de la UTF2014 contra la ADRES, notificada por estado No. 139 del 17 de agosto de 2023.

2. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DE LOS RECURSOS:

2.1. El artículo 63 del Código de Procedimiento Laboral establece que el recurso de reposición procede contra los autos interlocutorios como sucede con la decisión que ahora se recurre pues reviste estas características en la medida que decidió una situación jurídica determinada, pues con esta se negó el llamamiento en garantía contra la ADRES efectuado por mis representadas.

2.2. Por su parte, el artículo 65 del Código de Procedimiento Laboral, señala que “Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

“1. **El que rechace la demanda o su reforma** y el que las dé por no contestadas.

2.2.1. Respecto de la figura del llamamiento en garantía, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico la misma constituye una modalidad **de demanda a la coparte**, la cual se utiliza en virtud del principio de economía procesal para resolver bajo un mismo proceso un asunto que podría ser objeto de diversos procesos.

En este sentido, el artículo 65 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, dispone:

“**ARTÍCULO 65. REQUISITOS DEL LLAMAMIENTO. La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables.**

El convocado podrá a su vez llamar en garantía." (Negrita y subraya fuera del texto)

En la medida que el llamamiento en garantía constituye una demanda a la coparte, y debido a que no existe norma expresa o especial que o regule, se debe acudir al citado artículo 82 del Código General del Proceso¹ que consagra los requisitos de la demanda.

2.2.2. Teniendo en cuenta que la decisión adoptada por el Despacho en el auto adiado 16 de agosto de 2023, consistente en negar el llamamiento en garantía formulado por mis representadas a la ADRES, deviene en el rechazo de la demanda de coparte, por lo que resulta procedente dar el trámite respectivo a los recursos de reposición y en subsidio apelación interpuestos contra la mencionada providencia.

2.3. Frente a la oportunidad y trámite, el recurso de reposición se debe interponer por escrito dentro de los 2 días siguientes a su notificación cuando se hiciera por estados.

Como quiera que, en el presente caso, el auto de fecha 16 de agosto de 2023, se notificó por estado No. 139 del 17 del mismo mes y año, nos encontramos en término para interponer los medios de impugnación señalados.

3. RAZONES QUE SUSTENTAN LOS RECURSOS:

3.1. En el auto que es objeto de recurso, el Despacho indicó que la Unión Temporal FOSYGA 2014, llamó en garantía a la ADRES bajo el argumento de la transferencia de derechos y obligaciones del antiguo FOSYGA a la ADRES y dispuso negarlo porque a su juicio, esa transferencia "*no constituye per se el derecho a exigir una indemnización por parte de la UT frente a la ADRES, sino que corresponde a un argumento de defensa de la Unión Temporal*".

3.2. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 65 del C.G.P, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT Y SS, el llamamiento en garantía constituye una demanda a la coparte, y debido a que no existe norma expresa o especial sobre esta figura procesal, es ineludible acudir por analogía al artículo 82 de la misma obra que consagra los requisitos de la demanda y sus anexos, de tal manera, el juicio de admisibilidad se circunscribe a determinar si a primera vista el escrito de llamamiento en garantía incluye los requisitos formales de la demanda según lo dispuesto en el artículo citado. Para el caso, en el auto no se observa un desarrollo argumentativo mediante el cual se haya efectuado dicho análisis.

3.3. Sí se realiza un estudio acucioso y estricto del escrito de llamamiento en garantía formulado por mis representadas a la ADRES, se puede evidenciar con claridad que su fundamento es legal y jurisprudencial así como contractual, lo cual, configura el requisito de la existencia de un derecho legal o contractual para formular el llamamiento en garantía, contrario a lo manifestado por el Despacho, al señalar que el fundamento del llamamiento en garantía se reduce a la transferencia de derechos y obligaciones del FOSYGA a la ADRES.

3.4. El llamamiento a la ADRES tiene una **fuerza de derecho legal, y otra de derecho contractual** que lo sustenta de conformidad con lo siguiente:

- De conformidad con la ley y el Contrato 043 de 2013, las solicitudes de recobros por servicios extraordinarios no contemplados en el Plan General de Beneficios del SGSSS (Recobros NO POS) deben financiarse con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS.

- Los recursos del SGSSS actualmente son administrados por la ADRES.

- En este sentido cualquier condena relacionada deberá ser asumida por la ADRES.

3.4.1. Con la creación de la ADRES como Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y debido a la respectiva escisión del FOSYGA y de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social como dependencia

¹ Auto del 14 de enero de 2020. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Expediente 66373. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

que lo administraba, el 1º de agosto de 2017, **el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, se subrogó a esa entidad en cumplimiento de lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 4º del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1º del Decreto 1264 de 2017.**

3.4.2. El 18 de julio de 2018, se celebró entre la **ADRES** y las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** contrato de transacción mediante el cual solucionaron las diferencias presentadas durante la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, y acordaron poner fin a todas y cada una de las diferencias, controversias, reclamos, sea cual fuere la naturaleza de ellos fundados en imputaciones efectuadas por la interventoría del Contrato 043 o por la ADRES, así como toda diferencia presente o futura que pudiera suscitarse en relación con la ejecución del contrato de consultoría en mención. Por su parte, la **ADRES** se obligó, entre otras, a (i) abstenerse de intentar, perseguir o coadyuvar cualquier procedimiento administrativo, acción o reclamación judicial o extrajudicial en contra de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** o cualquiera de las sociedades que la integran, tendientes a la demostración de incumplimientos contractuales o perjuicios relacionados de manera directa o indirecta con la ejecución del contrato 043.

3.4.3. Aunado a lo anterior, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, se encuentra liquidado desde el **30 de octubre de 2020**, debido a ello, se suscribió un acta de liquidación bilateral, con la cual "las Partes decidieron solucionar todas las diferencias que entre ellas existía o llegaren a existir respecto del estado de cumplimiento del Contrato 043 y su ejecución en general".

3.5. En suma, las partes decidieron dar efecto de cosa juzgada y mérito ejecutivo a lo acordado en el contrato de transacción y el acta de liquidación bilateral, por lo que **ADRES** debe sujetarse a lo transado, darle efectos al paz y salvo, que fue otorgado y sujetarse a las sumas acordadas y pagadas, conforme acuerdo de transacción, por las sociedades que integraron la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**.

Es por eso que, con el llamamiento en garantía que realizaron mis representadas a la ADRES, se pretende evitar la necesidad de adelantar un trámite judicial adicional, consistente en que sí se llegare a declarar que las sociedades que integran la Unión Temporal FOSYGA 2014 están obligadas al pago de una eventual condena, éstas tienen derecho a obtener de la ADRES el reembolso de lo pagado, dado (i) el origen de los recursos con los que se financian las reclamaciones por indemnización por muerte y gastos funerarios derivados de accidentes de tránsito y **(ii) los acuerdos suscritos con la ADRES que se derivan del contrato 043 de 2013.**

4. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS RECURSOS:

4.1. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA COMO DEMANDA DE COPARTE:

4.1.1. Como primer punto, es dable indicar al Despacho que la figura del llamamiento en garantía se encontraba estipulada en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, el cual establecía:

"(...) Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores."

Del contenido de la norma citada, se puede concluir que el llamamiento en garantía es procedente cuando entre la parte y el tercero citado existe una relación de garantía de origen legal o contractual, y tiene por objeto hacer valer, en el mismo proceso, esa relación que obliga a este último a indemnizar o restituir el valor de la eventual condena.

Esta figura, en palabras de la Corte Suprema de Justicia *"rinde tributo al principio de la economía procesal, puesto que se evita la necesidad de una nueva litis para ejercer el llamado derecho de regresión o de reversión, entre quien sufrió la condena y la persona legal o contractualmente obligada a correr con sus consecuencias patrimoniales"*²; es

² Sentencia de fecha 11 de mayo de 1976, proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. M.P. José María Esguerra Samper

decir, con la consagración de esta institución, el legislador buscaba desarrollar el principio de economía procesal, como uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema procesal.

En este mismo sentido, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, mediante decisión del 13 de abril de 2011, señaló:

*“Con el propósito de resolver la anterior cuestión, memorase que las figuras procesales en cita, constituyen, aquel mecanismo en virtud del cual, a las partes se les posibilita para vincular al proceso a quien eventualmente y en virtud de determinada relación jurídica sustancial, deba resarcir el perjuicio causado por el llamante; es decir, lo que se pretende con el llamamiento es ejercer respecto del llamado el derecho de reversión o repetición de forma anticipada, **sin que ello implique en manera alguna sustitución de partes o exoneración de las hipotéticas responsabilidades que pesen sobre el llamante.** De ahí que no pueda pensarse que este llamamiento genere “impunidad civil”, como lo señala el apoderado de la parte actora.*

*7. Aunque en principio pueda parecer extraño que una persona jurídica o natural pueda asumir en un mismo proceso posiciones que resultan distintas, esto es la de parte principal y la de tercero, tal situación se explica por las diferentes relaciones sustanciales que se presentan en este caso entre el demandante y el demandado y la de la parte llamante y el llamado, en relación con el contrato de encargo fiduciario, **pues una cosa es que se deba responder frente al demandante por la***

eventual condena que se le imponga en calidad de demandado y otra que se responda no como demandado sino como llamado en garantía frente a la condena que se le impuso al llamante en virtud de la relación existente entre

***aquellos (llamado y llamante), pues es perfectamente admisible en este caso que el demandado- llamado en garantía deba responder como demandado y no como llamante y viceversa. Por tanto, es posible que dentro del proceso se vincule a través del llamamiento en garantía a una persona que ya hace parte del proceso, como ocurre en el caso analizado, pues la relación sustancial que se tiene entre el demandante y las sociedades demandadas difiere** de la que tienen la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A, y el fideicomitente PROMOTORA CENTRO HISTORICO CARTAGENA DE INDIAS S.A, con respecto a la sociedad demandante RIENZA S.A.*

Nótese que asumir la posición del Juez A-quo, llevaría a que en caso de desvinculación del demandado respecto del cual se niega el llamamiento, verbigracia por un desistimiento, o bien porque las pretensiones no prosperen con respecto al mismo, liberaría de toda responsabilidad en el proceso a aquella parte frente a la sociedad llamante, dejando ahí si impune respecto de ella la responsabilidad, pues no contando con la posibilidad de vincularla sino en condición de parte y no como llamada en garantía, no habría ninguna posibilidad de acarrearle consecuencias jurídicas si eventualmente llegase a declararse la responsabilidad en cabeza del llamante en este proceso, pues en tal caso para que se haga efectiva la responsabilidad sería menester que se entablara otro proceso, circunstancia que riñe con el principio de economía procesal.

El aceptar entonces el llamamiento en garantía de la parte que se encuentra vinculada al proceso abre la posibilidad que en este mismo asunto no solo se decida sobre la relación jurídico sustancial entre demandantes y demandados planteada en la demanda, sino también y sobre la relación existente entre los demandados, haciendo en el mismo litigio uso del derecho de reversión que poseen los llamantes y que es el fundamento mismo del llamamiento en garantía (...).”

Es decir que, si bien en el Código de Procedimiento Civil no se contemplaba de manera literal la posibilidad de efectuar el llamamiento en garantía como una demanda de coparte, mediante jurisprudencia³ ya se habían realizado pronunciamientos respecto de

³ Auto de fecha 10 de julio de 2011 – Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se dispuso “ACEPTAR el LLAMAMIENTO EN GARANTÍA incoado por el demandado COLMÉDICA contra el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO”

la procedencia de dicha figura, en aras de garantizar el principio de economía procesal en el proceso judicial.

4.1.2. Ahora bien, en la actualidad, la figura del llamamiento en garantía se encuentra regulada en los artículos 64 al 68 del Código General del Proceso, normas en las que claramente se expone la viabilidad jurídica de llamar en garantía a un sujeto que a su vez actúa en calidad de demandado del mismo proceso, específicamente en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 66 del estatuto procesal, el cual señala:

“ARTÍCULO 66. TRÁMITE. (...)

“PARÁGRAFO. No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de alguna de las partes.” (Negrita y subraya fuera del texto)

En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que a través del llamamiento en garantía se trae al proceso una nueva relación que deberá ser objeto de discusión en él, y que es ajena a la relación sustancial principal que se está debatiendo. Se trata de una nueva pretensión que formula el llamante frente al llamado y tiene por objeto que se ordene la indemnización de perjuicios o el reembolso a cargo del llamado de los que éste tuviere que pagar a los demandantes, en caso de resultar condenado en la sentencia que defina de fondo el asunto. La existencia de esta relación sustancial entre llamante y llamado es la que justifica el llamamiento en garantía, pues de otra manera no podría resolverse dentro del mismo proceso.

En conclusión, el llamante y el llamado en garantía así sean codemandados son terceros entre sí, pues entre ellos no existe una relación jurídica común. La demanda dirigida contra ambos no tiene la virtud de vincularlos jurídicamente y crear entre ellos derechos y obligaciones recíprocas. Mediante el llamamiento en garantía, se involucra al proceso una pretensión entre llamante y llamado, en virtud de la cual, se pretende hacer efectiva una obligación de garantía o de reembolso consagrada en la ley o en el contrato. Los codemandados que eran terceros entre sí se vinculan procesalmente y entran a discutir la eventual existencia de la obligación de garantía.

4.2. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA QUE ADMITEN EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA ENTRE CODEMANDADOS:

4.2.1. Precedente Jurisprudencial:

4.2.1.1. En Colombia, la jurisprudencia de manera reiterada ha admitido el llamamiento en garantía entre codemandados. En este sentido, el Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

“Se aparta la Sala de las razones que llevaron al apoderado de la parte actora a recurrir el proveído del tribunal a-quo pues aunque en stricto sensu Leonel Antonio García Patiño y Gloria Cecilia Chica Chica por su condición de demandantes no son terceros en esta relación jurídica procesal, se someten por las eventualidades del pleito, a las múltiples relaciones que puedan existir, en punto del deber de indemnizar.

Resulta insuficiente desconocer las relaciones de naturaleza sustancial que puedan existir entre los demandantes y la sociedad llamada en garantía, en esto caso SAM, con el prurito de un riguroso examen formal. Basta observar que el llamamiento contribuye a solidificar las posiciones jurídicas de los distintos sujetos del proceso para que todo ello sea definido en una sola sentencia, es decir, la obligación legal o contractual de garantizar la indemnización de un perjuicio o el reembolso de un pago. En esto contribuye enormemente la explicación doctrinal del tratadista López Blanco cuando enseña:

Cuando hay lugar a indemnizar a causa de una acción u omisión generadora de responsabilidad civil extracontractual o contractual surgen dos relaciones jurídicas claramente determinadas... (Inst. de Derecho Procesal, pág. 228)”.

4.2.1.2. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 23 de septiembre de 2009, radicado: 19001-23-31-000-1995-03024-01(17483), sobre la procedencia del llamamiento en garantía indicó:

“El llamamiento en garantía procede cuando entre el llamado y llamante existe una relación de orden contractual o legal, de la cual surge la obligación a cargo de aquél, de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso⁴. En el mismo sentido se ha reiterado también que “la procedencia del llamamiento en garantía está supeditada a la existencia de un derecho legal o contractual que ampara a la persona frente al tercero a quien solicita sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación que tienen aquellos dos”.

4.2.1.3. La posibilidad de que quien sea parte en el proceso pueda comparecer también en calidad de llamado en garantía, se puede observar en el auto del 20 septiembre de 2017 del Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourt, Exp. 53391, Rad.: 730012333000201400128 01, decisión en la que se dijo:

“(…) 17. Así las cosas, es fundamental referir que en principio, la figura del llamamiento en garantía, por la naturaleza que le es propia, solo es procedente respecto de quienes en general son ajenos al proceso pero que se encuentran relacionados legal o contractualmente con una de las partes demandadas. Por ello, al ser una figura de vinculación de terceros, su suerte depende necesariamente de lo que ocurra con la parte en litigio pues se entrará a-evaluada obligación primero de responder por la eventual condena sí y solo sí, el extremo pasivo resulta condenado.

18. Luego, existiendo una condena contra la parte demandada en cuestión, y dependiendo de la modalidad del llamamiento en garantía por medio del cual se vinculó al tercero, esto es, por un contrato o por disposición legal, se deberá determinar si se cumplen los presupuestos para determinar la obligación —en todo o en parte—, que en principio habría correspondido a la parte en litigio.

19. Lo anterior no quiere decir que en ciertos eventos, aun cuando la parte hubiere sido demandada, se encuentra indemne frente a un llamamiento en garantía dentro de la misma causa, pues, dependiendo de la naturaleza del objeto en litigio las circunstancias

que lo enmarcan, podrían eventualmente concurrir ambas posiciones lo que depende, más que de la premisa abstracta derivada de la posibilidad de su vinculación, de la conexión de la conducta o posición de quien siendo demandado es llamado también en garantía respecto de hechos de la demanda, el daño y la relación contractual o legal entre la parte y el llamado.

20. De hecho, conviene referir que en la actualidad, no resulta extraordinario que una parte ya demandada pueda ostentar la calidad concomitante de llamada en garantía. En efecto, el actual estatuto procesal general, establece al respecto lo siguiente:

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

4.2.1.4. La Jurisdicción Ordinaria también ha emitido diversos pronunciamientos respecto a este tema, la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá señaló lo siguiente:

“Aunque en principio pueda parecer extraño que una persona jurídica o natural pueda asumir en un mismo proceso posiciones que resultan distintas, esto es la de parte principal y la de tercero, tal situación se explica por las diferentes relaciones sustanciales que se presentan en este caso entre el demandante y el demandado y la de la parte llamante y el llamado, en relación con el contrato de encargo fiduciario, pues una cosa es que se deba responder frente al demandante por la eventual condena que se le imponga en calidad de demandado y otra que se

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto 15871 de 1999

responda no como demandado sino como llamado en garantía frente a la condena que se le impuso al llamante en virtud de la relación existente entre aquellos (llamado y llamante), pues es perfectamente admisible en este caso que el demandado – llamado en garantía deba responder como demandado y no como llamante y viceversa.

(...)

Por tanto, es posible que dentro del proceso se vincule a través del llamamiento en garantía a una persona que ya hace parte del proceso, como ocurre en el caso analizado, pues la relación sustancial que se tiene entre el demandante y las sociedades demandadas difiere de la que tienen FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., y el fideicomitente PROMOTORA CENTRO HISTÓRICO CARTAGENA DE INDIAS S.A, con respecto a la sociedad demandante RIENZA S.A."

4.2.1.5. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil, a manera de ejemplo en la sentencia con Id. 630380, Radicación 13001-31-03-004-2000-00556-01, SC1304-2018, del 27 de abril de 2018, indicó:

"(...) No obstante, la doctrina había precisado que la figura de la denuncia de la litis (litis denuntiatio) era en realidad un llamamiento en garantía, "que comprende las obligaciones personales y los derechos reales", caso este último para el cual la Corte restringía la aplicación del precepto mencionado. En esa medida, en discrepancia con esa ya superada posición, en "los códigos que no distinguen estos dos conceptos, como el nuestro, pueden refundirse las dos nociones". Ya Chiovenda enseñaba que "además que, en caso de perder el pleito, le corresponda [al demandado] una acción de regreso contra un tercero, es dable denunciar la litis a este tercero para darle ocasión de intervenir y ayudarle en su defensa, y evitar la excepción de negligencia en la defensa en el juicio posterior". Y traía como ejemplos tanto el ya conocido del derecho romano (evicción) como otros dentro de los cuales está la llamada (o llamamiento) en garantía, tanto simple (caso del fiador demandado en el juicio por el acreedor y que llama al deudor principal) como formal en el que el llamante lo hace a quien le transmitió el derecho, como ocurre en el caso del comprador que convoca al vendedor en el juicio en torno a la propiedad de la cosa comprada. En el mismo sentido, enseñaba Ugo Rocco, que el llamamiento en garantía es una especie de intervención coactiva a instancia de parte que "se funda en el vínculo de garantía que une al tercero garantizador llamado en causa, con el garantizado, llamador en causa. Este vínculo implica la obligación de aquel de venir a prestar a este su defensa en juicio, y eventualmente a resarcir el daño. Aquí la intervención coactiva a instancia de parte se aplica únicamente en cuanto a la garantía".

De allí que, con miras a precisar que en este fenómeno podían caber todas aquellas situaciones en que existe una relación de garantía, proveniente de ley o de convención, que habilite al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena, se incluyeron en el Código de Procedimiento Civil dos normas –artículos 54 y 57- para abarcar un mismo fenómeno, que hoy en el Código General del Proceso, atendiendo a lo dicho, quedó en un solo precepto, en el que, además, figura la posibilidad de que un demandado llame en garantía a otro demandado, figura denominada demanda de coparte (art. 64)."

4.2.1.6. De igual forma, la Sala de Casación Civil, en Sentencia STC3113-2017, del 08 de marzo de 2017, M.P.: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, señaló sobre la procedencia de llamamiento en garantía de los codemandados, lo siguiente:

"(...) Contrario a lo aseverado en el escrito inicial, esta Corporación en la sentencia SC5885 de 6 de mayo de 2016 conceptuó que era admisible el "llamamiento en garantía" de una coparte, por cuanto:

"(...) El llamamiento en garantía (...) [p]ermite convocar en principio a una persona diferente a las partes inicialmente trabadas en la relación procesal (demandante y demandado), con fundamento en una relación sustancial (por ministerio de la ley) o por virtud de una relación contractual, existente entre el llamante y el llamado para que éste, responda de acuerdo a ese vínculo jurídico, de modo que el demandado llamante se libre de los eventuales efectos adversos que pueda acarrearle el litigio. Por tanto, es la relación material la que justifica trasladar los efectos adversos de la

sentencia de una parte participante en la disputa al ahora citado, razón por la cual se acerca procesalmente a la denuncia del pleito. Por supuesto, se le llama, por múltiples razones, entre ellas, por economía procesal y ante todo, para darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, en la pretensión de reembolso o "revérsica" que le formula la parte convocante. Pero también puede surtir, llamando a la coparte, como en éste caso".

"Estando definido que Liberty Seguros S.A., se vinculó inicialmente al juicio con ocasión del llamamiento en garantía que le hizo el accionado José Trinidad Torres Galvis y, luego con ocasión de la reforma del libelo en calidad de demandada a consecuencia de la acción directa promovida por la víctima y los demás. (...) A pesar del doble posicionamiento procesal de [esa sociedad] en la litis, demandada y llamada en garantía, el derecho de contradicción ejercitado como sujeto pasivo no beneficia ni perjudica la otra condición [llamada en garantía], es decir, el ejercicio del derecho de defensa es independiente y no se comunica, por

cuanto la actitud que debe adoptar en cada una de estas posiciones es distinta y disímil, no son semejantes (...)" (Se resalta).

4.2.1.7. Caso similar al que nos ocupa – Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y Seguridad Social:

-La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de fecha 3 de mayo de 2022, en un proceso promovido por la EPS SALUD TOTAL contra la ADRES, radicado 2016 00050 01, con ponencia del Magistrado LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, decidió **REVOCAR el auto** proferido por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, que negó el llamamiento en garantía efectuado por las integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 porque la ADRES ya se encontraba vinculada al proceso en calidad de demandada. Al respecto, el Tribunal señaló:

"El artículo 64 del Código General del Proceso contempla la figura del llamamiento en garantía, al cual se remite la Sala en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la cual establece:

"quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, podrá pedir en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación."

Al revisar dicha norma, se observa que no prescribe de manera expresa que sea una figura reservada únicamente para los terceros, pues, por el contrario, indica que el reembolso se puede exigir de "otro" siempre que se demuestre el derecho legal o contractual para exigirlo, de donde es posible establecer que el llamamiento en garantía puede predicarse tanto de terceros como de las partes ya involucradas en el litigio.

Lo anterior se infiere del inciso final del art. 66 de la misma codificación respecto del trámite del llamamiento en garantía así:

"PARÁGRAFO: No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento en garantía cuando el llamado actúe como parte o como representante de alguna de las partes."

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 11955 de 18 de julio de 2017 radicación 47618, concluyó que el juzgado accionado si había incurrido en un error protuberante que había resultado lesivo a las garantías superiores del tutelante, consistente en que había negado el llamamiento en garantía de la Empresa Buses Blanco y Negro S.A., bajo el argumento de que este resultaba incompatible con la condición de demandada de esta última y, por ello, ordenó al juez analizar el llamamiento en garantía solicitado.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC042 de 7 de febrero de 2022, donde rememoró la posibilidad de que un demandado llamara en garantía a otro demandado, figura denominada "demanda de coparte" conforme lo señaló la misma Corporación en sentencia SC 1304 del 27 de abril de 2018, Rad. 2000-00556-01 y en decisión SC5885

de 6 de mayo de 2016 en la que expuso que las defensas formuladas en cada escenario no se entremezclaban y son independientes, esto es, beneficiaban y perjudicaban solo a la relación donde fuera propuesta y allí señaló lo siguiente:

"En efecto, algunas características diferenciadoras pueden ser: i) como demandada, la réplica se hace frente a las pretensiones y hechos que formula el actor en la demanda respecto de prerrogativas que supuestamente le pertenecen, mientras que como llamada, la oposición se hará ante las súplicas y hechos presentados por el llamante, por lo general un demandado, para proteger o garantizar su patrimonio de la presunta condena que pueda ser objeto; ii) si es condenada en la primera posición [demandada] deberá responder por lo pedido o lo probado en el juicio, en cambio como llamada solo responderá en la medida que el llamante sea condenado y únicamente en la cantidad acordada en el contrato o aquella indicada en la ley [artículo 57 del Código Adjetivo];... iv) al proferirse el fallo se analizará de entrada la relación jurídico procesal entre demandante y demandado-llamante, en caso de este último salir condenado se entrará al estudio de la relación material entre llamante y llamado, contrario sensu el juez estará exento de abordarlo; v) la ejecución de la sentencia se promoverá contra el demandado nunca contra el llamado en garantía; vi) la indemnización del perjuicio o el reembolso se hará por el llamado al demandado, nunca al demandante..."

Así las cosas, considera la Sala que **no puede ser de recibo el argumento expuesto por la juez A-quo para negar el llamamiento en garantía solicitado, y como quiera que ya se indicó que sí resulta procedente que un demandado llame en garantía a otro demandado**, se analizará si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código General del Proceso para el llamamiento en garantía." (Negrilla fuera del texto original).

4.2.2. Doctrina Procesal:

Igualmente, **la más autorizada doctrina procesal se ha referido de forma expresa a la procedencia de llamamientos en garantía formulados a quien ya es parte en el proceso**. Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

4.2.2.1. Chiovenda se ha referido al asunto en los siguientes términos:

"Ya se entiende que un llamamiento en garantía es posible también en cuanto a una persona que se encuentra ya, por cualquier motivo, como parte en el pleito, en cuyo caso el llamamiento se propone mediante simple escrito (u oralmente, según la naturaleza del procedimiento)."

4.2.2.2. En el mismo sentido se expresa Miguel Enrique Rojas en su obra sobre el proceso civil colombiano:

"En los casos en que se configura un litisconsorcio, bien puede acontecer que por disposición legal o negocial uno de los litisconsortes tenga derecho a trasladar a otro las eventuales consecuencias adversas de la sentencia, a la manera de lo que ocurre con el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, por presentarse una situación material idéntica a las que abren la puerta a estas dos instituciones."

Es preciso reiterar entonces, que una de las modalidades del llamamiento en garantía es la denominada "demanda de coparte", la cual "busca que cuando existe litisconsorcio, en cualquiera de sus modalidades, se permita a uno o varios de los litisconsortes formular una demanda en contra de otro u otros de los que con él comparten la calidad de parte, para que, de acuerdo a lo que se resuelva acerca de las pretensiones de la demanda inicial, el juez cuando a ello hubiere lugar, deba pronunciarse acerca de la demanda que uno de los litisconsortes presenta contra otro u otro de ellos, originada o derivada de la misma relación jurídica que se debate en el inicial proceso (...)"⁵.

4.2.2.3. Sobre el particular, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco en su libro Código General del Proceso - Parte General⁶ señala:

⁵ Código General del Proceso – Parte General, Tomo 1, Dupré Editores, 2016, Página 378

⁶ Código General del Proceso – Parte General, Tomo 1, Dupré Editores, 2016, Páginas 374 a 377

“El artículo 64 del CGP permite hacer la citación en garantía para todos los casos en los que existe obligación legal o contractual de garantizar la indemnización de un perjuicio o el reembolso del pago que debiera efectuarse, para que, si hay necesidad de realizar el pago o indemnizar, se resuelva la relación jurídica existente entre garante y garantizado en el mismo proceso, lo que evidencia que el pronunciamiento que se realiza en la sentencia respecto de la relación jurídica existente entre demandante y demandado, caso de que su sentido afecte la que determinó el llamamiento, es lo que permite entrar a decidir respecto de la segunda.

Por ejemplo, es muy frecuente el caso de la persona que contrata un seguro que ampara las indemnizaciones que pueda deducírsele por su responsabilidad civil. Cuando hay lugar a indemnizar a causa de acción u omisión generadora de responsabilidad civil extracontractual o contractual, **surgen dos relaciones jurídicas claramente determinadas: la existente entre el asegurador y el asegurado de contenido netamente contractual y la que se presenta entre el asegurado y la persona perjudicada que puede tener cualquiera de los dos orígenes.**

(...)

Frente a esta situación se ve lo conveniente, en aras de la economía procesal, de **dirimir en actuación única las dos relaciones jurídicas, que de no existir la figura demandaría el adelantamiento de dos procesos declarativos.**

El llamamiento en garantía lo puede realizar tanto el demandante como el demandado, lo que se evidencia de la locución que emplea el art. 64 “podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla”, aun cuando en la casi totalidad de los eventos se efectúa por éste último, lo cual no significa como algunos lo han estimado, que únicamente sea el demandado el llamado a hacerlo.

Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de seguro que garantiza el pago de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de un contrato, perfectamente puede formularse la demanda en contra del contratante incumplido para que se declare el monto de los perjuicios y, junto con la demanda, llamar en garantía a la aseguradora para que se obligue a la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, pues de no existir esa posibilidad, **sería necesario esperar el resultado del proceso para luego demandar a la aseguradora, que es la actuación que, precisamente, y en desarrollo del principio de la economía procesal, se quiere evitar.**

Se tiene así que la posibilidad de llamar en garantía, que es siempre opcional, se da respecto de cualquiera de las partes y es por eso que la disposición es muy clara en permitirlo para el demandado dentro del término de contestación de la demanda, presentando en contra del llamado una demanda con tal fin y para el demandante presentado otra demanda junto con el escrito de demanda, pues no se puede perder de vista que el art. 65 del CGP dispone que “La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables.”, con lo que se establece que la forma determinada por ley para llamar en garantía es por medio de otra demanda que debe reunir todos los requisitos previstos en los artículos 82 y 83 del CGP, que queda sometida a todas las vicisitudes predicables de dicho escrito tales como inadmisión, rechazo y reforma.

(...)

Como se expresó antes, las relaciones jurídicas que ligan a demandante con demandado son diferentes de las que unen a llamante con llamado y es por eso que se explica que no necesariamente siempre que el demandado llamante sea condenado, o el demandante llamante obtenga fallo en su favor, fatalmente el llamado en garantía está obligado a indemnizar o reembolsar, debido a que perfectamente puede acontecer que no surja obligación alguna a su cargo.

(...)

A más de los ejemplos del contrato de seguro o de las garantías bancarias, son múltiples los casos en que puede hacerse el llamamiento en garantía. Entre ellos merece citarse los casos de responsabilidad civil indirecta y los de la solidaridad en que se demanda a uno de los deudores y éste pide que se cite a los otros deudores,

para que se resuelva qué obligaciones tienen entre sí los deudores solidarios, o cuando se demanda a todos los deudores solidarios y alguno de ellos igualmente pide que en el mismo proceso se decida lo concerniente a sus relaciones internas, aspecto que se recoge en el parágrafo del art. 66 del CGP al indicar que “No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de algunas de las partes” **disposición que erradica toda duda acerca de que se involucra dentro del estatuto procesal y bajo la modalidad de llamamiento en garantía, lo que se conoce como “demanda de coparte”**”. (Negrita y subraya fuera del texto)

Tal como se puede apreciar de lo anteriormente enunciado, **es viable y completamente procedente que un mismo proceso una parte tenga dos condiciones, esto es, la de demandado y la de llamado en garantía, como quiera que las situaciones de demandado y llamado derivan de diferente fundamento**, motivo por el cual el enfoque de juzgamiento es distinto, y esto ha sido admitido por nuestros más altos tribunales de justicia, así como por los más autorizados tratadistas en la materia.

En el caso que nos ocupa nada impide que la ADRES tenga la condición de demandado y a su vez la de llamada en garantía, pues se advierte que se trata de dos relaciones diferentes, una la relación que existe entre la ADRES y la EPS recobrante, y otra la relación contractual que existió entre el Ministerio de Salud y Protección Social, ahora representado por la ADRES, y las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014.

4.3. LA FINALIDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: ECONOMÍA PROCESAL:

La figura procesal del llamamiento en garantía bajo la modalidad de demanda de coparte consagrada en nuestro ordenamiento jurídico procesal tiene como finalidad que por economía y celeridad procesal en una misma litis se tramiten y resuelvan diversas controversias, que pudieron haberse encaminado en procesos separados, trayendo como consecuencia un desgaste judicial innecesario, y la alta probabilidad que se profieran sentencias contradictorias.

El principio de economía procesal debe orientar la labor interpretativa del Juez, quien en este evento debe permitir que en el mismo proceso se discuta la existencia y alcance de dos relaciones jurídicas: de una parte la existencia o no de la obligación de pago a favor de la demandante y de la otra, la existencia y alcance de la relación que habilita a **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S. – SERVIS S.A.S. y GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. – GRUPO ASD S.A.S** a obtener el reembolso por parte de la ADRES de lo que llegare a pagar con ocasión de una eventual condena.

Con el llamamiento en garantía formulado por mis representadas, se pretende evitar la necesidad de adelantar un trámite judicial adicional, consistente en que sí se llegare a declarar que las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 están obligadas al pago de una eventual condena, éstas tiene derecho a obtener de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES el reembolso de lo pagado, dado el origen de los recursos con los que se financia las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios.

4.4. DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A TRAVÉS DE LOS CUALES SE FINANCIAN LAS PRESTACIONES NO INCLUIDAS EN LOS PLANES DE BENEFICIOS- PBS:

El entonces Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA fue creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993⁷, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, la cual se manejaría a través de encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. En virtud de lo previsto en el Decreto 1283 de 1996⁸, compilado por el Decreto 780 de 2016⁹, la dirección y control integral del entonces FOSYGA estuvo a cargo de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.

⁷ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁸ “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

⁹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

La capacidad para contratar y comprometer el gasto del presupuesto del entonces FOSYGA estaba a cargo del referido ente Ministerial. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social como administrador del FOSYGA, requería contratar una firma especializada a fin de que desarrollara las labores de auditoría en salud, jurídica y financiera a los recobros NO POS y a las reclamaciones ECAT, para tal efecto, mediante la Resolución No. 7054 de 2013, ordenó la apertura del concurso de méritos abierto CMA-DAFPS No. 001 de 2013.

Mediante la Resolución No. 7941 del 29 de noviembre de 2013, se adjudicó el concurso de mérito abierto No. CMA-DAFPS-001 de 2013 a la Unión Temporal FOSYGA 2014, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.).

El 10 de diciembre de 2013 se suscribió el Contrato de Consultoría No. 043, entre la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014, cuyo objeto principal era realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera las solicitudes de recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las Subcuentas correspondientes del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, razón por la cual, el 16 de diciembre de 2013, se suscribió el acta de inicio del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

Ahora bien, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015¹⁰ y el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016¹¹ modificado por el artículo 1º del Decreto 546 de 2017¹², desde el 1 de agosto de 2017, **entró en operación la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-** como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, **entidad encargada de administrar los recursos que hacían parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA**, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financian el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recaudan como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Razón por la cual, mediante Circular No. 001 del 31 de Julio de 2017, expedida por el Viceministerio de la Protección Social, se precisó que en virtud de la entrada en funcionamiento de la ADRES, a partir del 1º de agosto de 2017 se suprimió el FOSYGA y en consecuencia también la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social (DAFPS) de dicho Ministerio.

En este sentido, el artículo 31 del Decreto 1429 de 2017¹³, dispuso que **“A partir de la fecha en la cual la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, asuma la administración de los recursos del sistema, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá a nombre de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.”** (Negrita y subraya fuera del texto)

En cuanto a la transferencia de derechos y obligaciones **el artículo 27 del Decreto 1429 de 2017**, señaló que todos los derechos y obligaciones que hubieren sido adquiridos por la Dirección Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio Salud y Protección Social con ocasión de la administración los recursos del Fondo de Solidaridad y FOSYGA y del Fondo de Salvamento y Garantías para el Salud FONSAET, **serían transferidos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, es decir, que los derechos y obligaciones a cargo del FOSYGA pasaron a la ADRES.**

¹⁰ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

¹¹ “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y se dictan otras disposiciones”

¹² “Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016”

Por esta razón, el 1 de agosto de 2017, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, **fue subrogado a la ADRES** en cumplimiento de lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 4º del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1º del Decreto 1264 de 2017.

En este sentido, es preciso advertir que los recursos con los que se financian los recobros por servicios NO PBS son con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluso en el numeral 1º de las consideraciones del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 se señala: "Que de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, **las solicitudes de recobros por servicios extraordinarios no contemplados en el Plan General de Beneficios del SGSSS (Recobros NO POS)** y las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (Reclamaciones ECAT), **deben reconocerse y cancelarse con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga.**" (Negrita y subraya fuera del texto)

4.5. RESPONSABILIDAD DE LA ADRES POR SER LA OBLIGADA LEGAL Y JURISPRUDENCIALMENTE A PAGAR LAS PRESTACIONES NO INCLUIDAS EN LOS PLANES DE BENEFICIOS:

El artículo 49 de la Constitución Nacional, prevé:

"ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. (...)"

Resulta indispensable manifestar que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud o en los planes de beneficios ha sido claramente definida en las normas que regulan el trámite de los recobros y la jurisprudencia constitucional (c/ji- Sentencias SU- 480 de 1997 y T-760 de 2008). A continuación, se enlistan y transcriben apartes de algunas de ellas:

-Resolución 2948 de 2003: "Por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el FOSYGA de medicamentos o incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico"

-Resolución 3797 de 2004: "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela"

-Resolución 2933 de 2006: "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela"

-Resolución 3099 de 2008: “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”

-Resolución 458 de 2013: “Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones”

-Resolución 5395 de 2013: “Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones”

-Acuerdo Número 376 de 2007: “Por el cual se aprueba el Presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA para la vigencia fiscal 2008 y se dictan otras disposiciones

“(…) Fallos de Tutela y cobros por medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Los pagos por fallos de tutela deberán ceñirse a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en particular a lo definido en el artículo 176 del citado código. El pago de cobros por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, deberá efectuarse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos No. 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social o las normas que los adicionen o modifiquen. (...)”

-Decreto 1281 de 2002: “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”: Artículo 13. Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA”.

-Decreto Ley 019 de 2012: **“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”**. Artículo 111. Término para Efectuar cualquier tipo de Cobro o Reclamación con Cargo a Recursos del FOSYGA.”

-Decreto Número 4474 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA”

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

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

- Decreto 4023 de 2011 “Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

“Artículo 4: Utilización de los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo. Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, se destinará para la

constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. El Ministerio de la Protección Social definirá el porcentaje aplicable.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) Estos recursos se destinarán a:

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

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

-Sentencia T-760-2008:

"(...) 4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No

obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el FOSYGA el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...)"

"(...) La Corte ha afirmado que "los servicios de salud que se deba continuar prestando pueden estar o no incluidos en los Planes Obligatorios (POS y POSS). Para la Corte, si tales servicios (i) se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS, o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado) la encargada de continuar con su suministro, **con cargo a recursos del FOSYGA**, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (EPS, ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor) y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos."(...)

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

-Sentencia C-463-2008:

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

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

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

-Sentencia C-316-2008:

"(...) la Corte Constitucional ha desarrollado una importante doctrina constitucional, señalando que procede la acción de tutela contra la EPS que ha negado los respectivos tratamientos o medicamentos, a fin de que sea obligada a suministrarlos. Ha señalado igualmente la mencionada doctrina, que, en tales

eventos, por estar **los respectivos medicamentos o tratamientos excluidos del plan de beneficios, las EPS tienen acción contra el Fondo de Solidaridad y garantía - FOSYGA- con la finalidad de que les sea reconocido por el mencionado fondo los costos respectivos**, toda vez que no están las EPS obligadas a asumir costos adicionales a los que corresponden a los tratamientos y medicamentos incluidos en el plan de beneficios (...)"

-Sentencia C- 607 de 2012:

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

7.1. Recursos del sistema

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

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

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

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

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

Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, **pertenecen al Estado**, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa" [29], por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. **Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado."**

De acuerdo con el contexto normativo y jurisprudencial antes enunciado, la obligación de pago de los recobros estuvo radicada legalmente en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social como entidad ordenadora del gasto del FOSYGA y actualmente con ocasión de la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, es a dicha entidad a quien le corresponde cubrir las prestaciones no incluidas en el plan obligatorio de salud o en los planes de beneficios.

En ese orden de ideas, ante una remota condena en contra de los intereses de mi representadas, es la ADRES quien debe asumir el pago por ser la obligada legal y jurisprudencialmente a asumir el pago de los recobros con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Una decisión en contrario impondría una carga a particulares que no les corresponde e inclusive, propiciaría la figura de un enriquecimiento sin justa causa frente a mis representadas, por cuanto no existe disposición legal o contractual que las obligue a responder con su peculio por

prestaciones que deben ser asumidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Según el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros por servicios NO PBS efectuada por la Unión Temporal FOSYGA 2014 fue un mecanismo previo para definir sobre el reconocimiento de éstas, las cuales, **en etapa posterior, se pagan con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si se cumplía con el lleno de requisitos de la normatividad vigente.**

Dicho de otro modo, la Unión Temporal era tan solo un contratista del Ministerio, hoy representado por la ADRES, cuya labor se circunscribía a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, y no les corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo su propio patrimonio.

Sobre el tema, la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker, en sentencia del 24 de abril de 2018, precisó que los recobros presentados por las Entidades Promotoras de Salud ante el Ministerio de Salud y Protección no deben ser pagados por las entidades encargadas de realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS de la siguiente forma:

*“De otra parte, en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios;** y en este caso, no hay lugar a la solidaridad mencionada en el fallo de primer grado por cuanto la condena no obedeció a una causa imputable a las demandadas, por el contrario la Unión Temporal actuó en consonancia con las normas legales al momento de auditar las cuentas de cobro, glosándolas por extemporaneidad, tal como se explicó en precedencia, de modo pues que actuó en cumplimiento de un deber legal lo que rompe con cualquier nexo de causalidad frente a un posible daño que haya sufrido la EPS demandada, en la medida que la falta de pago de los recobros ocurrió por su culpa exclusiva, esto es, no haberlos efectuado dentro de los 6 meses como lo prescriben las normas antes anotadas. De esta manera, habrá de exonerarse de la condena impuesta, a dicha Unión Temporal en su calidad de auditor y como consecuencia de ellos, por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento alguna frente al llamamiento en garantía que esta entidad provocó en el proceso.”(…)”¹⁴ (Negrita fuera del texto original)*

En similar sentido, se pronunció esa misma Corporación en sentencia de 16 de abril de 2018¹⁵, mediante la cual modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, al señalar lo siguiente:

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

Se reitera, las funciones de aquellas sólo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según se desprende de los contratos

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte. Radicado: 11001-31-05-000-2018-00027-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 16 de abril de 2018.

de fiducia, el radicar y tramitar los documentos soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones que impartiere el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación del FOSYGA y ello resalta la Sala solo, indica que apoyan o asesoran a la demandada en cuenta (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

Por lo anterior, se modificará la decisión tomada por la Superintendencia en el sentido de declarar que no existe solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo Fosyga y el Ministerio de Salud."

Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá proferidos al respecto, fundamentos que fueron reiterados en la Sentencia J- 2015- 0367 proferida el 20 de diciembre de 2018 y en su tenor literal señaló:

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

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

4.6. CONTRATO DE TRANSACCIÓN:

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

De esta manera, las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, conforme cláusula 2.1. del contrato de transacción señalado, cancelaron a la **ADRES** la suma de **DIEZ MIL NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$10.901.458.745)**. Suma que fue pagada conforme se estipuló en las cláusulas 2.2 y siguientes del contrato de transacción y documentos que anexo a la presente contestación.

Por su parte la **ADRES** se obligó, entre otras, a (i) Terminar sin sanción contractual alguna todos y cada uno de los procedimientos administrativos contractuales tendientes a la determinación de presuntos incumplimientos del contrato 043 por parte de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** y relacionados con paquetes de recobros(ii) abstenerse de

intentar, perseguir o coadyuvar cualquier procedimiento administrativo, acción o reclamación judicial o extrajudicial en contra de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** o cualquiera de las sociedades que la integran, tendientes a la demostración de incumplimientos contractuales o perjuicios relacionados de manera directa o indirecta con la ejecución del contrato 043.

La transacción, expone la intención de ADRES y la Unión Temporal Fosyga 2014, de dar por terminado cualquier litigio presente y futuro, incluido el presente, en este caso se suscribió por parte fue suscrita de parte de la ADRES por el Dr. Carlos Mario Ramírez Ramírez en calidad de Director y por el Dr. Jorge E. Cote Veloza en calidad de representante legal, expresando la voluntad expresa de sus representadas, ante lo cual es claro que existe capacidad legal por quienes suscribieron la documento, ausencia de vicios de consentimiento.

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

- Objeto y causa lícita, como se desprende del objeto del contrato 043 de 2013 y de su correspondiente transacción el 18 de julio de 2018, así como concesiones recíprocas.

4.7. ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO 043 DE 2013, INCORPORA TRANSACCIÓN Y DECLARATORIA DE PAZ Y SALVO:

El Contrato de Consultoría 043 de 2013 se liquidó de forma bilateral, según consta en el Acta suscrita por las partes el **30 de octubre de 2020**, donde se determinó:

“ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No 043 DE 2013 CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL/ADRES Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014” con la cual “las Partes decidieron solucionar todas las diferencias que entre ellas existía o llegaren a existir respecto del estado de cumplimiento del Contrato 043 y su ejecución en general.” Consta en el acta en mención, que las partes acordaron y manifestaron principalmente lo siguiente:

- Liquidar bilateralmente y sin salvedades el Contrato, conforme se determinó en contrato de transacción del 18 de julio de 2018.
- Las partes se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto derivado del Contrato.

Es relevante considerar que la liquidación bilateral del contrato de consultoría 0043 de 2013 se suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, mucho tiempo después de la celebración de la transacción, de manera que en esta nueva oportunidad ninguna de las partes estipuló o manifestó, expresamente, salvedades, desacuerdos o constancias de reclamación de manera precisa y particular. Si se revisa el contenido del acta de liquidación en comento, se puede observar que ni en su contenido ni en documento anexo o adjunto se dejó salvedad precisa o específica por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y/o ADRES -más allá de una simple remisión general a lo convenido en la transacción en cuyo contenido ninguna salvedad se dejó expresamente-.

Así las cosas, la suscripción del Acta de liquidación bilateral constituye una transacción, y por ende, tiene como efectos jurídicos el tránsito a cosa juzgada, atendiendo lo previsto en el artículo 2483 del Código Civil.

5. PETICIÓN:

Por las razones y consideraciones expuestas, solicito respetuosamente:

5.1. REPONER parcialmente el auto de fecha 16 de agosto de 2023 y en consecuencia:

- (i) Admitir el llamamiento en garantía formulado por mis representadas contra la ADRES

5.2. En su defecto, **SE CONCEDA** el recurso de apelación.

5.3. Como consecuencia de lo anterior, **SE REVOQUE** la providencia impugnada y se acceda a las peticiones antes señaladas.

6. PRUEBAS:

Solicito al Despacho que se tengan como pruebas los documentos que a continuación se relacionan, los cuales por su peso son remitidos a través del hipervínculo: [PRUEBAS RECURSOS vs AUTO NIEGA LLAMAMIENTO](#)

6.1. Carpeta denominada **CONTRATO 043 DE 2013** en la que se encuentran los siguientes documentos:

- 6.1.1.** Copia del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- 6.1.2.** Copia del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 043 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- 6.1.3.** Copia del documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- 6.1.4.** Copia de la modificación al documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- 6.1.5.** Pólizas del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
- 6.1.6.** Anexos del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013:
 - 6.1.6.1.** Anexo técnico
 - 6.1.6.2.** Resolución 7941 de 2013
- 6.1.7.** Otrosí de apropiación de recursos al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
- 6.1.8.** Prórroga No. 1 y Otrosí modificadorio No. 2 al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
- 6.1.9.** CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y ANEXOS.
- 6.1.10.** Copia del Acta de liquidación bilateral del Contrato N° 043 de 2013

7. NOTIFICACIONES:

De conformidad con lo preceptuado en el Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

7.1. DEMANDANTE PRINCIPAL: SANITAS EPS S.A.S:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificajudiciales@keralty.com

7.2. DEMANDADO Y LLAMADO EN GARANTÍA- ADRES:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificaciones.judiciales@adres.gov.co

7.3. DEMANDADA – LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co

En lo que se refiere a las **sociedades integrantes** de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, informo que recibirán notificaciones en las siguientes direcciones:

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

- Domicilio y notificaciones: Calle 29 Norte # 6ª-40- Santiago de Cali.
- Correo electrónico: impuesto.carvajal@carvajal.com

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

- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07-Bogotá D.C.
- Correo electrónico: clizarazo@grupoasd.com

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

- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Correo electrónico: clizarazo@grupoasd.com

7.7. APODERADO DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UTF2014:

- Wilson Ricardo Sánchez Pinzón
- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Correo electrónico: ricardo.sanchez@utfosyga2014.com
- Celular: 3114432166

Cordialmente,



WILSON RICARDO SÁNCHEZ PINZÓN
C.C. 80.774.050
T.P. 199.896 del C.S. de la J.