

Bogotá. D.C. 31 agosto de 2021

Doctor

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá

jlato18@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Radicado:	2014-00537 (11001310501820140053700)
Proceso:	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
Demandante:	EPS SANITAS
Demandados:	NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

Asunto: llamamiento en garantía a la ADRES por parte de las uniones temporales nuevo FOSYGA Y FOSYGA 2014

MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 1.077.032.324, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No 184.709 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por (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) **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 en Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **Unión Temporal Nuevo FOSYGA** y la **Unión Temporal FOSYGA 2014**, mediante el presente escrito formulo **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**, identificada con NIT. 901.037.916-1 y representada legalmente por el Dra. Diana Isabel Cárdenas en su calidad de Directora General; o por quien haga sus veces al momento de la notificación de este llamamiento en garantía.

El LLAMAMIENTO EN GARANTÍA se fundamenta en los siguientes:

I. ASUNTO PREVIO

Es importante señalar que en el escrito de contestación del llamamiento en garantía realizado por la ADRES a mi representadas como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, se propuso como excepción previa **“CLÁUSULA COMPROMISORIA (NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 100 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO)”**, alegando en resumen que el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, contiene una **cláusula compromisoria**, en virtud de la cual **las partes acordaron someter sus diferencias en cuanto a la ejecución y liquidación del contrato ante un Tribunal de Arbitramento**. Dicha cláusula se pactó en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. CLAUSULA COMPROMISORIA: *Las partes contratantes acuerdan que toda **controversia o diferencia relativa a la ejecución y liquidación de este contrato**, se intentará resolver, en primer lugar, mediante arreglo directo, esta se (SIC) entre las partes. **En el evento en que las partes, no pudiesen solucionar la diferencia mediante arreglo directo, en un período de tiempo que no podrá superar sesenta (60) días contados a partir del momento en que cualquiera de ellas manifiestan su existencia, está se someterá y resolverá por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres (3) árbitros, que decidirá en derecho y se sujetará al reglamento de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como las siguientes reglas:***

18.1. Los Árbitros serán elegidos de común acuerdo por las partes de la lista que para tal efecto lleve el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

18.2. A falta de dicho acuerdo, o en el evento en que una de las partes no asista o éstas no lo designen dentro de los veinte (20) días calendarios siguientes a la radicación de la

solicitud de convocatoria, por cualquiera de las partes, en el mencionado Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición, se entenderá que aquéllas delegan su designación al Director del Centro, la cual se hará mediante sorteo efectuado entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el mismo.

18.3. El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en la ley 1563 de 2012 y las demás normas concordantes que la modifiquen, adicionan o sustituyan y que se encuentren vigentes al momento de la convocatoria.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Se precisa que en consideración a que la única oportunidad procesal para presentar llamamiento en garantía es con el escrito de la contestación de la demanda, mis representadas hacen uso de esta figura procesal, para que en el evento de no prosperar la mencionada excepción previa, la llamada en garantía –ADRES- asuma las consecuencias patrimoniales que se deriven de una eventual decisión desfavorable para los intereses de mi representada.

II. HECHOS

2.1 El Fondo de Solidaridad y Garantía- FOSYGA fue creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993¹, 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.

2.2 En virtud de lo previsto en el Decreto 1283 de 1996², compilado por el Decreto 780 de 2016³, 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 FOSYGA estaba a cargo del referido ente Ministerial.

2.3 Posteriormente, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015⁴, se creó 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).

2.4 La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES entró en operación a partir del 1 de agosto de 2017, según lo señalado en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016⁵, modificado por el artículo 1º del Decreto 546 de 2017⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la 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.

2.5 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 su parte, el artículo 31 *ibidem*⁷, dispuso que: “A partir de la fecha en la cual la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES,

¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

² “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

⁴ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

⁵ “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”

⁶ “Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016”

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.”

2.6 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.

2.7 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.).

2.8 El 23 de diciembre de 2011 se suscribió el Contrato de Consultoría No. 055, entre la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, cuyo objeto principal consistió en: *“realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Juntas Técnicas Científicas de Pares, la Superintendencia Nacional de Salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1438 de 2011, artículos 26, 27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso.”*

2.9 El 28 de diciembre de 2011, se suscribió el acta de inicio del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011. Desde el punto de vista temporal, este Contrato, estableció un período definido de ejecución, que materialmente comenzó con la auditoría de las solicitudes de recobros NO POS y reclamaciones ECAT radicadas ante el FOSYGA partir de **octubre de 2011** (Cláusula séptima, obligaciones de auditoría, numeral 17), pese a que el acta de inicio del contrato fue suscrita finalizando el mes de diciembre de 2011.

2.10 En cuanto a la finalización de las labores de auditoría, debe señalarse que las últimas reclamaciones ECAT y los recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, fueron aquellos radicados hasta el **31 de diciembre de 2013**, en virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda de la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, que en su tenor literal reza: *“Modificar el Plazo de ejecución en la cláusula tercera el cual quedará en los siguientes términos: El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de marzo de 2014, contado a partir de la fecha de la firma del acta de inicio. **No obstante, las labores de auditoría sobre recobros NO POS y reclamaciones ECAT se ejecutaran únicamente respecto de los recobros y reclamaciones radicadas hasta el 31 de diciembre de 2013**, sin perjuicio del reconocimiento y pago de las comisiones fijas a favor del contratista a las que haya lugar por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de marzo del mismo año. Se exceptúa de las labores de auditoría, los recobros NO POS radicados por el proceso ordinario durante el mes de diciembre de 2013, a través de los formatos MYT-01 y MYT-02.”* (Negrilla fuera de texto original).

Si bien es cierto, el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (Prórroga No. 1 y No. 2), dicha prórroga se circunscribía a las prestaciones asociadas y requeridas para la efectiva y oportuna ejecución del proceso de reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa, según consta en el documento contentivo de la Prórroga No. 2.

2.11 El Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 fue liquidado el 29 de julio de 2016, según consta en el Acta de liquidación Bilateral y en la Certificación expedida el 16 de agosto de 2016, cuyas copias se anexan al presente llamamiento

2.12 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 fue 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 Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA.

2.13 El 16 de diciembre de 2013, se suscribió el acta de inicio del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

2.14 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 4° del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1° del Decreto 1264 de 2017.

2.15 Desde el punto de vista temporal, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, estableció un período definido de ejecución, que materialmente comenzó con la auditoría de las solicitudes de recobros NO POS y reclamaciones ECAT radicadas ante el FOSYGA partir del 1 de enero de 2014, así como “...respecto de aquellas que por cualquier motivo no hubiesen podido culminar el trámite correspondiente con la firma contratada para adelantar dichas tareas para los recobros y reclamaciones radicados ante el mencionado Fondo, hasta el 31 de diciembre de 2013.” (cfr. Parágrafo de la cláusula primera del Contrato 043 de 2013).

En cuanto a la finalización del mencionado contrato, inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017. Posteriormente, a través de la Prórroga No. 1 y Otrosí modificatorio No. 2, el plazo de ejecución fue modificado hasta el 31 de octubre de 2018, en los siguientes términos: “El plazo de ejecución será hasta el 31 de octubre de 2018, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales”. El contrato se encuentra actualmente liquidado, tal y como consta en acta del 30 de octubre del 2020.

2.16 Las sociedades que conformaron las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, no han administrado los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Tampoco les fue delegada función administrativa alguna, relacionada con la gestión de los mismos o con la expedición de actos administrativos que con efectos particulares y concretos creen o modifiquen situaciones jurídicas en esta materia.

2.17 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 1° 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.”

2.18 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.

2.19 En virtud de lo previsto en las obligaciones de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros y las reclamaciones ECAT, se efectuaba de acuerdo con las disposiciones contenidas en la normatividad vigente y aplicable al FOSYGA, así como las previsiones incorporadas en los

manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

2.20 De conformidad con las normas vigentes y con las instrucciones impartidas por la Dirección de Administración de Fondos del Ministerio de Salud y Protección Social y posteriormente de la ADRES, se realizó la auditoría en salud, jurídica y financiera de **11** de los **16** recobros involucrados en la demanda por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, como quiera que la auditoría de los restantes **5 recobros**, fue efectuada por parte del Consorcio FIDUFOSYGA 2005.

2.21 El proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, en sí mismo involucra el seguimiento de la normatividad y de las instrucciones brindadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.22 EPS SANITAS S.A. en el escrito contentivo de la demanda aduce que se cuestionan los resultados de la actividad del administrador del encargo fiduciario del FOSYGA, que corresponden a la materialización de las directrices impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Adicionalmente señala que como la dirección y control del entonces FOSYGA estaban en cabeza de dicho ente ministerial, este era el encargado de la orientación regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que era su tarea vigilar y coordinar la correcta aplicación de las glosas

Así las cosas, se concluye que la parte actora cuestiona las disposiciones que fueron expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social su direccionamiento y control, en reconocimiento de que quien define la regulación es solamente dicho ente Ministerial.

2. PRETENSIONES

1. En caso de acogerse las pretensiones de la demanda, condénese a la llamada en garantía **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES** a rembolsarle a CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), 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.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.) sociedades que conforman **la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** y la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, lo que estas tuvieren que pagar en virtud de una eventual decisión desfavorable para los intereses de mi representada, 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, y actualmente de la ADRES, y no en un tercero de carácter privado, esto es, las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 ni de cada una de las sociedades que la conforman.

2. Condénese a la entidad llamada en garantía – ADRES - a pagar a mis representadas el valor de los costos de defensa que haya requerido para hacer frente al proceso.

3. Condénese en costas y agencias en derecho a la entidad llamada en garantía.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El llamamiento tiene fundamento en los artículos 64 y siguientes del CGP y 225 del CPACA teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la ADRES. En lo que tiene que ver con la relación procesal y sustancial que sirve de fundamento a este llamamiento en garantía, se debe tener en cuenta lo siguiente:

3.1. FIGURA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN LA MODALIDAD DE DEMANDA DE COPARTE

En nuestro ordenamiento jurídico esta figura se encuentra regulada en el artículo 64 del Código General del Proceso en los siguientes términos:

“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.”

En cuanto a los requisitos para la presentación del llamamiento en garantía, el artículo 65 del Código General del Proceso señala 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”*. En suma, el referido estatuto supone que el llamamiento en garantía incluya los requisitos formales que se exigen para la presentación de la demanda y admite expresamente que **“el convocado a su vez podrá llamar en garantía”**.

Una de las modalidades del llamamiento en garantía es la “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 (...)”*⁸.

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 proceso⁹. 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”.

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 Betancourth, 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)

⁸ Código General del Proceso – Parte General, Tomo 1, Dupre Editores, 2016, Página 378

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto 15871 de 1999

Así mismo, este tema ha sido también revisado por 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, donde se indicó:

“(...) No obstante, la doctrina había precisado que la figura de la denuncia de la litis (litis denunciatio) 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 ayudarlo 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 haber 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).

De igual forma, el tema fue desarrollado por la Sala de Casación Civil, en Sentencia STC3113-2017, del 08 de marzo de 2017, M.P.: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, al señalar la procedencia de llamamiento en garantía de los codemandados:

“(...) 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 surtirse, 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).

Bajo el contexto legal y jurisprudencial antes expuesto, es viable 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.

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 existe entre la ADRES y las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014. El principio de economía procesal permite que en el mismo proceso se decida sobre estas dos relaciones jurídicas.

Es importante destacar que en vigencia del Código de Procedimiento Civil existía discusión en cuanto a la viabilidad de la “*demanda de coparte*”, básicamente porque en las normas procesales no estaba expresamente regulado el tema, razón por la cual no existía certeza sobre la aplicación de dicha figura jurídica, sin embargo, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso tal discusión quedó zanjada, al haber contemplado el CGP su procedencia, sobre el particular, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco en su libro Código General del Proceso - Parte General¹⁰ “*el párrafo del artículo 66 del CGP al disponer 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 alguna de las partes.” “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 la coparte”.*”

Por otro lado, conforme a la sentencia anteriormente citada, la SC5885-2016, M.P.: Luis Armando Tolosa Villanoba, el llamamiento en garantía solo se decidirá de fondo en el caso en que prosperen las pretensiones en contra del llamante:

“La relación material del llamamiento involucra únicamente al llamante y a la llamada. No se expande a ningún otro sujeto procesal ni siquiera a la parte actora, al punto que solo será objeto de estudio en el evento de prosperidad de las súplicas, de modo que si éstas se desestimaren el análisis resulta inocuo o innecesario, por regla general.

... Acerca del instituto en cuestión y de su carácter in eventum la Sala tuvo oportunidad de expresar que su naturaleza es «(...) eventual, porque se subordina al resultado de la pretensión principal (...). De modo que sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a la pretensión del demandante frente al demandado, se abre la posibilidad de examinar la pretensión revérsica e in eventum (...). Lo anterior, no empece el llamante aducir la existencia del perjuicio como causa de la pretensión directa, porque éste sólo cobra certeza en la esfera judicial para dar margen a la fundabilidad de la pretensión de regreso, formulada contra el llamado, como consecuencia de la sentencia adversa a la pretensión originalmente propuesta (Se subraya; cas. civ. de 24 de octubre de 2000 Exp. 5387)”.

En suma, 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.

3.2. FUNDAMENTO LEGAL Y CONTRACTUAL DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA ADRES

3.2.1. 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.

¹⁰ Código General del Proceso – Parte General, Tomo 1, Dupre Editores, 2016, Página 377

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

Los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, tales como apoyo técnico, 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 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.”

Por otro lado, en la consideración 1° 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 1° 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 entonces 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

¹¹ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 4° del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1° del Decreto 1264 de 2017.

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 los Contratos de Consultoría No 055 de 2011 y 043 de 2013, suscritos con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro efectuadas por las 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, las Uniones Temporales son tan solo un contratista del Ministerio ahora de la ADRES, cuya labor se circunscribe 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 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., ASSENDA 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 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 cuento (sic) a la procedencia o no de los

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. – 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.

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. – 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.

recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

Por lo anterior, se modificará la decisión tomadas 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 antes citadas, 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 OUTSOURCING 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).

3.2. 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 esta figura es de carácter doctrinario y jurisprudencial. Algunos autores señalan que existe enriquecimiento sin justa causa *“cuando una persona se beneficia o enriquece 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”*¹⁴

Sobre el tema la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵ 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”**.

¹⁴ Lete del Río, José M. Derecho de obligaciones, vol. II, 3 Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 173

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

El H. Consejo de Estado ha establecido un requisito adicional a los antes mencionados, así¹⁶:

*“(...) 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 las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, terceros de carácter privado, que de ordenarse el pago de los recobros con su propio pecunio verían afectado o disminuido su patrimonio acosta 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 Nuevo FOSYGA y/o 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 las Uniones Temporales o se extienda y los cobije a ambos por igual.

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

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 NUEVO FOSYGA (para el caso concreto) 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 las Uniones Temporales referidas.

4. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito al Despacho que se tengan como pruebas los documentos que a continuación relaciono y que son suministrados a través de enlace o link en one drive por el peso de los documentos:

¹⁶ 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

4.1. DOCUMENTOS

4.1.1. Carpeta denominada “CONTRATOS”

- a) Copia del Contrato de Consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- b) Copia de la comunicación No. 42100-28014, por medio del cual el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a mis representadas.
- c) Copia del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- d) Copia del documento de conformación de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- e) Copia de las adiciones 1, 2 y 3 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- f) Copia de la Modificación No. 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- g) Copia de las prórrogas 1 y 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- h) Copia del Acta de Liquidación del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- i) Copia de Certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social el 16 de agosto de 2016 sobre la liquidación del Contrato 055 de 2011
- j) Copia del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- k) Copia del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- l) Anexo técnico del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
- m) 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.
- n) Copia de la prórroga No. 1 y otrosí modificadorio No. 2
- o) Copia del Otrosí de apropiación de recursos al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013
- p) Copia del documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
- q) Copia del Acta de Liquidación del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

4.1.2. Téngase como prueba la demanda y su contestación, la contestación del llamamiento en garantía, así como los documentos aportados con la contestación de la demanda por parte de las sociedades integrantes de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014.

Los documentos pueden ser verificados en el siguiente link: https://grupoasd-my.sharepoint.com/:f/g/personal/maria_chaves_grupoasd_onmicrosoft.com/EiJGKH050JRfFJN7h-1LcBbFWPKuBk144hZf8S5olZmg?e=87YpVB

5. ANEXOS

Anexo los documentos relacionados en el capítulo de las pruebas.

6. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

6.1. PARTE LLAMADA EN GARANTÍA:

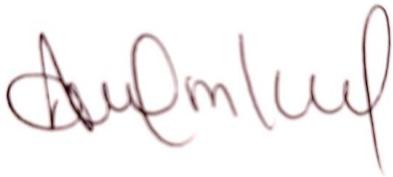
La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES con las siguientes direcciones de notificaciones:

- Dirección física: Calle 26No. 69-76 Edificio Elemento Torre 1, en la ciudad de Bogotá,
- Dirección electrónica: notificaciones.judiciales@adres.gov.co
- Apoderada judicial: cristian.paez@adres.gov.co

5.2. PARTE LLAMANTE EN GARANTÍA:

- **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes **ASSENDA S.A.S.**)
 - Dirección electrónica: impuesto.carvajal@carvajal.com
- **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA S.A.S**
 - Dirección electrónica: clizarazo@grupoasd.com.co
- **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S.**
 - Dirección electrónica: clizarazo@grupoasd.com.co
- La suscrita apoderada en el correo electrónico maria.chaves@utfosyga2014.com

Cordialmente,



MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ
C.C. 1.077.032.324
T. P. 184.709 del C. S. de la J.