

RV: Proceso: 11001310501920180047500 Recurso de Reposición y en Subsidio Apelación

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

Vie 31/03/2023 11:55

Para: Mauricio Fernando Garcia Rojas <mgarciaro@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Jorge Augusto Gomez Herrera <jgomezhe@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (323 KB)

2018-00475- Recurso de reposición en sub apelación.pdf;

De: Martha Maldonado <martha.maldonado@utfosyga2014.com>**Enviado:** viernes, 31 de marzo de 2023 10:47**Para:** Juzgado 41 Circuito Laboral - Bogotá - Bogotá D.C. <j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** notificaciones.judiciales@adres.gov.co <notificaciones.judiciales@adres.gov.co>; Notificaciones Judiciales <notificajudiciales@keralty.com>; notificaciones.co@zurich.com <notificaciones.co@zurich.com>**Asunto:** Proceso: 11001310501920180047500 Recurso de Reposición y en Subsidio Apelación

Bogotá D.C., 31 de Marzo de 2023

Doctor

LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA

Juez (o quién haga sus veces)

JUZGADO 41 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁj41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Proceso:	11001310501920180047500
Demandante:	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S
Demandado:	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y OTRO

MARTHA LUCÍA MALDONADO MURILLO, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.053.333.369, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional N° 234.263 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSENDA 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, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, de manera atenta me dirijo a ese Honorable Despacho con el fin de interponer recurso de REPOSICIÓN y en subsidio APELACIÓN en contra del auto proferido el 28 de marzo de 2023, notificado por estado el 29 del mismo mes y año, por medio del cual se negó el llamamiento en garantía presentado por mis

representadas respecto de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, encontrándome en término para interponer el medio impugnatorio señalado.

Cordialmente,

MARTHA LUCÍA MALDONADO MURILLO

CC. 1.053.333.369

TP. 234.263 del C. S. de la Judicatura

Bogotá D.C. 31 de marzo de 2023

Doctor
LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA
Juez (o quién haga sus veces)
JUZGADO 41 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Ciudad

Referencia:

Proceso:	11001310501920180047500
Demandante:	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S
Demandado:	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES y OTRO

ASUNTO: Recurso de reposición y en subsidio apelación frente al auto de fecha 28 de marzo de 2023, notificado por estado el 29 del mismo mes y año, a través del cual, se negó el llamamiento en garantía formulado por mis representadas respecto de la ADRES.

MARTHA LUCÍA MALDONADO MURILLO, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.053.333.369, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional N° 234.263 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSENDA 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, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, de manera atenta me dirijo a ese Honorable Despacho con el fin de interponer recurso de REPOSICIÓN y en subsidio APELACIÓN en contra del auto proferido el 28 de marzo de 2023, notificado en Estado No. 54 del 29 de marzo de 2023, por medio del cual se negó el llamamiento en garantía impetrado por mis representadas respecto de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

1. OPORTUNIDAD PROCESAL Y PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS

De conformidad con el artículo 63 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el **recurso de reposición** procede contra los autos interlocutorios y se debe interponer dentro de los 2 días siguientes a su notificación cuando se hiciere por estados, como quiera que en el presente caso, se trata de un auto de esas características pues se inadmitió el llamamiento en garantía formulado por mis representadas frente a la ADRES y al ser notificado en estados del día 29 de marzo de 2023, nos encontramos en término para interponer el medio impugnatorio señalado.

Por su parte, 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 Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, 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 sobre esta figura, debemos acudir ineludiblemente por analogía a la norma que consagra los requisitos de la demanda y anexos de la misma, que para los asuntos laborales es la contenida en los artículos 25 al 27 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ahora bien, el numeral 1º artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece:

"ARTICULO 65. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN. 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 contestada. (...)"* (Negrita y Subraya fuera del texto)

En este sentido, teniendo en cuenta que mediante auto de fecha 28 de marzo de 2023 notificado por estados el día 29 de marzo de 2023, se dispuso no aceptar el llamamiento en garantía formulado por mis representadas respecto de la ADRES, decisión que deviene en el rechazo de la demanda de coparte, resulta procedente dar el trámite respectivo al recurso de apelación interpuesto contra la mencionada providencia.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO

2.1. DE LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA COMO DEMANDA DE COPARTE:

Como primer punto, es dable indicar al Despacho que la figura del llamamiento en garantía se encuentra estipulada en los artículos 64 al 68 del Código General del Proceso. El primero de estos 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, 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 del texto)

Del contenido de la norma citada, se puede concluir que el llamamiento en garantía es procedente con la simple afirmación de asegurar tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, 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"*¹; es 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

¹ 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

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 jurisprudencia² ya se habían realizado pronunciamientos respecto de la procedencia de dicha figura, en aras de garantizar el principio de economía procesal en el proceso judicial.

Ahora bien, en el artículo 66 del CGP 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 de la norma ibidem, 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)

² 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”

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 pagarle 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 virtud de lo expuesto, 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.

En concordancia con lo anterior, **el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Tercera Laboral, mediante decisión del 03 de mayo de 2022,** proferida en el proceso 2016-00050, similar al caso que acá nos ocupa, señaló:

“(…) 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.

Solicita que en caso de acogerse las pretensiones de la demanda se condene a la llamada en garantía ADRES a reembolsar a CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.; SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.; el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S. integrantes de la UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 lo que tuvieran que pagar así como las costas y agencias en derecho, toda vez que la obligación de pago de los recobros NO POS se encuentra legal y jurisprudencialmente prevista con cargo a los recursos del otrora FOSYGA actualmente ADRES y no en un tercero de carácter privado como lo es la UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 y las temporales que la conforman.

Al efecto, **en las pruebas aportadas con el llamamiento en garantía como son las obligaciones contenidas en el contrato de consultoría 043 de 2013 se dan los presupuestos para el llamamiento en garantía contenidos en el artículo 64 del Código General del Proceso al que se remite por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,** y en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia y aceptar el llamamiento en garantía. (...)”³ (Subraya y negrita fuera del texto original)

En conclusión, con las pruebas aportadas por mis representadas con el llamamiento en garantía efectuado respecto de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social em Salud-ADRES y las obligaciones contenidas en el contrato de consultoría No. 043 de 2013, se dan los presupuestos para efectuar el llamamiento en garantía y por ende su admisibilidad, como acertadamente lo expuso el Tribunal en la providencia referida en precedencia.

2.1.1. 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

³ Proceso No. 11001310500620160005001, Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá. Demandante Salud Total EPS, Demandado: ADRES y otros.

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 integran 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.**

2.2. 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 EN SALUD- PBS

Es preciso informar que el entonces Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA fue creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993⁴, 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 1996⁵, compilado por el Decreto 780 de 2016⁶, 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.

Así mismo, 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. Mediante la Resolución No. 7054 de 2013, se 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., y el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S.

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 2015⁷ y el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016⁸ modificado por el artículo 1º del Decreto 546 de 2017⁹, 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

⁴ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

⁵ "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud"

⁶ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

⁷ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

⁸ "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"

⁹ "Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016"

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 2017¹⁰, 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.

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 extraordinarios no incluidos en el plan obligatorio de salud o planes de beneficios y las reclamaciones ECAT 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)

Por estas razones, es claro entonces que **NO** existe estipulación normativa o contractual que establezca la obligación por parte de terceros **de asumir el pago de prestaciones o tecnologías NO POS y las reclamaciones ECAT con recursos diferentes a los del entonces FOSYGA o del Sistema General de Seguridad Social en Salud hoy administrados por la ADRES.** Por el contrario, la normatividad que regula la materia y en la jurisprudencia de las altas cortes se indica que estas deben ser financiadas con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.3. RESPONSABILIDAD DE LA ADRES POR SER LA OBLIGADA LEGAL, CONTRACTUAL 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 (cji-. 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 recobros por medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Los pagos por fallos de tutela deberán ceñirse a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en particular a lo definido en el artículo 176 del citado código. El pago de recobros por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, deberá efectuarse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos No. 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social o las normas que los adicionen o modifiquen. (...)"

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

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

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

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

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

- Decreto 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 4° del Decreto 4023 de 2011).

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

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

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

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

(...) Estos recursos se destinarán a:

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

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

-Sentencia T-760-2008:

“(...) 4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el FOSYGA el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...)”

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

“(...) Se advierte que los reembolsos al FOSYGA únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. (...)” (Subraya y negrilla 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.”**

Por otro lado, en la consideración 1º del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, subrogado¹¹ desde el 1º de agosto de 2017 a la ADRES, se dispuso: “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.**” (Negrilla fuera de texto original).

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 No. 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro efectuadas por la Unión Temporal, es un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos, los cuales, en etapa posterior, se pagan con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, si se cumple el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

Dicho de otro modo, la Unión Temporal FOSYGA 2014 fue tan solo una contratista del Ministerio ahora de la ADRES, cuya labor se circunscribió a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, y no les corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo su propio patrimonio.

¹¹ De conformidad con lo dispuesto por 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.

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.”(...)*¹² (Negrita fuera del texto original)

En similar sentido, se pronunció esa misma Corporación en sentencia de 16 de abril de 2018¹³, 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 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 impartiére 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 cuento (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

¹² 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. – Fiducodex – 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.

¹³ 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. – Fiducodex – 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.

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."

Además, en providencia reciente de fecha 03 de mayo de 2022¹⁴, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral revocó la decisión proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá adiada el 23 de febrero de 2022, al indicar:

"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.

Solicita que en caso de acogerse las pretensiones de la demanda se condene a la llamada en garantía ADRES a reembolsar a CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.; SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.; el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S. integrantes de la UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 lo que tuvieren que pagar así como las costas y agencias en derecho, toda vez que la obligación de pago de los recobros NO POS se encuentra legal y jurisprudencialmente prevista con cargo a los recursos del otrora FOSYGA actualmente ADRES y no en un tercero de carácter privado como lo es la UNION TEMPORAL FOSYGA 2014 y las temporales que la conforman.

Al efecto, en las pruebas aportadas con el llamamiento en garantía como son las obligaciones contenidas en el contrato de consultoría 043 de 2013 se dan los presupuestos para el llamamiento en garantía contenidos en el artículo 64 del Código General del Proceso al que se remite por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia y aceptar el llamamiento en garantía".

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

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrado Ponente: Luis Carlos González Velásquez. Radicado: 11001310500620160005000. Demandante: Entidad Promotora de Salud Salud Total. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social y Otros. Bogotá, D.C. 03 de mayo de 2022.

Unión Temporal Nuevo Fosyga, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho." (Negrilla fuera de texto original).

2.4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA EN CABEZA DE LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES - COMO FUENTE SUBSIDIARIA DE RESPONSABILIDAD Y DE OBLIGACIONES

El enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, el cual consiste en la prohibición de incrementar el patrimonio sin razón justificada a expensas de otro, el origen de esta figura es de carácter doctrinario y jurisprudencial. Algunos autores señalan que existe enriquecimiento sin justa causa *"cuando una persona se beneficia o enriqueces a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió deberá restituir, y por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución"*¹⁵

Sobre el tema la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶ tiene claramente definidos los siguientes cinco elementos o requisitos necesarios para que se configure un evento de enriquecimiento sin causa. Veamos: (i) **"Que exista un enriquecimiento"**, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio"; (ii) **"Que haya un empobrecimiento correlativo"**, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento (...) El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma"; (iii) **"Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica"**; (iv) **"Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos"**; y (v) **"La acción ... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley"**.

El H. Consejo de Estado ha establecido un requisito adicional a los antes mencionados, así¹⁷:

*"(...) Sin embargo, del estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es **que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un "enriquecimiento sin justa causa", sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa (...)"***

Bajo el contexto jurisprudencial expuesto, el enriquecimiento sin causa se configura cuando se acreditan, principalmente, los siguientes tres elementos: (i) el incremento patrimonial a favor de una persona; (ii) la correlativa disminución patrimonial que sufre otra; (iii) la ausencia de causa que se justifique las anteriores situaciones, requisitos que se configurarían en el evento en que se ordene pagar los recobros involucrados en la demanda principal que nos ocupa, como se pasa a explicar.

- i) Incremento patrimonial a favor de una persona: En este evento el sujeto activo de esta figura sería la ADRES, pues su patrimonio se incrementaría como quiera que no saldría de su patrimonio los recursos necesarios para sufragar las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios, las cuales de acuerdo con las normas que regulan los recobros y la jurisprudencia de las altas cortes, deben financiarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- ii) La correlativa disminución patrimonial que sufre otra: El sujeto pasivo o empobrecido de esta figura serían las sociedades que conforman la Unión Temporal FOSYGA 2014,

¹⁵ Lete del Río, José M. Derecho de obligaciones, vol. II, 3 Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 173

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de marzo de 2006, Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662), M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

terceros de carácter privado, que de ordenarse el pago de los recobros con su propio pecunio verían afectado o disminuido su patrimonio a costa del incremento o enriquecimiento de la ADRES.

- iii) La ausencia de causa justa para la ocurrencia de dicho evento: Como se ha señalado a lo largo de este escrito la obligación de pago de los recobros NO POS se encuentra expresamente radicada, y de manera exclusiva, en su momento en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a los recursos del otrora FOSYGA, actualmente dicha obligación le asiste a la ADRES y no a la Unión Temporal FOSYGA 2014 ni a cada una de las sociedades que las conforman. Es más, independientemente de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría integral sobre las solicitudes radicadas, es en él y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagar los recobros, sin que pueda entenderse que, en virtud de la relación contractual, esta obligación se desplace y se radique en la Unión Temporal o se extienda y los cubre a ambos por igual.

Así las cosas, no solamente le corresponde al Ministerio ahora la ADRES pagar las solicitudes de recobro, sino que la propia ley le indica con cuáles recursos debe hacerlo, recursos que ciertamente no son los de las sociedades que conforman la Unión Temporal.

En ese orden de ideas, no existe una justa causa para el enriquecimiento de la ADRES. Aunado a lo anterior, es de resaltar que, el hecho de que algunas de las glosas impuestas como fruto de la auditoría desarrollada por la Unión Temporal FOSYGA 2014 puedan llegar a ser reversadas en vía judicial, en manera alguna desvirtúa la obligación legal impuesta al Ministerio ahora la ADRES de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros, menos aún la traslada a los contratistas, es decir, a la Unión Temporal citada.

3. DEL CASO EN CONCRETO

3.1. Mediante auto de fecha 28 de marzo de 2023, el Despacho dispuso NEGAR el llamamiento en garantía efectuado por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 frente a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, señalando *“el mismo lo basan en el artículo 27 del Decreto 1429 de 2016 que dispuso el traslado de los derechos y obligaciones del antiguo FOSYGA a la ADRES, al respecto debe precisarse que dicho argumento, como lo ha definido la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, no constituye per se el derecho de exigir una indemnización por parte de la UT frente a la ADRES”*.

3.2. Debe precisarse que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 65 del C.G.P el llamamiento en garantía constituye una demanda a la coparte, y debido a que no existe norma expresa o especial sobre esta figura procesal, debemos acudir ineludiblemente por analogía a la norma que consagra los requisitos de la demanda y anexos de esta, que para los asuntos laborales es la contenida en los artículos 25 al 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Así mismo, se insiste con las pruebas aportadas con el llamamiento en garantía como son las obligaciones contenidas en el contrato de consultoría 043 de 2013 se dan los presupuestos para el llamamiento en garantía contenidos en el artículo 64 del Código General del Proceso al que se remite por virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como lo expuso el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Tercera Laboral, mediante decisión del 03 de mayo del 2022, proferida en el proceso 2016-00050.

3.3. Es necesario reiterar que con el llamamiento en garantía 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 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, todo esto sustentado en el principio de economía procesal.

3.4. Tal y como se indicó líneas atrás, ante 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 que lo administraba, el 1º de

agosto de 2017, **el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, fue subrogado 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.**

Es decir, que si bien el contrato no fue suscrito directamente con la ADRES (toda vez que está aún no había sido creada), es claro que el Contrato No. 043 de 2013 fue subrogado íntegramente a dicha entidad.

Por esta razón, es totalmente contradictorio que el Juzgado SI haya admitido el llamamiento en garantía formulado por ADRES frente a mis representadas y niegue el llamamiento deprecado por la Unión Temporal FOSYGA 2014 a esa entidad.

3.5. Si se realiza un estudio acucioso y estricto del escrito de llamamiento en garantía formulado por mis representadas frente a la ADRES, se puede evidenciar con claridad que el mismo tiene un fundamento legal, contractual y jurisprudencial, toda vez que los recobros por prestaciones no incluidas en el POS son financiados con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES, por esta razón y en caso de una eventual condena, únicamente es esta entidad la encargada de asumir dichos costos.

3.6. Por último, es necesario advertir que el Despacho al momento de resolver sobre la admisión del llamamiento en garantía, pasó por alto no solo que el Contrato No. 043 de 2013 fue subrogado en su integridad a la ADRES, sino que el llamamiento incoado por mis representadas tiene un fundamento legal y jurisprudencial derivado de la obligación que tiene a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social - ADRES de pagar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el POS que se financiaban con recursos del entonces FOSYGA (hoy ADRES).

4. PETICIONES

Por las razones y consideraciones expuestas, respetuosamente solicito:

4.1. Se **REVOQUE** el auto de fecha 28 de marzo de 2023, notificado el 29 del mismo mes y año, mediante el cual se negó el llamamiento en garantía formulado por mis representadas como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 frente a la ADRES.

4.2. De manera **SUBSIDIARIA** y en el evento que el juzgado decida no reponer la decisión recurrida, se **CONCEDA** ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra el auto de fecha 28 de marzo de 2023, para que como consecuencia de lo anterior **SE REVOQUE** la providencia impugnada, y en su lugar, se admita el llamamiento en garantía formulado por mis representadas frente a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

5. NOTIFICACIONES

De conformidad con lo preceptuado en la Ley 2213 de 2023, se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

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

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

5.2. DEMANDADO Y LLAMADO EN GARANTÍA- ADRES:

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

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

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

- Domicilio y notificaciones: Calle 29 Norte # 6º-40- Santiago de Cali.

- Teléfono: (1) 410 04 00 Extensión 18400
- Correo electrónico: impuesto.carvajal@carvajal.com

5.3.2. 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.
- Teléfono: 340 25 01
- Correo electrónico: clizarazo@grupoasd.com.co

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

- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Teléfono: 340 25 01
- Correo electrónico: clizarazo@grupoasd.com.co

5.3.4. APODERADA DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UTF2014:

- Martha Lucía Maldonado Murillo
- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Correo electrónico: martha.maldonado@utfosyga2014.com
- Celular: 3124991561

5.4. ASEGURADORA LLAMADA EN GARANTÍA POR LAS UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014: ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A:

- Correo electrónico: notificaciones.co@zurich.com

Cordialmente,



MARTHA LUCÍA MALDONADO MURILLO

C.C. 1.053.333.369

T. P. 234.263 del C. S. de la J.