

Bogotá, D.C., 29 de marzo de 2022

Señores

Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá

Dra. Nayla Johana Alfonso Mogollón

Juez (o quien haga sus veces)

Jlato27@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D

Referencia:

| | |
|-------------|---|
| Proceso | 11001310502720180009600 |
| Demandante: | ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A (EPS SANITAS) |
| Demandado: | ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES |

ASUNTO: CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA ADRES

ANA CAROLINA RAMÍREZ ZAMBRANO, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 1.085.248.218, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No 197.303 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por: (i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSENDA S.A.S.), (ii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.** (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y (iii) el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S** (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y en 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 **CONTESTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, en los siguientes términos:

1. ASUNTO PREVIO:

1.1. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DEMANDA:

Mediante auto de fecha 10 de marzo de 2022, el Despacho ordenó: **i)** Tener por notificadas por conducta concluyente a mis representadas, en consecuencia, **ii)** correr traslado de la misma por el termino de diez (10) días para que conteste la demanda y el llamamiento en garantía, término el cual se contará a partir de la notificación por estado del presente auto.

El auto de fecha **10 de marzo de 2022** que fue proferido dentro del presente proceso, si bien se consignó que fue notificado el 11 de marzo de 2022, revisado el micrositio del Juzgado, dicha providencia se notificó mediante estado **No. 031 del 14 de agosto del presente año**, en ese orden, la solicitud se presenta dentro del término de ejecutoria de dicha providencia.

A continuación, se consigna la imagen del estado No. 31:

RAMA JUDICIAL
REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO 027 LABORAL DEL CIRCUITO
LISTADO DE ESTADO

| ESTADO No. 031 | | Fecha Fijación: 14/03/2022 | | Página: 1 | | |
|------------------------------|------------------|----------------------------|---|---|------------|-------|
| No Proceso | Clase de Proceso | Demandante | Demandado | Descripción Actuación | Fecha Auto | Cuad. |
| 11001 31 05 02 2015 00187 | Ordinario | HOSPITAL PABLO TOBON URIBE | LA NACION - MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL | Auto fija fecha audiencia y/o diligencia se dispone SEÑALAR el próximo JUEVES VEINTIUNO (21) DE JULIO a la hora de las NUEVEY TREINTA de la mañana (9:30 A.M.) para llevar a cabo la audiencia programada en auto anterior. | 11/03/2022 | |
| 11001 31 05 02 2015 00947 | Ordinario | LEONIDAS CASTILLO RAMOS | COLPENSIONES | Auto fija fecha audiencia y/o diligencia el próximo LUNES DOS (2) DE MAYO a la hora de las DIEZY TREINTA de la mañana (10:30 A.M.) para llevar a cabo la audiencia programada en auto anterior. | 11/03/2022 | |
| 11001 31 05 02 2015 00950 | Ordinario | FERNANDO ORTIZ RIOBO | FIDUAGRARIA P.A.R.- I.S.S. EN LIQUIDACION | Auto otórgase y complase LO DISPUESTO POR EL SUPERIOR- LIQUIDA Y APRUEBA COSTAS.- ORDENA ARCHIVO | 11/03/2022 | |
| 11001 31 05 02 2016 00259 | Ordinario | JHON MANUEL PRECIADO. | JUAN CARLOS BULLA VENEGAS | Auto requiere A LA PARTE DEMANDADA Y AL JUZGADO NOVENO LABORAL | 11/03/2022 | |
| 11001 31 05 02 2016 00725 | Ordinario | FAMISANAR EPS LTDA | LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL | Auto requiere A LA AUXILIAR DE LA JUSTICIA | 11/03/2022 | |
| 11001 31 05 02 2018 00096 | Ordinario | EPS SANTAS S.A | ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) | Auto tiene por notificado por conducta concluyente al GRUPO DE ASESORIA EN SISTEMATIZACION DE DATOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO S.A.S. Y CARVAJAL TECNOLOGIA Y SRVICIOS S.A.S. de la presente demanda, en consecuencia, correr traslado de la misma por el termino de diez (10) días para que conteste la demanda y el llamamiento en garantía, término el cual se contará a partir de la notificación por estado del presente auto- NO DA TRÁMITE A RECURSO | 11/03/2022 | |

De acuerdo con lo anterior, como quiera que la notificación en estados se profirió el 14 de marzo del presente año, el término para contestar el llamamiento en garantía formulado por ADRES vence el día 29 de marzo del presente año (teniendo en cuenta que el día lunes 21 de marzo de 2022 no fue hábil por ser festivo), encontrándonos en término para presentar el escrito referido.

1.2. SOBRE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR LA ADRES Y LA MANIFESTACIÓN EXPRESA DE NO RENUNCIA A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA:

Como quiera que el Despacho ordenó admitir el llamamiento en garantía sin tener en cuenta la existencia de una cláusula compromisoria en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, a pesar de que su existencia fue indicada en el recurso interpuesto, el cual no fue valorado bajo el argumento de encontrarse ejecutoriado el auto objeto de controversia, a pesar que hasta ese momento había sido de conocimiento de mis representadas, a través de esta contestación del llamamiento en garantía propuesto por la ADRES, se formula este medio exceptivo para que sea objeto de análisis y pronunciamiento.

Es del caso precisar que la contestación del llamamiento en garantía formulado por la ADRES en contra de mis representadas, **en ningún caso implica una renuncia o aceptación tácita de la cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013,** es decir, a este escrito sólo se le debe dar trámite, en el evento en que no prospere dicha excepción previa. Sobre el particular, en resumen, se esgrime 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.** Esta 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).

1.3. SOBRE LA FIRMA QUE AUDITÓ LOS RECOBROS OBJETO DEL PRESENTE ASUNTO:

A pesar de que el llamamiento en garantía se dirigió contra mis representadas como integrantes de la **Unión Temporal FOSYGA 2014**, en el auto admisorio de fecha 26 de enero de 2021 se señala que el llamamiento se admite respecto de: CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S., sin hacer alusión a la figura asociativa en particular, por dicho motivo esta contestación se emitirá en relación con la Unión Temporal referida en el llamamiento en garantía de la ADRES.

Ahora bien, de acuerdo con la información contenida en el anexo técnico emitido por la ADRES denominado: "PJU_2018-00096 UT EPS SANITAS_Reporte", cuya copia se anexa al presente escrito, se tiene que **los 163 recobros que contienen 370 ítems fueron auditados de la siguiente manera:**

- 29 recobros que contienen 99 ítems fueron auditados de manera exclusiva por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA en el mecanismo ordinario (líneas MYT01 y MYT02) en el paquete: 1113 (noviembre 2013) y auditó la objeción al resultado de auditoría (MYT04) en los paquetes MYT04111311 (noviembre 2013) y MYT04121312 (diciembre 2013), es decir antes de que la Unión Temporal FOSYGA 2014 iniciara con sus obligaciones contractuales, las cuales iniciaron en el mes de **diciembre de 2013**, por esta razón, se procederá a excepcionar Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los **29 recobros que contienen 99 ítems** auditados por parte de la mencionada Unión Temporal.

- 134 recobros que contienen 271 ítems fueron auditados de manera exclusiva por parte de la Unión Temporal FOSYGA 2014 en el mecanismo ordinario (líneas MYT01 y MYT02) en los paquetes: 0314 (marzo 2014), 0414 (abril 2014), 0514 (mayo 2014), 0614 (junio 2014), 0714 (julio 2014), 1014 (octubre 2014), 1114 (noviembre 2014) y 1214 (diciembre 2014) y auditó la objeción al resultado de auditoría (MYT04) en los paquetes MYT04041404 (abril 2014) y MYT0455221RES5395 (radicados por objeción a los resultados de auditoría entre el mes de julio del 2014 a marzo de 2015).

Cabe precisar que, si bien es cierto, **tanto la Unión Temporal Nuevo FOSYGA como la Unión Temporal FOSYGA 2014 están conformadas por las sociedades comerciales antes mencionadas**, cada una de ellas fue constituida en cumplimiento de distintos Contratos de Consultoría celebrados con el Ministerio de Salud y Protección Social, así:

En la cláusula séptima (obligaciones generales) numeral 1º del **Contrato de Consultoría No. 055 del 23 de diciembre de 2011 celebrado entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA** y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería "Auditar las

reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”.

Se destaca que el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, tuvo como fecha de terminación el 31 de diciembre de 2014 y **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 adjuntan a la presente contestación.

Por su parte, en la cláusula 7.2.1 (obligaciones de generales) numeral 7.2.1.1 del Contrato de **Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014** y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería “ Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, **que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014** y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Cabe advertir que el contrato No. 043 de 2013 fue liquidado el día **30 de octubre de 2020**.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que **únicamente 134 recobros que contienen 271 ítems** fueron auditados **por la Unión Temporal FOSYGA 2014**, vinculada como llamada en garantía en el presente asunto.

La anterior aclaración se realiza dejando a salvo la imposibilidad de las Uniones Temporales de comparecer a un proceso judicial en nombre de tal figura, debido a que carecen de personería jurídica, de manera que sus miembros son los que deben participar dentro del proceso.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el llamamiento en garantía y el auto admisorio del mismo se refirió a las integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, sin involucrar a la **Unión Temporal Nuevo FOSYGA**, la contestación de la demanda se efectuará tan solo por esa figura asociativa atendiendo los términos de la vinculación y se precisa que, frente a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA se configura falta de legitimación en causa, pues no se solicitó su vinculación en el presente asunto.

2. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Respecto de los hechos que fundamentan el llamamiento en garantía formulado por la ADRES me pronuncio en los siguientes términos:

2.1. AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO, que se celebró entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social el contrato de consultoría aludido.

2.1.1. Lo descrito en este numeral no corresponde a un hecho, sino a la transcripción de la cláusula primera del contrato, a la cual nos atenemos en su tenor literal.

Sin perjuicio de lo anterior, se precisa que dicho objeto contractual se desarrolló de conformidad con las obligaciones generales previstas en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, entre las que se encontraba:

*“7.2.1.1. Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del Fosyga, con el criterio técnico necesario **y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las provisiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces**, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces”.* Obligación general que se reitera en lo dispuesto en el numeral 7.2.2.1.

Es decir que el proceso de radicación, auditoría integral y devolución de recobros y reclamaciones, debía hacerse de conformidad con lo previsto en la normativa vigente y de acuerdo con los procesos y procedimientos descritos.

Por lo que efectivamente tenía la obligación contractual de auditar pero bajo los criterios, parámetros, directrices proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy ADRES) y según la normatividad vigente.

De modo que la Unión Temporal FOSYGA 2014 fue simple contratista que no tenía discrecionalidad alguna en el desarrollo de sus actividades, debía ceñirse a la normativa vigente y las directrices de su entidad contratante.

2.2. AL HECHO SEGUNDO: NO ES UN HECHO¹, Lo narrado en el presente numeral corresponde a la cita de una cláusula del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, suscrito entre las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social. Con salvedad de lo anterior, se precisa que:

2.2.1. El alcance que la llamante en garantía pretende dar a esta disposición es equivocado, pues su contenido no hace referencia a una responsabilidad objetiva como la que pretende atribuir la ADRES a mi representada al citarla en el presente asunto, toda vez que ese régimen de responsabilidad no es propio de la naturaleza misma de las obligaciones de un consultor.

2.2.2. La responsabilidad prevista en la cláusula en cita no es de carácter objetivo, esto es, la simple condena del Ministerio de Salud y Protección Social ahora la ADRES no da lugar a la responsabilidad patrimonial de las sociedades que represento, ya que la eventual condena debe ser imputable a un error o deficiencia atribuible a la firma auditora y para tal efecto, se debe establecer la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, los cuales se resumen así: **i)** la existencia de un hecho o conducta dañosa imputable, **ii)** el daño y **iii)** el nexo de causalidad, que para el caso en concreto no se configuran, como quiera que la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud², se efectuó con apego a la normatividad vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual no se debate en la controversia principal.

2.2.3 La auditoría de recobros como proceso, es un trámite realizado por varios actores con actividades determinadas, es así que como parte integral del Contrato de

¹ Un hecho es un antecedente o la causa de una relación jurídica, el hecho es definido como un fenómeno de la naturaleza o del comportamiento humano que tiene una consecuencia jurídica, en este caso no se trata de un hecho como circunstancia fáctica sino como cita expresa de una cláusula contractual.

² A partir de la Resolución 5592 de 2015 cambia el concepto de Plan Obligatorio de Salud siendo reemplazado por el de Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC

Consultoría No 043 de 2013 se incluyó el Anexo Técnico CMA No. 001 de 2013 que establece los "REQUERIMIENTOS TÉCNICOS, METODOLOGÍA Y PLAN DE CARGAS DE TRABAJO PARA LA AUDITORÍA DE RECOBROS Y RECLAMACIONES". El texto en mención incluye un "CRONOGRAMA – PROCESO DE AUDITORÍA INTEGRAL RECOBROS" que estipula:

*"Las actividades asociadas al trámite de recobros por beneficios extraordinarios se describen a continuación, **y están sujetas a la normativa vigente**, la actualización del mismo deberá realizarse como mínimo de manera semestral **o cuando se requiera (cambio en la normativa, procedimientos, instructivos o instrucciones impartidas por el Ministerio).**"*
(Subraya y negrilla fuera de texto)

2.2.4. Así mismo, el documento referido incluye un cuadro en formato Excel el cual en la columna denominada "Responsable" señala los actores intervinientes en cada paso de la auditoría y las actividades que desempeñaban. A continuación, se relacionan los intervinientes que menciona el texto:

- Firma auditora
- Administrador Fiduciario
- Firma Interventora
- Entidad Recobrante
- Ministerio de Salud y la Protección Social

2.2.5. Por una parte, al ostentar la figura asociativa denominada Unión Temporal FOSYGA 2014 la calidad de consultor³ de conformidad con el contrato suscrito, su **régimen de responsabilidad es eminentemente subjetivo**, en la medida en que debe ser la culpa el eje central del análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales y no una obligación de resultado como lo pretende hacer valer la llamante en garantía, ADRES.

2.2.6. Se reitera que la responsabilidad patrimonial prevista en el numeral relacionado por la llamante en garantía, no implica en ningún caso la sustitución de la fuente de financiación de los recobros por prestaciones de salud no incluidas en el plan de beneficios que se encuentran a cargo del Estado, representado actualmente por la ADRES.

2.2.7. Por otra parte, se debe tener en cuenta que otro factor importante que desvirtúa la responsabilidad de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, es la conducta de la parte demandante al presentar al trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera, solicitudes de recobros que **(i)** no cumplen con los requisitos legales establecidos por la normatividad sobre el tema, y/o **(ii)** que hacen referencia a prestaciones incluidas en el plan de beneficios en salud, o **(iii)** por el contrario, se trata de exclusiones de este o tecnologías no financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o **(iv)** que no estaban liquidadas correctamente. En virtud lo anterior, se genera una conducta que sólo le es atribuible a la EPS demandante.

2.3. AL HECHO TERCERO: NO ES UN HECHO. Lo narrado en el presente numeral no corresponde a un hecho sino a una cita de una cláusula del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito por la Unión Temporal FOSYGA 2014 con el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.3.1. Con salvedad de lo anterior, se precisa que **ES CIERTO**, de acuerdo con lo establecido en la cláusula decimosegunda del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, a la cual nos atenemos en su tenor literal, se destaca que este tipo de cláusulas se pactan en todos los contratos estatales.

³ Siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina³ (desarrollo de una actividad especializada de forma habitual; existencia de una organización y preeminencia o dominio profesional)

2.3.2. Si bien en el referido contrato se pactó cláusula de indemnidad, esto no deriva en ningún modo en que la Unión Temporal FOSYGA 2014 se comprometiera a asumir el pago de las prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS– hoy Plan de Beneficios en Salud, que eventualmente se reconocieran en virtud de un fallo, pues el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que esta acción sea atribuible a un error de auditoría, y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que una figura asociativa de carácter privado asuma un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.3.3. Se insiste que el alcance de las obligaciones de **la Unión Temporal en su calidad de consultora** desvirtúan cualquier posibilidad de promulgar responsabilidades de tipo objetivo o de resultado, bajo las cuales mi representada debiera responder por diferencias de apreciación en la realización de la auditoría o “error” pues la existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo como el que le es propio, supone no solamente la acreditación de un error en la auditoría, sino que en su ocurrencia haya mediado culpa contractual de la Unión Temporal, aspectos que no están acreditados por la ADRES.

2.3.4. Se destaca que las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato y de transacción, en consecuencia, la indemnidad acá aludida no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representan los compromisos allí adquiridos y por los cuales las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

2.4. AL HECHO CUARTO: Para responder se separa:

2.4.1. ES CIERTO que la EPS demandante convoca a la ADRES como demandado por ser la única entidad encargada de responder en caso de una eventual condena, al tratarse del reconocimiento y pago de recobros que deben ser cubiertos con los recursos del SGSSS.

2.4.2. ES CIERTO que la ADRES es una entidad creada por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y que entró en operación el 1º de agosto de 2017, en virtud de lo dispuesto en los Decretos No. 1429, 1432 y 2188 de 2016 y 547 de 2017. Así mismo, es cierto que como consecuencia de su creación se suprimió la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.

Debe tenerse en cuenta que con los recursos del entonces FOSYGA, hoy del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pasaron a ser administrados por la ADRES, se reconocen y pagan las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios, razón por la cual **compete exclusivamente a esa entidad efectuar el pago de los amparos solicitados, en el caso de una eventual condena declarada de conformidad con la demanda principal.**

2.5. AL HECHO QUINTO: ES CIERTO que la ADRES es una entidad descentralizada, que fue creada por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que entró en operación el 01 de agosto de 2017, en virtud de lo dispuesto en los Decretos No. 1432, 2188 y 1429 de 2016 y 547 de 2017, y como consecuencia de su creación ES CIERTO que fue suprimida la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.

Debe tenerse en cuenta que con los recursos del entonces FOSYGA, hoy del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pasaron a ser administrados por la ADRES es que se reconocen y pagan las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de tránsito ECAT, razón por la cual, **compete exclusivamente a esa entidad efectuar el pago de los amparos solicitados, en el caso de una eventual condena declarada de conformidad con la demanda principal.**

2.6. AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO, tan solo se alude a una disposición normativa y nos atenemos en su tenor literal a la misma.

2.6.1. No obstante, **ES CIERTO** que los derechos y obligaciones adquiridos por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, se entienden transferidos a la ADRES, en virtud de lo consagrado en el Decreto 1429 de 2016, artículo 27, al punto que con los recursos que administra dicha entidad es que se reconocen y pagan actualmente las prestaciones excluidas del POS, razón por la cual, **compete exclusivamente a dicha entidad asumir el pago de una eventual condena de la demanda principal.**

2.7. AL HECHO SÉPTIMO: Para responder se separa:

2.7.1. ES CIERTO que todos los derechos y obligaciones adquiridos por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entienden transferidos a la ADRES, al punto que con los recursos que administra dicha entidad es que se reconocen y pagan actualmente las prestaciones excluidas del POS, razón por la cual, **compete exclusivamente a dicha entidad asumir el pago de una eventual condena de la demanda principal.**

2.7.2. Respecto de la sucesión de derechos y obligaciones a la que se refiere la entidad demandante, debe señalarse que **en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 no contempla la posibilidad de que mi representada se oponga a este tipo de situaciones**, tal es así que la cláusula DÉCIMO SÉPTIMA del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, establece "(...) *EL MINISTERIO podrá ceder los derechos y obligaciones que adquiere por este contrato en cualquier tiempo, en el evento de presentarse ajustes o modificaciones normativas en la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud*".

2.8. AL HECHO OCTAVO NO ES UN HECHO sino un juicio de valor realizado por la llamante en garantía. Sin embargo, teniendo en cuenta que este numeral contiene varios supuestos, se responde cada uno por separado, así:

2.8.1. NO ES CIERTO que "en el sub examine se cuestiona por la parte actora el proceso de auditoría, adelantado por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, que auditó los recobros objeto de demanda", lo que cuestiona es la falta de pago de las prestaciones que según el demandante no estaban incorporadas en el POS.

2.8.2. NO ES CIERTO que sea procedente acudir a la figura del llamamiento en garantía, pues 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 entre las partes. En el evento en 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).

Lo anterior conlleva a advertir que **en ausencia de autocomposición, la corporación competente para dirimir esta clase de conflictos es el Tribunal de Arbitramento**, toda vez que es claro que en el Contrato de Consultoría mencionado, las partes acordaron la celebración de una cláusula compromisoria, es decir, que estas decidieron de manera tanto **i)** habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre dichas partes y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, y a la vez **ii)** derogar la jurisdicción y la competencia de los despachos judiciales.

2.8.3. Finalmente, no es procedente acudir a la figura de llamamiento en garantía ya que **mis representadas no son garantes del Ministerio de Salud y Protección Social hoy ADRES**, "solo ejecutaban la auditoría de los recobros y reclamaciones cuyos resultados fueron recibidos a satisfacción en su momento, sin que se pudiera predicar una relación sustancial para llamarlas en garantía" (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, Magistrado Ponente: Hernán Mauricio Oliveros Mottas, expediente radicado No. 2016-00728-01 Auto del 21 de enero de 2020) o, sin que por ello se pudiera exigir frente a mis representadas una indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues "están a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social" (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte, expediente con radicado No. 2017- 00309 Auto del 5 de febrero).

2.8.4. Pese a que lo narrado en este numeral **NO ES UN HECHO**, sino una apreciación subjetiva por parte del apoderado de la ADRES que no está soportada en los hechos de la demanda y carece de fundamento legal y contractual, **NO ES CIERTO** que respecto de los fundamentos fácticos objeto de debate en la demanda principal, mis representadas se comprometieran a mantener indemne a la ADRES y a asumir su responsabilidad directa, como lo pretende hacer ver la llamante en garantía por las razones que a continuación se exponen:

2.8.5. Se destaca que las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato y de transacción, en consecuencia, la indemnidad acá aludida no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representan los compromisos allí adquiridos y por los cuales las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

2.8.6. En el remoto evento de una condena, esta debe realizarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES, que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud -POS- hoy Plan de Beneficios en Salud.

2.8.7. La determinación del origen de estos recursos ha sido claramente definida en las normas que han previsto el trámite de los recobros, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De acuerdo con lo anterior, **no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago por beneficios**

extraordinarios no incluidos en el POS deba realizarse con recursos de terceros diferentes a los del SGSSS.

2.8.8. La Unión Temporal FOSYGA 2014 en su calidad de contratista del Ministerio y posteriormente de la ADRES, circunscribió su labor a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, atendiendo la normatividad aplicable, las instrucciones y directrices impartidas por el Contratante – en su momento Ministerio hoy ADRES-, **por lo que no le corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo a su propio patrimonio, incluso de esta forma quedó pactado en la consideración primera⁴ del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.**

2.8.9. Aunado a lo anterior, la entidad demandante al momento de presentar los recobros para el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera, no cumplió con los requisitos exigidos en la normatividad vigente, sin embargo, es posible que posterior a dicho proceso se presenten dos situaciones a saber; **i)** que al momento de presentar la demanda, la entidad accionante subsane los yerros que llevaron a la aplicación de las glosas en el trámite administrativo, y/o **ii)** que el Juzgado resuelva o considere que se deban cancelar los recobros en vía judicial, situación que de ninguna manera desvirtúa la obligación legal impuesta al ente ministerial citado, ahora la ADRES, de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros ni los traslada a los contratistas, en este caso a la Unión Temporal FOSYGA 2014.

2.8.10. Por último, la auditoría en salud, jurídica y financiera que se llevó a cabo siguiendo estrictamente los parámetros normativos, lineamientos e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, los cuales se encuentran en las normas y actos administrativos proferidos por éste y para el caso concreto la Resolución 3951 de 2016, normas procedimentales que establecieron las etapas del proceso de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro.

2.9. AL HECHO NOVENO: Pese a que lo narrado en este numeral **NO ES UN HECHO**, sino una apreciación subjetiva por parte de la apoderada de la ADRES que no está soportada en los hechos de la demanda y carece de fundamento legal y contractual, **NO ES CIERTO** que respecto de los fundamentos fácticos objeto de debate en la demanda principal, mis representadas se comprometieran a mantener indemne a la ADRES y a asumir su responsabilidad directa, como lo pretende hacer ver la llamante en garantía por las razones que a continuación se exponen:

2.9.1. Si bien en el referido contrato se pactó cláusula de indemnidad, esto no deriva en ningún modo en que las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 se comprometieran a asumir el pago de las prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS- hoy Plan de Beneficios en Salud, que eventualmente se reconocieran en virtud de un fallo, pues el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que esta acción sea atribuible a un error de auditoría, y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que sociedades de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.9.2. Se insiste que el alcance de las obligaciones de **la Unión Temporal en su calidad de consultora** desvirtúan cualquier posibilidad de promulgar responsabilidades de tipo objetivo o de resultado, bajo las cuales mis representadas debieran responder por diferencias de apreciación en la realización de la auditoría o “error” pues la existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo como el que le es propio, supone no solamente la acreditación de un error en la auditoría, sino que en su ocurrencia haya

⁴ “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.**”

mediado culpa contractual de la Unión Temporal, aspectos que no están acreditados por la ADRES.

2.9.3. Se destaca que las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato y de transacción, en consecuencia, la indemnidad acá aludida no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representan los compromisos allí adquiridos y por los cuales las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto.

2.9.4. En el remoto evento de una condena, esta debe realizarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES, que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS- hoy Plan de Beneficios en Salud.

2.9.5. La determinación del origen de estos recursos ha sido claramente definida en las normas que han previsto el trámite de los recobros, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De acuerdo con lo anterior, **no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS deba realizarse con recursos de terceros diferentes a los del SGSSS.**

2.9.6. La Unión Temporal FOSYGA 2014 en su calidad de contratista del Ministerio y posteriormente de la ADRES, circunscribió su labor a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, atendiendo la normatividad aplicable, las instrucciones y directrices impartidas por el Contratante – en su momento Ministerio hoy ADRES-, **por lo que no le corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo a su propio patrimonio, incluso de esta forma quedó pactado en la consideración primera⁵ del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.**

2.9.7. Aunado a lo anterior, la entidad demandante al momento de presentar los recobros para el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera, no cumplió con los requisitos exigidos en la normatividad vigente, sin embargo, es posible que posterior a dicho proceso se presenten dos situaciones a saber; **i)** que al momento de presentar la demanda, la entidad accionante subsane los yerros que llevaron a la aplicación de las glosas en el trámite administrativo, y/o **ii)** que el Juzgado resuelva o considere que se deban cancelar los recobros en vía judicial, situación que de ninguna manera desvirtúa la obligación legal impuesta al ente ministerial citado, ahora la ADRES, de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros ni los traslada a los contratistas, en este caso a la Unión Temporal FOSYGA 2014.

2.9.7. Por último, la auditoría en salud, jurídica y financiera que se llevó a cabo siguiendo estrictamente los parámetros normativos, lineamientos e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, los cuales se encuentran en las normas y actos administrativos proferidos por éste y para el caso concreto las Resoluciones 3099 de 2013 y sus modificaciones y la Resolución 5395 de 2013, normas procedimentales que establecieron las etapas del proceso de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro.

3. FRENTE A LAS PRETENSIÓN

3.1. La petición esbozada por la ADRES se dirige a “**citar**” a las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, nótese que no existen pretensiones adicionales frente

⁵ “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.**”

a mis representadas, por lo que no podría exceder los términos de lo pedido por la llamante quien solo requiere nuestra comparecencia al proceso, situación que ya adelantó a partir del trámite de notificación.

Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso el presupuesto legal para la procedencia del llamamiento en garantía es que exista un derecho legal o contractual para exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir y en el caso que nos ocupa, si bien es cierto existió un Contrato de Consultoría entre el Ministerio de Salud y Protección Social, hoy ADRES y las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del mismo no hacía referencia a obligaciones de resultado y tampoco implicaba el pago de los recobros con recursos de terceros, es decir, la celebración del contrato no conllevó al cambio de la fuente de financiación, aunado a que la responsabilidad patrimonial pactada no implicaba el pago de las prestaciones excluidas de los planes de beneficios, pues la misma en todo momento ha sido a cargo del Estado, antes a través del FOSYGA y en la actualidad a través de la ADRES.

En este sentido, mis representadas **SE OPONEN** a la citación efectuada, por considerar que no se cumplen los supuestos fácticos para llamarlas en garantía, por cuanto no son garantes, no responden como aseguradoras, adicionalmente el pago que se pretende debe ser reconocido con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por disposición legal; y porque adicionalmente, la ADRES debe sujetarse a lo acordado en el Acta de liquidación bilateral del contrato y la transacción suscrita entre las partes, sin que le sea posible pretender indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

4. FRENTE A LAS EXCEPCIONES:

Además de la defensa y argumentos expuestos al dar respuesta a los hechos de la demanda, así como las que resulten probadas en el proceso, que deben ser declaradas de oficio por el Despacho de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General de Proceso, formulo las siguientes excepciones:

4.1. EXCEPCIONES PREVIAS:

4.1.1. CLÁUSULA COMPROMISORIA (NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 100 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO):

En el Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, el cual sirve como uno de los fundamentos del llamamiento en garantía, se pactó cláusula compromisoria que sometía al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento las diferencias que eventualmente se presentaran en su ejecución, (menos aún, cuando existe acta de liquidación bilateral del contrato), en consecuencia, la Jurisdicción Ordinaria Laboral no puede emitir pronunciamiento alguno sobre la controversia que ahora nos ocupa.

El artículo 3° de la Ley 1563 de 2012, define el pacto arbitral como un negocio jurídico en virtud del cual las partes deciden someter a la decisión de particulares, en su condición de árbitros, el conocimiento de una determinada controversia; esa misma disposición señala que el pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El párrafo tercero de la referida norma prevé que *“Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”*.

En materia contractual no debe pasarse por alto la premisa que el contrato es ley para las partes, y por lo tanto, lo acordado por ellas es obligatorio y vinculante, en ese sentido,

se evidencia que la ADRES desatendió uno de los aspectos acordados, pues el referido acuerdo contiene una **cláusula compromisoria**, en virtud de la cual ante alguna diferencia de las partes en cuanto a la ejecución y liquidación del contrato, éstas acudirían ante un Tribunal de Arbitramento para su resolución. Su tenor literal, como se transcribió en la respuesta al Hecho Octavo, es el siguiente:

“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, entre las partes. **En el evento en 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 a 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, adicionen o sustituyan y que se encuentren vigentes al momento de la convocatoria.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

El llamado en garantía para alegar la existencia de la cláusula compromisoria cuenta con dos vías, (i) **interponer los recursos pertinentes contra el auto por medio del cual se vinculó al proceso, como en efecto se hizo pero que fue considerado por el Despacho como improcedente, o (ii) proponerla como excepción previa en la contestación del llamamiento en garantía** y, en virtud de lo anterior, formulo esta excepción en defensa de los intereses de mi representada.

Sobre el tema, el Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Unitaria Civil – Familia de Pereira, Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo, mediante auto del 5 de mayo de 2017, Expediente: 66001-31-03-004-2015-00299-01, señaló:

“(…)3. El llamamiento en garantía ha sido una opción que de antaño les ha permitido a las partes, demandante o demandada, citar al proceso a quien, por una relación legal o contractual, se le pueda exigir la indemnización del perjuicio que la parte llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, para que en el mismo proceso se resuelva esa relación sustancial. Así lo indica el artículo 57 del C. de P. Civil.

Esta especial figura permite, como muchas otras del ordenamiento procesal, poner de relieve el factor de conexidad, pues es evidente que, propuesta, se puede llegar al final, en la sentencia, a resolver dos procesos: el que existe entre demandante y demandado, y en caso de que este último sea condenado, el vínculo entre el llamante y el llamado. Se permite, entonces, que por virtud de la facultad que la ley ofrece al demandante o

al demandado, que es el que, en general, hace uso de esa facultad, se formule una pretensión específica contra quien, sin necesidad de ser demandado, acude al proceso, producto del llamamiento, con el fin de que se dilucide la relación sustancial que pueda existir entre él y quien lo cita. Corresponde al juez, por tanto, determinar si la reclamación que se le hace para salir al cubrimiento de la indemnización que se le imponga al demandado en el proceso, es viable o no, de acuerdo con el derecho legal o contractual que se disputa.

Y ¿qué significa contestarlo? Que puede ejercer su derecho de defensa frente a quien lo cita, como si fuera su demandado, lo que implica que en su respuesta cabe proponer excepciones, y estas admiten ser de mérito o previas. Adicionalmente, se abre la posibilidad de atacar, **por vía de recursos, el auto que ordenó citarlo al proceso, y por este medio, sería viable, entre otras cosas, discutir aspectos que también pudo haber alegado como excepción previa.**

Por ejemplo, para ajustarnos a este caso, el artículo 97 del CPC, contempla, entre otras, **la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria; pero no es la única forma de discutir la existencia de un pacto arbitral; también se lograría ese cometido, según se dijo, interponiendo contra el auto de admisión del llamamiento, los recursos pertinentes, fundados en que existe una cláusula compromisoria o un compromiso. Dicho de otra manera, como se trata de una persona que puede ejercer todos los medios de defensa a que tiene derecho la parte que lo convoca, resulta perfectamente viable invocar la cláusula compromisoria, ya sea atacando el llamamiento a través de los recursos legales, como aquí acontece, o bien invocando la excepción previa del caso.**

En esa misma providencia sobre la cláusula compromisoria se dijo:

(...) 5. Hechas estas precisiones, lo que queda es definir si, como pregona el recurrente, el llamamiento en garantía en este asunto es inviable, por la preexistencia de una cláusula compromisoria.

A decir verdad, tiene razón. No obstante que todos los requisitos se cumplen a cabalidad para que el llamamiento sea aceptado por la juez, es indiscutible que en el contrato suscrito entre la entidad demandada y el llamado en garantía (folios 8 a 14, c. ppal. de copias), se pactó que:

Las partes se comprometen irrevocablemente a que cualquier controversia que surja directa o indirectamente en relación a la interpretación, vigencia, cumplimiento o terminación del presente convenio y de las normas legales que le fueren aplicables, se resolverá en primera instancia en forma amigable, y de no existir acuerdo, se someterá a la decisión de árbitros, designados uno por cada una de las partes y un tercero nombrado por el Presidente de la Cámara de Comercio de Pereira, o por quien haga sus veces. El tribunal fallará en derecho dentro de los dos (2) meses siguientes a su instalación y en caso de que una de las partes no hiciere la designación de árbitro que le corresponda también la hará el Presidente de la Cámara de Comercio.

Ello, con fundamento, primero, en una norma de rango superior contenida en la Constitución Política que en su artículo 116 prevé que "...los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Y, segundo, en las reglas del Decreto 1818 de 1998, a la sazón vigente, que recogió las normas sobre arbitramento, según las cuales, por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula

compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces (art. 117).

Si ello es así, como evidentemente lo es, no queda duda de que la voluntad expresa y deliberada de las partes fue sustraer del conocimiento de los jueces ordinarios el trámite y decisión de un eventual litigio que entre ellas pudiera suscitarse, entre otras cosas, por el cumplimiento del contrato, para asignárselo a unos árbitros. Allí está, precisamente la relación sustancial entre las partes, que, eventualmente, tendría que definirse en la sentencia, pues para imputar cargas económicas al llamado en garantía, tendrían que analizarse los términos del convenio, concretamente las obligaciones contraídas, en procura de establecer si se acataron o no.

En ese orden de ideas, poco favor se le haría al proceso si se admitiera el llamamiento, para que al final, en el caso de una sentencia desfavorable a la entidad convocante, se tenga que concluir que por existir una cláusula compromisoria, puesta de presente por el médico llamado en garantía, el juez carece de jurisdicción para adoptar una decisión de fondo.

(...) 6. Se puede concluir, entonces, que entre llamante y llamado existe una convención de por medio, en la que se involucró un pacto arbitral (cláusula compromisoria), que sustrae de la jurisdicción ordinaria toda polémica que entre ellos pueda surgir por causa del cumplimiento del contrato; además, ese acuerdo fue alegado por el llamado en garantía, con lo que salta a la vista que no renunció a sus efectos.

Y como ya quedó visto que tal acuerdo puede hacerse valer como excepción previa, o por medio de los recursos ordinarios que la ley prevé, que es el mecanismo al que ha acudido el llamado, no queda alternativa diferente a la de revocar el auto protestado para, en su lugar, rechazar por falta de jurisdicción el llamamiento en garantía formulado por la Caja de Compensación Familiar de Risaralda -Comfamiliar- al médico Luis Javier Villota Gómez, por existir una cláusula compromisoria entre ellos. (Negrilla fuera de texto original).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente RODRIGO UPRIMNY YEPES, precisó:

“(...) La excepción de compromiso o cláusula compromisoria es una excepción que surge o se origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato. Así, resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia. Por consiguiente, la excepción descrita le permite al demandado alegar la existencia de esta cláusula dentro del proceso, a fin de desvirtuar la competencia funcional del juez ordinario para conocer del asunto, y llevar el conflicto a instancias del tribunal de arbitramento previamente pactado para el efecto (...)”

En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de junio de 2016, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco, radicado: 11001-31-03-019-2008-00247-01 al señalar que:

*“(…) la posición de la Corte Suprema en este proveído es la de entender que **la existencia de un pacto arbitral inhibe al juez para conocer de un asunto que tenga campo de acción en el mencionado convenio, y que la actuación de la autoridad judicial no supone falta de jurisdicción si de no existir el convenio era esa jurisdicción la llamada a conocer del asunto**”*
(Negrilla fuera de texto original).

Por lo tanto, ante la existencia de la cláusula compromisoria, se excluye la competencia del Juez Ordinario Laboral, pues quien debe conocer del asunto es el Tribunal de Arbitramento.

En resumen, como quiera que la responsabilidad de mi representada involucra una controversia o diferencia en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 con el llamante en garantía, el juez laboral carece de competencia para conocer del asunto en contra de la Unión Temporal FOSYGA 2014.

4.1.1.1. NATURALEZA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA INVOCADA

Por una parte, de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Consultoría 043 de 2013, suscrito entre mi representada y el Ministerio de Salud y Protección Social, ésta fungió como contratista del ente ministerial y su labor se circunscribió a realizar la auditoría de las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes ante el entonces FOSYGA, lo que permite inferir que la relación que se predica en este caso se deriva de un **contrato de consultoría estatal y no una relación de laboral que desencadene un conflicto de carácter individual o colectivo.**

Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura, en su momento señaló que las controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de los recobros por prestaciones presuntamente no incluidas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS), se enmarcaban en las referidas en el numeral 4 del artículo 2 del C.P.T.S.S., por tratarse de conflictos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto no responden a controversias de carácter colectivo derivadas de una relación laboral, y por ello no se puede atribuir la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral frente al llamamiento en garantía, precisamente por la existencia de una cláusula compromisoria.

En consecuencia, no es dable exigir respecto de mi representada el requisito establecido en el artículo 131 del C.P.T.S.S., el cual precisa que: *“La cláusula compromisoria sólo tendrá validez cuando conste en convención o pacto colectivo, y el compromiso cuando conste en cualquier otro documento otorgado por las partes con posterioridad al surgimiento de la controversia”*, toda vez que esta disposición se refiere única y exclusivamente a **conflictos de carácter colectivo surgidos en relaciones laborales.**

Por último, acorde con el principio general del derecho por el cual *“nadie está obligado a lo imposible”*, al no versar el presente conflicto sobre un asunto de carácter laboral individual o colectivo, no es viable requerir que la cláusula compromisoria se pactara en convención o pacto colectivo, pues esta se acordó en el único documento viable en materia de contratación, esto es, en el Contrato, que en este caso es el de Consultoría 043 de 2013, incluso no tener en cuenta dicho pacto de resolución de conflictos, es una vulneración al acuerdo de voluntades que constituye ley para las partes.

4.1.1.2. OBLIGATORIEDAD DE LA CLAUSULA ARBITRAL PACTADA EN UN CONTRATO ESTATAL:

Cuando la cláusula arbitral indica *“**toda controversia** relativa a la ejecución y liquidación de este contrato... se someterá y resolverá por un Tribunal de Arbitramento”* no deja duda, que en este concepto se incorporan todas aquellas diferencias que surjan con ocasión del contrato, lo cual incluye las que dieron lugar al llamamiento en garantía formulado por la ADRES en contra de mi representada pues, lo que se debate es el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Es decir, la cláusula arbitral no debía afirmar de forma taxativa en uno de sus apartes cuales controversias se entienden como de ejecución contractual, y este concepto amplio pone de presente la voluntad de las

partes de someter al conocimiento de la justicia arbitral **todas las controversias**, sin distinción, incluidas aquellas derivadas de la auditoría en salud, jurídica y financiera, según el objeto del contrato, entre las que se encuentran la existencia o no de deficiencias en el proceso de auditoría así como la diligencia y cuidado en su desarrollo.

Se resalta que en las formalidades legales y jurisprudenciales de la cláusula arbitral está el que ella sea expresa y por escrito, sin que pueda afirmarse que la cláusula general de someter toda controversia relativa a la ejecución y liquidación de un contrato estatal constituya un acuerdo indefinido, por cuanto a voluntad de las mismas partes se determinó que todos los asuntos derivados de la ejecución serían de conocimiento de los árbitros, vale resaltar que la “(...) solemnidad del pacto arbitral -tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso-, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto[1]”

Ahora bien, la voluntad de contratante y contratista que en el contrato estatal pactan la cláusula arbitral no puede ser desconocida so pena de generar un vicio de nulidad, al respecto el Consejo de Estado ha indicado: “Los efectos procesales que el correspondiente pacto arbitral está llamado a generar. En modo alguno puede perderse de vista que si las partes de un contrato estatal acuerdan la celebración de una cláusula compromisoria, con lo cual deciden de manera consciente y voluntaria, tanto habilitar la competencia de los árbitros para conocer de los litigios que surjan entre dichas partes y que se encuentren comprendidos dentro del correspondiente pacto arbitral, como, a la vez, derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes, **resulta evidente que si éstos últimos advierten la existencia de la correspondiente cláusula compromisoria, de manera directa y primae facie, perfectamente podrían y deberían rechazar la demanda que les sea presentada por carecer de jurisdicción y de competencia –para evitar que sus actuaciones resulten afectadas de los vicios de nulidad consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.– sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la demanda proponga la respectiva excepción.[2]”**

En este sentido, se ha afirmado que “la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original[3]” por lo que no puede el Juez Laboral invalidar o desconocer el acuerdo suscrito por las partes y debe declarar la existencia de la cláusula compromisoria absteniéndose de conocer el llamamiento en garantía elevado por la ADRES en contra de mi representada.

4.1.2. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS LABORALES PARA CONOCER DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS SEGÚN LO DISPUESTO EN EL AUTO 389 DE 2021 Y LA REGLA DE DECISIÓN ALLÍ CONTENIDA

4.1.2.1. La Constitución de 1991 en su artículo 256, en armonía con la Ley 270 de 1996, artículo 112 numeral 2º, le asignó al Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la facultad de dirimir los conflictos de competencia entre distintas

[1] Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-04862-01 (18013) Sentencia del 7 de marzo de 2012

[2] Sentencia nº 25000-23-26-000-2003-00424-01 de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 26 de Julio de 2013

[3] En cita CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017).Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00667 01 (58461)

jurisdicciones. No obstante, mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, la citada Corporación creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

4.1.2.2. Según el artículo 14 del Acto Legislativo No. 2 de 2015 por el cual se modificó el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, la H. Corte Constitucional tiene por función “*Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones*” actividad que sería ejecutada desde la operación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

4.1.2.3. La designación y elección de los Magistrados que integraron la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se efectuó el 2 de diciembre de 2020 y el 13 de enero de 2021 tomaron posesión ante el Presidente de la República, por lo que a partir de esta última fecha el Consejo Superior de la Judicatura no conoce de los conflictos de competencia en cita y se trasladaron a la H. Corte Constitucional.

4.1.2.4. En ejercicio de las funciones que le fueron asignadas, **la H. Corte Constitucional profirió el Auto 389 del 21 de julio de 2021**, en el cual al dirimir un conflicto de competencia similar al aquí planteado, declaró que la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al indicar entre otras razones las siguientes, que a continuación se exponen con negrilla ajena al texto, así:

- **“La Sala encuentra, en primer lugar, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social” (...). En ese orden, el recobro no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestado**
- “En segundo lugar, las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud vinculan, en principio, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES. **En este tipo de controversias, en consecuencia, no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores”**
- “Es necesario precisar que la ADRES no es una entidad administradora de los planes de beneficios en salud” (...) tampoco es una entidad prestadora –no es EPS ni IPS” (...)
- “ 30. Con fundamento en lo anterior, **concluye la Sala que el numeral 4º del artículo 2 del CPTSS (en la forma como fue modificado por el artículo 622 del CGP) no es aplicable a las controversias relacionadas con el pago de recobros** judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas, que se susciten entre las EPS y la ADRES, en la medida en que, como ya se indicó, no corresponden a litigios que, en estricto sentido, giren en torno a la prestación de servicios de la seguridad social. Además, porque se trata de controversias presentadas únicamente entre entidades administradoras, relativas a la financiación de un servicio que ya se prestó”
- “31. Así las cosas –**descartada la competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social**–, para efectos de determinar la competencia para el conocimiento de este tipo de controversias, es necesario acudir a la cláusula que trae el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 que indica que “[l]a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las **controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (negrillas fuera de texto).
- “35. Actualmente, los artículos 35 a 71 de la Resolución 1885 de 2018, permiten confirmar que **el recobro es un procedimiento administrativo** que se surte en las etapas de presentación, pre radicación, radicación, verificación, pre auditoría, auditoría integral y pago. En el marco de dicho procedimiento o trámite, la ADRES puede adoptar una de las siguientes decisiones: (i) aprobar totalmente los ítems del recobro, (ii) aprobar con reliquidación o (iii) aprobar parcialmente (art. 53, Resolución 1885 de 2018).“
- (...)

- "36. La normativa descrita permite concluir que **el recobro no es una simple presentación de facturas, sino que constituye un verdadero trámite administrativo** que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad".

"40. Así las cosas, **como quiera que los procedimientos de recobro son la expresión de actuaciones administrativas regladas en cabeza de una entidad pública, es razonable que su control deba estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa**, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 dispone expresamente que dicha jurisdicción *"está instituida para conocer [...] de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas"*

Planteamiento que se refuerza en el hecho de que, por medio de la demanda, también se busca el pago de perjuicios y las reparaciones de daños causados por el hecho y la omisión de una entidad pública, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante (*supra* 1).

"41. **Cabe concluir, con fundamento en las anteriores consideraciones, que las controversias relativas a los recobros efectuados por las EPS son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo"**

4.1.2.5. En el Auto A-389 de 2021, la H. Corte Constitucional, fijó una regla de decisión respecto a la competencia en materia de recobros:

En esta providencia, la H. Corte Constitucional fijó la siguiente regla de decisión:

"Regla de Decisión:

54. El conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el POS, hoy PBS, corresponde a los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.

Este tipo de controversias no corresponde a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social 10, en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, **se trata de litigios** presentados exclusivamente entre entidades administradoras y **relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores"** (Negrilla fuera de texto)

4.1.2.5. Razones suficientes para apartarse del precedente que fijó el Consejo Superior de la Judicatura:

Las consideraciones tomadas en el Auto 389 de 2021 no constituyen un supuesto aislado, pues la H. Corte Constitucional en esta providencia recoge los argumentos tomados tanto por el Consejo Superior de la Judicatura como por la Corte Suprema de Justicia y se aparta de los del primero y otorga la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los motivos que determinan la ausencia de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral se resumen así:

- ❖ **Ausencia de los presupuestos del artículo 2 del C.P.T y de la S.S.:** El proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social, en razón a que la EPS ya prestó el servicio. Lo que pretende la Entidad recobrante es recuperar los recursos destinados en esa prestación.

- ❖ **En atención a los sujetos vinculados en el procedimiento del recobro:** Con la EPS y la ADRES, no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores. Además la ADRES es una entidad pública, no un Prestador de Servicios de Salud IPS ni una Entidad Promotora de Salud- EPS.
- ❖ **Por la naturaleza del procedimiento administrativo del recobro:** No se trata de la imple presentación de facturas pues incorpora un trámite administrativo y crea una situación jurídica concreta para la EPS, en el sentido de aceptar o rechazar el pago de los servicios y tecnologías en salud que suministró, por lo que su control debe estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativo.
- ❖ **Por su finalidad:** Con estos procesos se busca el pago de perjuicios y las reparaciones de daños causados por el hecho y la omisión del entonces FOSYGA, hoy de la ADRES.

4.1.2.6. Fuerza vinculante de las reglas de decisión:

La H. Corte Constitucional al respecto ha señalado que “la parte de las sentencias que, tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas”.¹¹ y al tener fuerza normativa, las reglas jurídicas constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades.

Así mismo, se ha reconocido el precedente judicial y la fuerza vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, incluyendo aquellas providencias proferidas por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuyas funciones en cuanto a conflictos de competencia se refieren fueron asumidas por la H. Corte Constitucional. A manera de ejemplo de cita la sentencia C-335 de 2008.

La fuerza vinculante se genera para la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, a través de la unificación jurisprudencial, confianza legítima e igualdad en las decisiones de casos iguales, en consecuencia, en el evento de que algunos de los procesos continúen bajo el conocimiento de la jurisdicción laboral y otros se remitan a la jurisdicción contencioso administrativa, se pueden generar consecuencias jurídicas diferentes en casos análogos, solo con atender a las disposiciones procesales propias de cada jurisdicción y sin considerar aspectos de carácter sustancial, lo que podría conllevar a la lesión del derecho fundamental al debido proceso.

-Desde que la Corte asumió la competencia en la resolución de los conflictos de jurisdicción ha proferido múltiples providencias en las que ha reiterado la regla de decisión adoptada en el auto en mención.

4.1.2.7. El Tribunal Superior de Bogotá ha acogido la regla de decisión adoptada por la Corte Constitucional en el Auto A-389 de 2021:

El Superior Jerárquico de esta jurisdicción ha acogido de manera progresiva la posición adoptada por la Corte Constitucional y a manera de ejemplo se citan los siguientes:

4.1.2.7.1. Auto de fecha 30 de noviembre de 2021, proferido dentro del Proceso: 110013105- 015-2020-00276-01, la Sala de Decisión integrada por los Magistrados Diego Fernando Guerrero Osejo, Diego Roberto Montoya Millán y **Rafael Moreno Vargas, en su calidad de Ponente**, al estudiar el recurso de alzada manifestaron: “esta Sala de Decisión se percata de la incursión en este trámite judicial de una causal de nulidad insaneable que impide asumir el conocimiento de la causa como lo es la falta de jurisdicción” (...) observa la Sala que hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado y remitir las actuaciones a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con los lineamientos trazados en reciente pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional en Auto 389 del 22 de julio de 2021”.

4.1.2.7.2. Auto de fecha 30 de noviembre de 2021, proferido dentro del Proceso sumario: 110012205000-2021-00614-01, el **Magistrado Ponente Luis Carlos González Velásquez**, al

estudiar el recurso de apelación contra la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud señaló: " tal como lo ha manifestado por la Corte Constitucional en AUTO 389 del 21 de julio de 2021, por lo que la competencia para conocer de este asunto corresponde a la jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que impide continuar con el conocimiento del presente asunto y en consecuencia se proceder a declarar la falta de jurisdicción y competencia de este Tribunal y se ordenar por Secretaria de la Sala Laboral remitir las presentes diligencias al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA por tratarse del superior funcional de quien a prevención, conoció del presente asunto en primera instancia, para que continúe con el trámite correspondiente".

4.1.2.7.3. Auto de fecha 9 de diciembre de 2021, proferido dentro del Proceso 012 2019 00068 01. M.P.: LILY YOLANDA VEGA BLANCO. Al conocer la apelación interpuesta por la demandante y por la ADRES, en contra del fallo del 22 de septiembre de 2020, así como del grado jurisdiccional de consulta, advierte que no puede conocer por la presencia de una nulidad en los términos del artículo 29 de la Constitución Política. En este caso, basados en lo dispuesto en el auto A. 389 de 2021 y a que el expediente había sido remitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección C a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, se dispone que el juez de primera instancia proponga el conflicto de competencia.

Al respecto se advierte que, después del análisis del juez de primera instancia para proferir la sentencia, su superior jerárquico ordena suscitar el conflicto lo que evidencia que para efectos de celeridad es mejor no esperar hasta esta etapa para que se revise si es o no competencia de la jurisdicción contencioso administrativo, pues lo mismo conlleva un desgaste para las partes e inclusive, para la administración de justicia.

4.1.2.7.4. Auto de fecha 30 de noviembre de 2021, proferido dentro del Proceso 2015-01103 con ponencia del Magistrado Luis Carlos González Velásquez. Señala que inclusive en aquellos procesos donde ya se había resuelto conflicto de competencia asignándole al juez laboral la competencia es posible remitir a juzgados administrativos con ocasión del auto de la Corte Constitucional.

4.1.2.7.5. Auto del 27 de enero de 2022, proferido en el proceso 11001310503720160089001, con ponencia del Dr. Jose William González Zuluaga. También indica que a pesar de que sería el momento procesal para programar fecha para desatar la segunda instancia, se debe acoger en su integralidad el auto 389 de 2021 y declarar la falta de competencia.

De manera semejante, dicho magistrado profiere auto en la misma fecha en el proceso con número de radicado 11001310503520180026501.

4.1.2.7.6. Auto del 2 de febrero de 2022, proferido en el proceso 11001310502820190070201, con ponencia del Dr. Diego Roberto Montoya Millán.

4.1.2.7.7. Auto del 31 de enero de 2022, proferido en el proceso 11001310503520190005501, con ponencia del Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero. En el que al resolver la apelación del auto que rechazó una demanda por falta de agotamiento de la reclamación administrativa, cita lo dispuesto por la Corte Constitucional.

4.1.2.8. Así las cosas, se observa que la posición adoptada por la H. Corte Constitucional configura una regla de decisión que ha sido acogida por las autoridades judiciales que tienen a su cargo este tipo de procesos en los que se pretende el recobro de los servicios de salud prestados por una EPS, con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y que debe ser acogida igualmente por ese Despacho Judicial.

4.1.2.9. Ahora bien, las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá se encuentran sustentadas en el derecho al **debido proceso** contemplando en el artículo 29 de la Constitución Política, y es que de continuar con los trámites propios en la jurisdicción

ordinaria laboral se estaría lesionando el principio al **juez natural** que conforme fue indicado por la Corte Constitucional, en estos asuntos corresponde al Juez Contencioso Administrativo y no al Juez Laboral.

4.1.2.10. Valga la pena precisar que en lo corrido del año 2021, se observaron diversos pronunciamientos de Tribunal Superior de Bogotá, que decretaron la nulidad y/o la remisión de las diligencias a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, si bien no apoyadas en el Auto de la Corte, por ser anteriores a esta, si en las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia APL 1531 del 12 de abril del 2018 y APL 3522 del 19 de julio del 2018.

Como referente se citan los siguiente:

4.1.2.10.1. Auto de fecha 28 de mayo de 2021, proferido dentro del Proceso sumario: 110012205000-2020-00404-01, la **Magistrada Ponente Diana Marcela Camacho Fernández**, y la Sala de decisión conformada por Eduardo Carvajalino Contreras y Luis Alfredo Barón Corredor, al estudiar el recurso de apelación contra la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud señalaron: “

(...) la Sala haciendo suyos los argumentos expuestos por la CSJ considera que teniendo en cuenta que la decisión de glosar, devolver o rechazar las solicitudes de cobros de servicios, medicamentos o tratamientos que no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud NO POS es asumida por el FOSYGA hoy ADRES en nombre y representación del Estado constituye un acto administrativo; por lo que este proceso debe ser remitido a la jurisdicción contenciosa administrativa por expresa disposición de la Ley 1437 del 2011. Así las cosas, y teniendo en cuenta que es evidente la falta de competencia de este Tribunal para desatar la alzada propuesta, se ordenará a la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, remita las diligencias al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que sean repartidas a la respectiva Sección conforme al medio de control de reparación directa, por tratarse del superior funcional, de quien, a prevención en calidad de Juez Administrativo, conoció del presente asunto en primera instancia, para que continúe con el respectivo trámite”.

4.1.2.10.2. La misma posición la acogió la Magistrada Ponente, Clara Leticia Niño Martínez en el proceso 11001-22-05-000-2020-00742-01, mediante auto de fecha 18 de enero de 2021.

-Por lo anterior, continuar con el conocimiento de estas diligencias no solo no responde a la regla de interpretación en cita y desconoce su fuerza vinculante, sino que nos avoca a una futura nulidad insaneable.

4.1.3. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL - IMPOSIBILIDAD DE EXAMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MI REPRESENTADA

Sin que implique una contradicción con los argumentos expuestos en la excepción de clausula compromisoria, se esgrime la falta de jurisdicción y competencia, con fundamento en los siguientes supuestos jurídicos:

4.1.3.1. POR LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES LLAMADAS EN GARANTÍA

El Código Procesal del Trabajo establece en el artículo 2º la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, señalando en el artículo 4º, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, que esta jurisdicción es competente para conocer de:

“Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

El Sistema General de Seguridad Social en Salud está compuesto por: (i) Las entidades del Estado (Ministerio de Salud y Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud), (ii) los aseguradores que son las Entidades Promotoras de Salud – EPS y las Entidades Obligadas a Compensar – EOC, y las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, y (ii) las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud - IPS y por su parte, las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014, y las sociedades privadas que la conforman, esto es, CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASD S.A.S y SERVIS S.A.S., que **fueron contratistas estatales**, del Ministerio de Salud y Protección Social y posteriormente de la ADRES, **y no corresponden con ninguno de los organismos o entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

La disposición transcrita establece que la competencia se deriva de controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral que se susciten **entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras**, y, como quiera que la naturaleza jurídica de mi representada no encaja en ninguna de las figuras citadas en la norma, no puede entonces indicarse que es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral el resolver el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES.

4.1.3.2. POR LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE MIS MANDANTES:

Las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, eventualmente responderían frente al Ministerio de Salud y Protección Social, ahora ante la ADRES, en su calidad de contratistas del Estado y su remota responsabilidad derivaría de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio, y frente a un caso de incumplimiento contractual, el cual se desarrollaría al tenor de las normas de contratación estatal plenamente aplicables y a instancias del juez natural del contrato estatal.

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014** en la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no de conformidad con lo dispuesto en el Contrato respectivo y con la normatividad vigente.

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. que establece el **medio de control de controversias contractuales**, en virtud del cual se tramitan los asuntos relacionados con incumplimientos en contratos estatales. Sobre el particular, a manera de ejemplo me permito citar la siguiente sentencia del Consejo de Estado⁶, en la que se manifestó:

*“(...) A través del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, **que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios**, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.*

Al respecto, cabe recordar que, tal y como ocurría en vigencia del Decreto 01 de 1984 - artículo 87 -, para que una pretensión pueda ser resuelta a través del medio de control de controversias contractuales, es necesario que la misma tenga por origen un contrato estatal, pues en virtud de este medio es procedente solicitar, entre otras pretensiones, la del incumplimiento del contrato y el consecuente restablecimiento y/o indemnización de perjuicios”

⁶ Fallo Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-36-000-2012-00403-01 (46112), proferida el 10 de julio de 2013, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C- 388 de 1996, estableció el alcance de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de controversias contractuales indicando:

*“Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, **el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presenten en la etapa precontractual y contractual sino también en la post-contractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa, como aparece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, que es objeto de acusación parcial en este proceso.**”*
(Negritas fuera de texto)

En este sentido, debe recordarse que la Constitución Política prevé expresamente en el artículo 29 que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en sentencias como la C-755 de 2013, como que no basta con ser juzgado por un juez, sino que el juez que conoce del asunto debe contar con la competencia para resolverlo.

En el presente caso, el obligado a responder legalmente es el Ministerio de Salud y Protección Legal, hoy la ADRES y no mi mandante; la responsabilidad de la figura asociativa que represento solo puede devenir del incumplimiento del contrato estatal, de manera que la norma prevista no atribuye competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de estos asuntos.

Finalmente, es importante resaltar que el hecho de que con anterioridad⁷ el Consejo Superior de la Judicatura hubiese atribuido la competencia a los jueces laborales para conocer de los asuntos propios de la seguridad social integral frente a la relación del afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadores de servicios de salud o de seguridad social integral, y que en virtud de lo anterior conociera de los conflictos relacionados con el no reconocimiento de los recobros y reclamaciones presentadas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no hace extensiva la competencia para establecer condenas en contra de mi representada, quien se reitera, no hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral y cumplió sus obligaciones contractuales de conformidad con el contrato suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social.

En conclusión, el derecho al debido proceso incorpora la garantía de ser juzgado por quien legalmente es competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, lo que a su vez se relaciona con el derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio (Corte Constitucional. sentencia C-537 de 2016), situación que sólo se garantiza si mi representada es juzgada ante la autoridad competente, con el procedimiento correspondiente.

De conformidad con lo expresado, existe falta de competencia por parte del juez laboral para examinar la responsabilidad de mis representadas y condenarlas en virtud de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada en cumplimiento de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, lo que conlleva el rechazo del llamamiento presentado por la ADRES.

4.2. EXCEPCIONES QUE DAN LUGAR A SENTENCIA ANTICIPADA:

El artículo 278 del Código General del Proceso, dispone:

⁷ La postura asumida por la Corte Constitucional a partir del Auto A. 389 de 2021 es que el competente para conocer estos asuntos es la jurisdicción Contenciosa Administrativa y así fijó su regla de decisión, para profundizar al respecto se remite a la excepción expuesta en la contestación de la demanda en el numeral 5.1. denominada **“FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS LABORALES PARA CONOCER DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS”**

"ARTÍCULO 278. CLASES DE PROVIDENCIAS. Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias.

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. Cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez.

2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.

3. Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa."

Conforme se indica en el numeral 3° del artículo 278 del C.G.P aplicable por remisión del artículo 145 del C.PT y de la S.S. probada la excepción de caducidad el juez deberá dictar sentencia anticipada total frente a mis representadas.

En el presente caso conforme se precisa a continuación se encuentran probadas las excepciones de transacción y de caducidad, de manera que su señoría puede proceder a dictar sentencia anticipada y rechazar el llamamiento en garantía en contra de mis representadas, conforme se precisa a continuación:

4.2.1. COSA JUZGADA - ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013, INCORPORA TRANSACCIÓN Y DECLARATORIA DE PAZ Y SALVO:

La liquidación bilateral del contrato ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, el cual corresponde a la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello, el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución (...) La liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial⁸.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se dispuso que en el acta de liquidación constaran los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

En el asunto que nos ocupa, el Contrato de Consultoría 043 de 2013 por el cual se efectuó el llamamiento en garantía a la Unión Temporal FOSYGA 2014, fue liquidado de forma bilateral, según consta en el Acta suscrita por las partes el 30 de octubre de 2020.

La suscripción del acta de liquidación bilateral solucionó todas aquellas controversias entre las partes, máxime cuando en las mismas no constan inconformidades referentes a ninguno de los aspectos de la liquidación, de manera que lo allí pactado, constituye una transacción y, por ende, tiene como efectos jurídicos el tránsito a cosa juzgada, atendiendo lo previsto en el artículo 2483 del Código Civil.

4.2.2. TRANSACCIÓN:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección C, Rad.: 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27777), C.P.: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de octubre de 2014.

El 30 de octubre de 2020, la Unión Temporal FOSYGA 2014 y la ADRES, suscribieron: "ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL CONTRATO DE CONSULTORÍA No 043 DE 2013 CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL/ADRES Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014" con la cual "las Partes decidieron solucionar todas las diferencias que entre ellas existía o llegaren a existir respecto del estado de cumplimiento del Contrato 043 y su ejecución en general."

Consta en el acta en mención, que las partes acordaron y manifestaron principalmente lo siguiente:

- a) Liquidar bilateralmente y sin salvedades el Contrato.
- b) Reconocieron que el porcentaje de cumplimiento de obligaciones del Contrato fue del 94.17%.
- c) Como consecuencia de lo anterior y de un contrato de transacción que se había celebrado anteriormente, la Unión Temporal Fosyga 2014 reconoció y efectivamente pagó a la ADRES la suma de \$1.770.264.932,97. Es preciso indicar que las sumas reconocidas por la **Unión Temporal obedecen al pago que, con efectos transaccionales, resultara de cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contractuales.**
- d) Si bien las partes se comprometieron a cumplir con las obligaciones de indemnidad y responsabilidad en los expresos términos pactados en el Contrato, **el alcance de este compromiso que debe analizarse a la luz de lo expresamente señalado en las correspondientes cláusulas contractuales no supone para la ADRES una excepción a la sujeción que representa lo acordado en el acta de liquidación.**
- e) **Las partes se declararon mutuamente a paz y salvo por todo concepto derivado del Contrato.**

Así las cosas, y como lo ha planteado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al acta de liquidación de un contrato estatal se le "...ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va envuelta en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza, en principio, la posibilidad de desconocer la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico"⁹. Adicionalmente, a las obligaciones adquiridas se les han otorgado efectos transaccionales y de cara a la entidad estatal se le ha conferido mérito ejecutivo a lo allí acordado.

En virtud de lo anterior, la ADRES debe sujetarse a lo acordado en el acta de liquidación bilateral del Contrato, darle efectos al paz y salvo que fue otorgado y reconocer, que las sumas reconocidas por la Unión Temporal FOSYGA 2014 obedecen al pago que, con efectos transaccionales, resultó de cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que le sea posible volver sobre este punto pretendiendo indemnizaciones adicionales como las planteadas a través de las pretensiones revérsicas formuladas en el llamamiento en garantía.

4.3. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

4.3.1. EXIGENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA DECISIÓN IMPARTIDA E IMPOSIBILIDAD APLICACIÓN FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA

⁹ Sentencia N° 25000-23-26-000-1999-02072-01(23903) de Consejo de Estado - Sala Contencioso Administrativa - SECCIÓN TERCERA, de 31 de mayo de 2013

El principio de congruencia es una garantía del debido proceso y concretamente del derecho de contradicción y defensa. En esencia, las autoridades jurisdiccionales no pueden adoptar decisiones por fuera del marco fijado por las pretensiones y excepciones de las partes.

Sobre el principio de congruencia, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido lo siguiente:

“Para ello importa recordar, en primer lugar, que siempre ha sido una preocupación de esta Sala de Casación Laboral la de velar por el respeto y la observancia del debido proceso y la buena fe en sus distintas expresiones.

*Sobre esa base, en innumerables oportunidades esta Corporación ha considerado que **las partes no pueden introducir al proceso hechos nuevos a los planteados en la demanda o su contestación, dado que sobre esos actos se asienta la relación jurídico-procesal y el objeto del litigio.** Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 2 mar. 2007, rad. 28174, dijo:*

Este argumento no fue expuesto por la accionada al contestar la demanda, constituyendo un hecho nuevo, una variación del objeto del litio y, en consecuencia, una vulneración de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, toda vez que la parte actora no tuvo, desde un comienzo, la oportunidad de controvertir el argumento que ahora invoca.

(...)

*Desde esta perspectiva, se ha considerado que ese camino que las partes desde un inicio le trazan al juez y sobre el cual recíprocamente – demandante y demandado- depositan su **confianza en el sentido que no se incluirán en el proceso sorpresivamente elementos diferentes a los que motivaron la petición de justicia al Estado y la formulación de la defensa,** debe ser **respetado por el funcionario judicial al momento de adoptar su decisión,** procurando que ésta sea congruente “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda” (art. 305 C.P.C.) y se refiera “**a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales**” (art. 55 L. 270 de 1996).*

*En este contexto, en el presente asunto es evidente que **el Tribunal desconoció dicho postulado de congruencia pues dictó una providencia al margen del asunto que ab initio le habían planteado las partes.**”¹⁰*

De conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y de conformidad con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, así mismo, no se podrá condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Según lo manifestado por la H. Corte Constitucional, en sentencia como la T- 455 de 2016, M.P.: Alejandro Linares Cantillo, dicho principio se traduce en una garantía del derecho al debido proceso, pues implica que el juez solo se pronuncie respecto de lo discutido y no falle ni extra ni ultra petita y advierte que si el operador judicial desconoce este principio, se puede configurar una vía de hecho.

En aplicación del principio citado, como quiera que la ADRES en las pretensiones del llamamiento en garantía se limitó a citar a mis representadas, pero **no expresa lo que persigue con la demanda impetrada en contra de esta,** al Despacho no le queda otro camino que absolver a mi representada de cualquier tipo de condena, pues se reitera,

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Sentencia SL17447 del 24 de septiembre de 2014. Rad. 43787.

la demandante ADRES ni siquiera indicó qué pretensión declarativa o de condena se dirigía en su contra, más allá de solicitar su comparecencia al proceso.

Ahora bien, resulta preciso hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y a su imposibilidad de aplicación en el litigio de la referencia para evitar interpretaciones contrarias a lo dispuesto en dicha normatividad, que en su tenor literal dispone: “el juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”. En este sentido, no resulta aplicable dicha disposición en conflictos generados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues esta se encuentra limitada a conflictos de naturaleza laboral, trabajador – empleador en los que se adeuden salarios, prestaciones o indemnizaciones, sin que se pueda hacer extensiva dicha disposición al conflicto aquí tratado.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-15211 de 2017, Radicación N° 1001-31-03-019-2011-00224-01 del 26 de septiembre de 2017, expresó:

“4. En todo caso, si en gracia de discusión se sostuviera que era necesario desentrañar el alcance de la pretensión bajo estudio, es claro que en desarrollo de esta obligación el juzgador no podía corregir la causa petendi o las pretensiones, pues su competencia no llega hasta modificar o reformar lo que fue objeto de pedimento.

Sostiene la jurisprudencia que:

“... Cuando la demanda no ofrece la claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del petitum, o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal. Empero, no puede el sentenciador, dentro de la facultad que tiene para interpretar la demanda y, por ende, determinar el recto sentido de la misma, moverse ad libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente (G.J. CCXVI, 520) (CSJ, SC, 1 sep. 1995, Expediente N° 4489).” (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, conforme al numeral 5 artículo 42 del C.G.P aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T y de la S.S. en materia laboral, el juez tiene como deber:

*“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. **Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia**”.*

En este sentido, el juez no puede actuar por fuera del marco del principio de congruencia, subsanando los defectos en que hubiere incurrido por parte de la llamante en garantía pues si bien está facultado para interpretar la demanda y buscar un pronunciamiento de fondo, no puede llegar a suponer las pretensiones del llamamiento en garantía, defecto que se torna insubsanable, de ahí que no pueda declararse ninguna condena en contra de mi representada con base en el llamamiento en garantía formulado.

Por lo anterior, el presente asunto se debe resolver teniendo en cuenta que la inexistencia de causa petendi frente a mi representada, hacer una interpretación abierta sobre el querer de la llamante vulneraría el principio de congruencia e incluso el de imparcialidad, pues prácticamente entraría a subsanar todos los yerros jurídicos en que incurrió una de las partes.

4.3.2. SOBRE LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PACTADA EN EL CONTRATO DE CONSULTORÍA 043 DE 2013:

En el marco de la responsabilidad subjetiva aplicable a mi representada, para efectos de predicar su responsabilidad patrimonial por los hechos y circunstancias que se aducen en el llamamiento en garantía, es necesario que se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, esto es: **i)** la existencia de un hecho o conducta dañosa imputable, **ii)** el daño y **iii)** el nexo de causalidad, no se puede bajo un supuesto error o diferencia de criterio, obtener el resultado acá reclamado, sin acreditar que el presunto error es el resultado de la falta de diligencia y cuidado de la Unión Temporal en el caso en concreto.

Si bien dentro de las obligaciones generales del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, se encuentra la contenida en el numeral 7.2.1.30 la cual establece “Responder patrimonialmente cuando el FOSYGA y/o el Ministerio, o quien haga sus veces, sea condenado judicialmente por eventuales errores o deficiencias atribuibles al Contratista” su alcance no es el que pretende darle la ADRES, por las siguientes razones:

4.3.2.1. La naturaleza de las obligaciones del Contrato de Consultoría:

Según la tipología del contrato definida por el Ministerio de Salud y Protección Social tanto el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, fue de consultoría en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así se indica claramente en el encabezado del Contrato y se manifestó, entre otros, en los estudios previos del proceso de contratación, de la siguiente forma:

“7.3. Identificación del contrato a celebrar. El contrato resultante del presente proceso de selección es de consultoría, el cual se rige en su integridad por las normas de Contratación de la Administración Pública”

En consecuencia, la eventual responsabilidad de la Unión Temporal respectiva debe evaluarse bajo la óptica propia de la naturaleza de las obligaciones de un consultor, cuyo comportamiento y forma de ejecución de las actividades contractuales a su cargo implicaba la realización de conductas encaminadas al adecuado cumplimiento de sus obligaciones, las cuales tenían como característica propia de su esencia, el ser de medio y no de resultado.

4.3.2.2. El régimen de responsabilidad aplicable a la Unión Temporal en su calidad de consultor es eminentemente subjetivo:

Con ello se desvirtúa de forma clara cualquier posibilidad de predicar responsabilidades de tipo objetiva u obligaciones de resultado bajo las cuales mi representada debiera responder por cualquier tipo de “error” o diferencias de apreciación en la realización de la auditoría. La existencia de un régimen de responsabilidad subjetivo supone no solamente la acreditación de un error en la auditoría sino también que en la ocurrencia del mismo haya mediado culpa contractual de la Unión Temporal, en la medida en que debe ser la culpa el eje central análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, aspectos que no fueron acreditados por la ADRES.

4.3.2.3. La existencia de un régimen de responsabilidad contractual subjetivo se ve reforzado por un marco jurídico sectorial inestable:

La proliferación de reglamentación, con dificultades en la determinación de la vigencia de las normas, sujeto a la interpretación constitucional, con incidencia de instrucciones

y conceptos -en ocasiones contradictorios con las propias normas que debían ser implementadas en la auditoría- y bajo la continua sombra de zonas grises en cuanto a los planes de beneficios, que fueron reconocidas incluso por la propia Corte Constitucional en su sentencia T-760 de 2008 y sus autos de seguimiento. (instrucciones y cambios normativos que impactaron en la auditoría).

4.3.2.4. Utilización de criterios de interpretación:

Todas estas circunstancias implican de manera preponderante la utilización de criterios de interpretación y no de aplicación pura y simple de las normas en particular y el marco jurídico en general, realidad que hace impensable la exigencia -por demás ajena al Contrato- de una auditoría bajo criterios cualitativos del 100%. Con lo cual adicionalmente la llamante en garantía no materializó de forma adecuada su obligación de mitigación del riesgo en calidad de contratante.

4.3.2.5. Observaciones de la firma interventora:

No en vano, las observaciones realizadas por la interventoría en esta materia se circunscriben al mismo ámbito que le era exigible a la Unión Temporal respectiva, es decir, a la interpretación particular de un marco jurídico complejo y fragmentado que en atención a las funciones propias de dicho contratista resultaban ser, usualmente, de necesaria adopción por la Unión Temporal correspondiente.

4.3.2.6. El presunto error imputable a la Unión Temporal:

No es suficiente que se acredite la diferencia de criterio o el presunto error en la auditoría, ya que éste debe ser el resultado de la falta de diligencia y cuidado por parte de la Unión Temporal. Como ya se precisó, que en sede judicial se concluya la procedencia de un recobro que el ente auditor encontró improcedente no se traduce en un incumplimiento contractual.

4.3.2.7. Metodología de la evaluación de la consistencia de los paquetes:

En el asunto que no ocupa se cumplió con la metodología de evaluación de la consistencia del resultado de auditoría de los recobros según los paquetes auditados y que fue determinada por la contratante en la estructuración del Contrato.

4.3.2.8. Cumplimiento de la normativa y manuales vigentes:

Las labores de auditoría se realizaron con estricto cumplimiento de la normatividad vigente, trámite en el que intervino, además de la entidad recobrante y la firma auditora, el Ministerio de Salud y Protección Social ahora la ADRES.

En el caso que nos ocupa, algunos de los recobros objeto de la demanda principal fueron auditados por la Unión Temporal FOSYGA 2014, los cuales, hacían parte de los siguientes paquetes según el mecanismo en el cual fueron presentados:

- Mecanismos ordinarios en MYT 01 y MYT 02 en los paquetes: 0314 (marzo 2014), 0414 (abril 2014), 0514 (mayo 2014), 0614 (junio 2014), 0714 (julio 2014), 1014 (octubre 2014), 1114 (noviembre 2014) y 1214 (diciembre 2014).
- Mecanismo de objeción de la auditoría MYT04, en los paquetes: MYT04041404 (abril 2014) y MYT04555221RES5395 (radicados por objeción a los resultados de auditoría entre el mes de julio del 2014 a marzo de 2015).

Dichos paquetes se encontraban validados y certificados por la firma interventora de la ADRES, quien señalaba que *la Firma Auditora* ejecutó las instrucciones y procedimientos de auditoría emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social de cada una de las diferentes etapas surtidas en el proceso de auditoría integral aplicada al total de los recobros contenidos en el paquete.

En suma, la naturaleza misma de la actividad que ejecutaba la Unión Temporal FOSYGA 2014, su propio carácter de consultor y la problemática asociada al marco jurídico que debía ser implementado para efectos de la auditoría, generan profundas contradicciones con el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES, pues prácticamente se pretende imponer obligaciones de resultado, reforzado bajo el supuesto de una inexistente garantía de auditoría que debe ser ejecutada con criterios cualitativos del 100%.

4.3.3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014

La **obligación de pago** de los recobros NO POS se encuentra expresamente radicada, y de manera exclusiva, en cabeza del Ministerio, con cargo al entonces FOSYGA (hoy ADRES) y no de la Unión Temporal FOSYGA 2014 ni de cada una de las sociedades que las conformaron.

La contratación de auditorías integrales sobre las solicitudes radicadas no tiene relación con que es 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 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 la Unión Temporal FOSYGA 2014.

Para la fecha de los hechos objeto de pronunciamiento, los recursos con los cuales se reconocían los recobros por prestaciones no incluidas en el PBS del Sistema General de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA (hoy de la ADRES). Tanto las normas que determinaron el origen y administración de los recursos del Sistema, así como aquellas que regularon el trámite de los recobros durante la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, dan cuenta que estas actividades se encontraban en cabeza del ente rector del Sistema y no de particulares como la figura asociativa acá llamada en garantía y de igual forma se cuenta con jurisprudencia constitucional que así lo refiere. A continuación, se relacionan algunas de ellas:

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

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

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

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

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

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

-Acuerdo Número 376 de 2007: “Por el cual se aprueba el Presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA para la vigencia fiscal 2008 y se dictan otras disposiciones “(...) Fallos de Tutela y cobros por medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Los pagos por fallos de tutela deberán ceñirse a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en particular a lo definido en el artículo 176 del citado código. El pago de cobros por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, deberá efectuarse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos No. 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social o las normas que los adicionen o modifiquen. (...)”

-Decreto Ley 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 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 destinará 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 cobros 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, adicione 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.”**

De acuerdo con lo anterior, no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA.

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 efectuada por dicha Unión Temporal, **es un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos**, los cuales, en etapa posterior, serían pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA, con recursos propios de dicha cuenta (hoy de la ADRES), si se cumple el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

Las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014 tan solo fue contratista del Ministerio y su labor se circunscribía a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, de manera que no administraba las subcuentas del entonces FOSYGA (hoy de la ADRES), ni le correspondía efectuar el pago de los recobros con cargo a las mismas y mucho menos, realizarlo empleando su propio patrimonio.

Por lo expuesto, en el remoto evento en que el Despacho encuentre que las solicitudes de recobro objeto de la presente demanda debieron ser canceladas por quien ostentaba en ese momento la administración de los recursos del entonces FOSYGA, deberá ser con cargo a dichos recursos que se realice el pago de una eventual condena judicial, declarando absueltas a mi representada de las solicitudes que obran en su contra, tal y como sucedió en el precedente analizado por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá el 24 de abril de 2018, donde se indicó 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 (...)**”*¹¹ (Negrita fuera del texto original)

-En concordancia de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de abril de 2018, 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, concluyó, en una controversia semejante a esta,

11 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.

que no existía solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y el Ministerio de Salud, habida cuenta que entre ellos solamente existió una relación de auditoría y que, por contera, aquella no estaba llamada a responder por el pago de los recobros. En dicha oportunidad, la Sala concluyó que la Unión Temporal y el Consorcio SAYP 2011 solamente *"apoyan o asesoran a la demandada en cuanto (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena"*.

-Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en 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 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, consecuencialmente, 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).

-La ausencia de responsabilidad patrimonial del ente auditor ya que simplemente despliega una actividad de auditoría frente a los recobros y las reclamaciones fue considerada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, el **14 de Julio de 2021** en el Exp. N° 015 2019 00162 01, M.P.: Miller Esquivel Gaitán, al manifestar:

"Al respecto, cumple recordar que la auditoría consiste en una inspección o verificación de la contabilidad de una empresa o una entidad, con el fin de comprobar si sus cuentas reflejan el patrimonio, la situación financiera y los resultados obtenidos; sin que dicha actividad comprometa patrimonialmente al ente auditor. Así, es claro que la Unión Temporal FOSYGA 2014 no es sujeto pasivo de la obligación aquí demanda, toda vez que la responsabilidad de los recursos se mantiene a cargo del Ministerio, por intermedio del Adres."

-Esto guarda coherencia con lo manifestado en **Auto de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, M.P.: Luis Carlos González Velázquez, dentro del proceso 2018-486-01 en el que se indicó que las pretensiones de la demanda frente al reconocimiento de tecnologías consideradas como NO POS, podían absolverse sin la comparecencia de las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 pues estas eran las encargadas de apoyar o asesorar a la demandada ADRES en cuanto a la procedencia o no de los recobros, más no asumían el pago de los mismos.

-De manera semejante, en auto del **30 de septiembre de 2021**, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral**, M.P.: Luis Agustín Vega Carvajal, en el proceso con radicado No. 35 2019 00177 02, confirmó la decisión del Juez de primera instancia respecto a negar el llamamiento en garantía formulado, ya que:

"la demandada ADRES, no acredita la existencia, de relación jurídica sustancial alguna, entre ésta y las llamadas en garantía, por medio del cual, se hayan comprometido a responder por las posibles condenas que se profieran en contra del ADRES, ya que, no existe clausula expresa

en los contratos de consultoría suscritos entre UNIONES TEMPORALES NUEVO FOSYGA y FOSYGA 2014 y la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se obliguen las llamadas en garantía, a responder por las posibles condenas que se impongan en contra de la demandada ADRES, dentro del proceso de referencia; **siendo el ADRES, la entidad directamente encargada de administrar, entre otros, los recursos que hacían parte del entonces FOSYGA, respondiendo con los mismos respecto del pago de las obligaciones que se adquieran; no dándose los presupuestos de que trata el artículo 64 del C.G.P., para despachar favorablemente la petición de la accionada, tal como lo advirtió el juez de instancia; aunado a que, la no convocatoria de dichas Uniones Temporales a que se hagan parte del proceso, no inhibe al despacho, decidir de fondo el objeto de la presente acción...**" (Negrilla fuera de texto)

-Al respecto, en Sentencia proferida el **30 de junio de 2021**, en el proceso 31 2015 00361 02, el Tribunal Superior de Bogotá, M.P.: Luis Carlos González Velázquez, al pronunciarse sobre la solicitud de asumir la condena por parte de los integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, señaló que se tuvo para todos los efectos pertinentes como entidad demandada a la ADRES como sucesora procesal de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y los artículos 26 y 27 del Decreto 1429 de 2016, **"la única obligada en relación con los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud sea la ADRES"**. (Negrilla fuera de texto)

- En sintonía con ello, el auto proferido el **30 de noviembre de 2021**, en el proceso ordinario No. 21-2015-186-03, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE en concordancia con lo señalado indicó que la bajo lo dispuesto en la normatividad, contratos y manual operativo la Unión Temporal solo apoyaba o asesoraba al Ministerio en cuanto a la procedencia o no de los recobros, lo que de ninguna manera implica que hubiesen asumido la obligación de indemnizar perjuicios o hacer reembolsos de condenas. En este sentido manifestó **"no existe tan siquiera una razón, que indique que la relación contractual entre el llamante y los llamados; los obligue a responder por las condenas, lo que haría procedente esta figura"** (Negrilla fuera de texto), confirmando de esta forma la decisión del juez de primera instancia de negar el llamamiento en garantía.

- Dichas consideraciones fueron retomadas en el en el **auto proferido el 31 de enero de 2022**, en el proceso 110013105026201916301, M.P.: MARLENY RUEDA OLARTE, al señalar que en el presente caso no se dan los presupuestos del artículo 64 del CGP pues **"ADRES y el consorcio FOSYGA solo tienen una relación de auditoría, recaudo, administración y pago derivados de los contratos de Fiducia, luego esta relación no es de las previstas en el art 64 del CGP, esto es que otorgue a quien llama a exigir indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues estas están a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social; es decir claro resulta que nada podría decidir la Juez frente a personas jurídicas que solo cumplen funciones de auditoría y asesoría toda vez no son de aquellas que los afectarían frente al llamado.**

... De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a llamar a los consorcios y Uniones Temporales ni para que emitan conceptos, pues para ello no tiene que comparecer como parte; se itera las funciones de estas solo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según implican los contratos de fiducia, radicar y tramitar los documentos, soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas, su revisión desde luego, entre otras; 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, sólo indica que apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de manera implica que deba indemnizar perjuicios y hacer reembolsos de las condenas; luego no se dan los requisitos en la norma para que se haga necesaria su comparecencia al proceso. " (Negrilla fuera de texto)

4.3.4. LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 NO SON GARANTES DE LAS OBLIGACIONES DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FOSYGA - HOY ADRES

4.3.4.1. Naturaleza de los recursos de la Unión Temporal FOSYGA 2014

Los recursos de la Unión Temporal FOSYGA 2014 integrada por: (i) CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S, (ii) SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A.-SERVIS S.A.S y (iii) GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S., son de carácter privado y no están destinados a la financiación de pretensiones como las que son objeto de demanda, pues estas se encuentran a cargo del Estado, representado en la actualidad por la ADRES y su origen como ya se mencionó se encuentra previsto en las normas que regularon el trámite de los recobros durante la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013.

Se destaca el pronunciamiento del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral**, Magistrado Ponente: Hernán Mauricio Oliveros Mottas, expediente radicado No. 2016-00728-01, mediante providencia del **21 de enero de 2021**, confirmó el auto apelado que había rechazado en primera instancia el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES contra la Unión Temporal FOSYGA 2014, **esgrimiendo que no existe relación sustancial para llamar en garantía a la Unión Temporal**. En su tenor literal, la referida Corporación señaló:

"(...) El artículo 64 del CGP, señalar que "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 ese contexto, importa advertir en este caso que el llamado en garantía es un tercero que solo tiene una relación de auditoría, y asesoría derivados del contrato de consultoría con el ADRES, sin que por ello, se pueda predicar una relación sustancial para llamarlo en garantía dentro del litigio en curso, como quiera que no tiene la calidad de garante, como asertivamente lo concluyó el a quo.

Ahora bien, si el ADRES eventualmente llega a ver afectados sus intereses por deficiencias en la ejecución del contrato ejecutado por quien se pretende llamar en garantía, indudablemente tendrá a su alcance todas las herramientas jurídicas que brinda nuestro ordenamiento para repetir contra ésta, pero en virtud de esa relación contractual y a través del proceso legal correspondiente, lo que conlleva a concluir que no es posible que tal situación sea resuelta mediante la figura del llamamiento en garantía (...)" (Negrilla fuera de texto original).

-En concordancia con lo anterior, la citada Corporación, al resolver también un recurso de apelación en contra de la providencia que rechazó el llamamiento en garantía propuesto por la ADRES en contra de la Unión Temporal FOSYGA 2014, dentro del proceso con radicado No. 2017- 00309, mediante auto **del cinco (5) de febrero de 2020**, Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte, al referirse al llamamiento en garantía precisó:

"Ahora bien, aunque procedente- se itera- en materia laboral; solo lo es, cuando se cumplen los requisitos de la norma, esto es el artículo 64 del CGP, requisitos; que tal y como señaló el Juez de primera instancia no se dan en este caso específico.

Y es que como bien señala el recurrente ADRES y el consorcio FOSYGA solo tienen una relación de auditoría, recaudo, administración y pago derivados de los contratos de fiducia, luego esta relación no es de las que la norma contenida en el art 64 del CGP indica, esto es que otorgue a quien llama a exigir indemnización de perjuicios o reembolso de posibles condenas, pues estas están a cargo de la demandada Nación, Ministerio de Salud y Protección Social; es decir claro resulta que nada podría decidir

el juez frente a personas jurídicas que solo cumplen funciones de auditoría y asesoría, toda vez no son de aquellas que los afectarían frente al llamado.

Siendo ello así, para la definición de las pretensiones principales del proceso relativas a pagos de servicios NO POS, a cargo se itera de la Nación, **no es necesaria la intervención de las entidades auditoras asesoras y administradoras**

De lo anterior se puede concluir claramente, que no hay lugar a vincular los consorcios y menos para que emitan conceptos como aduce la recurrente, pues para ello no tiene que comparecer como parte. Se itera las funciones de estas solo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según implican los contratos de fiducia, radicar y tramitar los documentos (sic) soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas, entre otras, con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones (sic) 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 FOSYGA y ello resalta la Sala solo, indica que **apoyan o asesoran a la demandada en cuanto a la procedencia o no de los recobros, pero de (sic) manera implica que deba indemnizar perjuicios y hacer reembolsos de las condenas; luego no se dan los requisitos en la norma para que se haga necesaria su comparecencia al proceso.**

Salta a la vista que le asiste razón al Juez de primera instancia, pues **no existe tan siquiera una razón, que indique que la relación contractual entre el llamante y los llamados; los obliga a responder por las condenas.** *_(Resaltado y negrita propios del texto)_*

A su vez, existen algunos **precedentes de tipo horizontal**¹², en los cuales diferentes juzgados negaron los llamamientos en garantía interpuestos por la ADRES en contra de

12 Para ello se aporta a la presente contestación los que a continuación se relacionan:

- El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de septiembre de 2019, en el proceso con número de radicado 11001310503820170030900
- El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de noviembre de 2019, en el proceso con numero de radicado 11001310501120180000800
- El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de noviembre de 2019, en el proceso con número de radicado 11001310503520160074400
- El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 24 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501920160004800
- El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 25 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501220140063500
- El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 28 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 1100131050222014049000
- El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 28 de febrero de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310503220170030500
- El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 23 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 110013105015201800481000
- El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 24 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501920190016400
- El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 25 de septiembre de 2020, en el proceso con número de radicado 11001310501520160043000
- El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 10 de mayo de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502820200030400
- El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 13 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620180002700
- El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 1100131050262019-0016300
- El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 17 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310501920160014000
- El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 23 de agosto de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502120190005700
- El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 16 de septiembre de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310503520190013100
- El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 15 de octubre de 2021, en el proceso con número de radicado 110013105032201900166
- El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 22 de noviembre de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502420180067600
- El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 29 de noviembre de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502120170026800
- El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 3 de diciembre de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502120190024200
- El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 3 de diciembre de 2021, en el proceso con número de radicado 11001310502620180063200- 110013105026201900127

mi representada, por considerar no actuaba como aseguradora de las obligaciones de la ADRES, sino como simple firma auditora, por lo que en ausencia de la calidad de garantes no resultaba procedente la admisión del llamamiento en garantía.

4.3.4.2. Ausencia de soporte para exigencia de indemnización de perjuicios a través del llamamiento en garantía:

Teniendo en cuenta que, por los motivos antes indicados, no se avizora en este caso la existencia de un derecho legal o contractual para exigirle a mi representada una indemnización de perjuicios, el llamamiento en garantía carece de los supuestos establecidos en el artículo 64 del Código General del Proceso para efectos de su procedencia.

4.3.5. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 DEBIDO AL CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE OBLIGACIONES DE ORDEN LEGAL Y CONTRACTUAL

Se reitera que la tipología definida por el Ministerio de Salud y Protección Social para la celebración del Contrato N° 043 de 2013 fue la de una consultoría en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así se indica claramente en el encabezado del Contrato y se manifestó, entre otros, en los estudios previos del proceso de contratación, de la siguiente forma:

“7.3. Identificación del contrato a celebrar. El contrato resultante del presente proceso de selección es de consultoría, el cual se rige en su integridad por las normas de Contratación de la Administración Pública”

-Acorde con la naturaleza de las obligaciones de un consultor y siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina¹³ que implica (el desarrollo de una actividad especializada de forma habitual; existencia de una organización y preeminencia o dominio profesional), el comportamiento y forma de ejecución de las actividades contractuales a su cargo, implicaba el desarrollo de la citada auditoría en salud, jurídica y financiera, desplegando sus mejores esfuerzos o diligencia y cuidado para procurar alcanzar un resultado contractual ideal, que en todo caso constituía una obligación de medio y no de resultado, propia de un régimen de responsabilidad subjetivo.

-La Unión Temporal como profesional cobijado por un régimen de responsabilidad subjetivo, para hacerlo responsable por un presunto incumplimiento de sus obligaciones contractuales, requiere que la culpa sea el eje central del análisis de su actuar, la cual no solo no se configuró, sino que no se acreditó por la llamante en garantía, pues la auditoría dio cumplimiento a las disposiciones legales vigentes sino que superó las revisiones efectuadas por la interventoría y el propio Ministerio.

Con ocasión del Contrato No. 043 de 2013, la Unión Temporal se obligó frente al Ministerio a lo siguiente:

En la cláusula 7.2.1 (obligaciones de generales) numeral 7.2.1.1 del Contrato de Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces,*

- El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 24 de enero de 2022, en el proceso con número de radicado 11001310502620180041600

13 Cfr. Jorge Suescún Melo, Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Contemporáneo, Tomo I, p. 442.

cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014 y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.”

-El proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera estipulado en el contrato se definió a través del Anexo técnico¹⁴ denominado: “CRONOGRAMA – PROCESO DE AUDITORÍA INTEGRAL RECOBROS” que hace parte integral del mismo,¹⁵ y allí se establecieron los pasos a seguir por los diferentes actores involucrados en el proceso, los cuales se pueden observar en la columna denominada “Responsable”, así:

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|--|---|------|---|---|---|--|
| Radicalizar Recobros | Adelantar la recepción de los medios físicos y magnéticos objeto de Radicación. | 15 | Período conforme a la Normativa del tipo de Radicación. | Firma auditora: en el proceso de radicación y Administrador Fiduciario en cuanto a la disponibilidad del Sistema. | Recobros digitalizados disponibles para auditoría y Comprobantes (MYT-R) Conciliados. Devolución de los Recobros identificados en la conciliación. | Relacionado con la Actividad de Devolución |
| Digitalizar Recobros | Efectuar Digitalización y cargue en el sistema de información del FOSYGA de los soportes físicos y los medios magnéticos de los recobros objeto de radicación. | 5 | A más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles, siguientes a la radicación del recobro | | | |
| Conciliar Recobros Sobrantes y Faltantes | Identificar los recobros que serán objeto de devolución de los físicos por su no conciliación con los medios magnéticos presentados | 0 | Dentro de los mismos tiempos de Radicación y Digitalización | | | |
| Certificación de Radicación | Certificar la radicación del respectivo paquete y remitir la comunicación al Ministerio de Salud y Protección Social, al Administrador Fiduciario y a la firma Interventora. | 0 | Día siguiente al cierre de Radicación antes de las 4 PM. | Firma Auditora | Oficio de Certificación de las cantidades radicadas y de la verificación de la condición general de presentación del MYT R suscrito por el representante legal de la entidad. | Precede la actividad de Radicación |
| Anulación de Números de Radicación del Resultado de Conciliación de Sobrantes y Faltantes o causas excepcionales | Identificación de Números de Radicación objeto de anulación, ejecución del proceso de anulación. | 0 | Antes de Ponerse a Cierre | Firma Auditora | Aplicación de la causal de anulación efectiva en el sistema (sujeto a cierre definitivo), Acta de Anulación. | Tiempos incluidos como etapa global |
| Pago Previo | Efectuar el pago previo | 0 | Hasta 8 días hábiles siguientes al cierre de radicación | Administrador Fiduciario | Soporte transaccional | Procedimiento de Pago Previo |
| Realizar Auditoría | Efectuar la auditoría integral médica, jurídica y financiera a los recobros radicados satisfactoriamente (Incluye la verificación con respecto a los cruces de las Bases de Datos | 17 | A partir del término del periodo de radicación Catorce (14) días hábiles | Firma Auditora | Total de Recobros radicados en el periodo, con Estado de auditoría y con ajustes de calidad suficientes. | |

14 “Para realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

15 La cláusula Vigésima Tercera del Contrato de Consultoría 043 de 2013 dispone: “DOCUMENTOS CONTRACTUALES: Para todos los efectos, son documentos de este contrato y por lo tanto hacen parte integral del mismo, los documentos elaborados en desarrollo del proceso de selección y todos los aquí citados.”

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|-------------------------------------|--|------|---|--------------------------------|---|---|
| | conforme a la normativa vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social) | | | | | |
| Realizar Pre-cierre | Efectuar el pre cierre de paquete y generar los reportes de recobros aprobados para pago, recobros con aprobación condicionada, recobros devueltos, anulados y recobros rechazados. Remitir el pre-cierre generado junto con el archivo EXCEL, en los medios magnéticos, a la firma interventora y al Ministerio de Salud y Protección Social. Se realiza para la totalidad de los tipos de formatos de presentación de los recobros. | 2 | Tres (3) días hábiles | Firma Auditora | Certificación de pre cierre y medio magnético | Al momento de la comunicación deben haberse surtido los todos procesos de calidad por parte de la firma Auditora, a fin de permitir la evaluación sobre un universo específico. |
| Revisar pre cierre | Revisar el pre cierre de los Recobros incluidos en el respectivo paquete a nivel de: Validaciones de Sistemas Criterios de Auditoría Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social la muestra de cada paquete conforme a la Metodología definida por el mismo. | | | | | |
| Realizar informe de observaciones | SISTEMAS-CRITERIOS: Remitir las Observaciones derivadas de la Revisión de validaciones de Sistemas y Criterios de Auditoría a la Firma Auditora con copia al MSPS registrando las inconsistencias u observaciones presentadas para realizar los ajustes a que haya lugar en el respectivo paquete. MUESTRA: Una vez evaluados los recobros inmersos en la muestra identificar aquellos que deben ser incluidos en el proceso de Conciliación con la firma Auditora registrando el detalle en la respectiva Acta suscrita por las partes que debe ser copiada al MSPS. Adicionalmente la Firma Interventora debe dejar evidencia de la revisión del total de la muestra y registrar el estado de los mismos (conforme-no conforme) | 5 | Cinco (5) días hábiles | Firma Interventora | Informe con las observaciones, junto con el medio magnético de las mismas. Acta de Conciliación de la Muestra del Paquete Oficio y medio Magnético de la Muestra. | |
| Realizar conciliación de pre cierre | MUESTRA: Proceso de conciliación sobre el universo de recobros con hallazgos detectados por la firma Interventora a partir de la muestra objeto de | 2 | De Dos (2) a Cuatro (4) días hábiles, pero sin afectar los tiempos totales. | Firmas Interventora - Auditora | Acta de conciliación | |
| Dar respuesta a las observaciones | | | | | Documento Remisorio con la respuesta a las | |

Contestación Llamamiento en garantía ADRES.
Referencia: Radicado 11001310502720180009600

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|--------------------------------|---|------|------------------|--------------------|--|-------------|
| | revisión. SISTEMAS: Ajustes con base en los hallazgos remitidos a partir de las validaciones de sistemas y de criterios de auditoría reportados por la firma interventora. Para cada Universo, deben Registrarse el total de hallazgos, y el detalle de respuesta de los mismos indicando aquellos que fueron objeto de ajuste por parte de la firma auditora y se remitirá copia al Ministerio de Salud y Protección Social. | | | | observaciones, junto con el respectivo medio magnético | |
| Realizar ajustes | Realizar los ajustes respectivos a los recobros que hayan sido objeto de conciliación en el proceso de verificación asociada a la muestra, garantizando que la totalidad de los recobros que conforman el respectivo paquete se encuentran auditados conforme a la normativa vigente y la calidad requerida. | 2 | | Firma Auditora | | |
| Certificar el pre cierre | Remitir certificación de pre cierre y anexar los soportes de la conciliación correspondiente tanto de la muestra y de las validaciones de sistemas si hay lugar. | 1 | | Firma Interventora | Certificación del pre cierre y soportes de la conciliación | |
| Cierre de Paquete | Realizar el cierre, generar los informes de cierre (en los que se registren las respuestas a las observaciones pendientes), elaborar la certificación del respectivo paquete y remitir copia a la Firma Interventora, al Administrador Fiduciario y al Ministerio de Salud y Protección Social. (Tratándose de paquetes tramitados en virtud del Artículo 111 del decreto 019 de 2012, glosa administrativa o conciliación prejudicial, la firma auditora remitirá certificación del costo de auditoría de los recobros con los soportes respectivos discriminado por EPS o IPS | | | Firma Auditora | Certificación del cierre, junto con el medio magnético correspondiente | |
| Verificar ajustes | Verificar que se hayan realizado los ajustes correspondientes y que se dio respuesta a las observaciones. | 1 | Un (1) día hábil | Firma Interventora | Certificación del cierre | |
| Emitir certificación de cierre | Certificar el cierre del respectivo paquete y remitir la comunicación al Ministerio de Salud y Protección Social, a la firma auditora y al | 1 | | | | |

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|--|---|------|------------------|--|--|--|
| | Administrador Fiduciario. | | | | | |
| Cierre de Paquete en el Sistema | Realizar el cierre en el Sistema de Información del FOSYGA, cargue y certificación del paquete en el Sistema de Información del FOSYGA e informar al Ministerio de Salud y Protección Social, al Administrador Fiduciario y a la Firma Interventora. | | | Firma Auditora | Reporte mediante correo electrónico | |
| Comunicación de Resultados | Envío de Correo electrónico a las entidades con los resultados de Auditoría | 0 | | Firma Auditora | | |
| Verificación de Identidad entre la información del Sistema y Certificaciones | Verificar que la información contenida en las certificaciones emitidas tanto por la firma Interventora como la firma auditora coincida con lo registrado en el sistema de información del FOSYGA. | 0 | | Administrador Fiduciario | Salida y Entrada para que se proceda a la extracción de valores | |
| Cálculo de Descuentos | De los valores verificados y extraídos se calculan los descuentos de los valores girados por pago previo para aquellos sin constancia de cancelado. Y por otro lado debe calcularse descuentos de pago previo y todos aquellos con constancia de cancelado. | | | Administrador Fiduciario | Certificación del Resultado del Cálculo de Descuentos remitida al Ministerio de Salud y Protección Social con copia a la Firma Interventora. | |
| Verificación del Cálculo de Descuentos | Verificar que el cálculo de los descuentos realizado inicialmente sea el resultado correcto | | | Administrador Fiduciario | Certificación del Cálculo emitido por el Administrador Fiduciario | |
| Notificación de Valores a las entidades recobrantes para su distribución | Notificar a las entidades recobrantes correspondientes, los valores objeto de pago | | | Administrador Fiduciario | Comunicación Remitida a las Entidades Recobrantes | Los valores informados son aquellos resultado con descuentos |
| Remisión de la Distribución por parte de las entidades recobrantes al Administrador Fiduciario | La entidad recobrante remitirá al Administrador Fiduciario la distribución en el formato definido por la normativa vigente | | | Entidad Recobrante | Correo electrónico formalizado con envío en físico de la información en el formato definido por la normativa vigente | |
| Consolidación y verificación de la proporcionalidad de la Distribución | Consolidar, verificar y generar el reporte de Distribución y remitirlo al Ministerio de Salud y Protección Social con copia a la Firma Interventora | | | Administrador Fiduciario | Reporte de Distribución Consolidado enviado al Ministerio con copia a la firma Interventora | |
| Solicitud de Cargue | Una vez verificado el reporte se solicita el cargue asociado al mismo | | | Ministerio de Salud y la Protección Social | Oficio de Solicitud de Cargue enviado al Administrador Fiduciario con copia a la firma Interventora. | |
| Cargar información al ERP | Generación de Archivos y Cargue de los mismos al ERP. | | Un (1) día hábil | Administrador Fiduciario | Cargue efectivo de la información al Sistema cuya certificación se | |

Contestación Llamamiento en garantía ADRES.
Referencia: Radicado 11001310502720180009600

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|---|---|-----------|--|--|---|-----------------------------|
| | | | | | remite al Ministerio con copia a la Firma Interventora | |
| Realizar cadena presupuestal CDP, RP y Obligaciones en el ERP | Registrar en el ERP la cadena presupuestal CDP, RP y obligación del paquete a pagar y remitir correo electrónico al Administrador Fiduciario y a la Firma Interventora informando la obligación del paquete. | | Un (1) día hábil | Ministerio de Salud y la Protección Social | Reporte mediante correo electrónico | |
| Realizar el registro de las obligaciones | Realizar el registro de las obligaciones para el respectivo paquete y remitir certificación a la Firma Interventora con copia al Ministerio de Salud y Protección Social, informando el citado registro con los respectivos valores. | | Un (1) día hábil | Administrador Fiduciario | Comunicación | |
| Certificar valores a pagar y emitir procedencia para pago | Validar la información remitida, generar la certificación de procedencia para pago y remitirla al Ministerio de Salud y Protección Social con copia al Administrador Fiduciario | | Un (1) día hábil | Firma Interventora | Certificación de procedencia para pago | |
| Generar ordenación de gasto y autorización de giro | Generar la Ordenación de Gasto y Autorización de Giro "OG/AG" teniendo en cuenta los valores del respectivo paquete cargados en el ERP por el Administrador Fiduciario y certificados por la firma interventora y remitirla al Administrador Fiduciario | | Un (1) día hábil | Ministerio de Salud y la Protección Social | OGAG | |
| Orden de Pago | Realizar y verificar los cálculos de otros descuentos respecto de la OGAG generada. | | | Administrador Fiduciario | Orden de Pago (Comunicación Interna) | |
| Solicitud de Disponibilidad de Recursos | | | | | Correo de solicitud (Interno) | |
| Realizar pago | Realizar el pago dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la OGAG | | Un (1) día hábil siguiente a la recepción de la OGAG | Administrador Fiduciario | Soporte transaccional | |
| Generar Cartas Informativas | Con los soportes y documentos del pago realizado se procede a generar las cartas informativas a las Entidades relacionando el número y valor de los pagos realizados de recobros Aprobados y Aprobado Condicionado, adjuntando los soportes. | 0 | Está contenido en la actividad de Devolución. | Administrador Fiduciario | Comunicaciones remitidas a las EPS / EOC con copia al MSPS | |
| Total días hábiles | | 51 | | | | |
| Las actividades con (0) días son aquellas que no impactan el total de días estimados del proceso, pero deben tenerse en cuenta | | | | | | |
| Realizar Devolución de Recobros | Notificar y devolver a cada una de las EPS / | 5 | 10 días hábiles a partir de la causación | Firma Auditora | Carta, acta de recepción a satisfacción de los físicos y la | Precede la Actividad" Pago" |

| Actividad | Descripción | Días | Tiempos máximos | Responsable | Producto | Observación |
|---|--|------|---------------------------|---|--|--|
| | EOC los medios físicos cuyo resultado de auditoría fueron devueltos y rechazados | | del paquete en el sistema | | guía (si aplica) de notificación con firma cargo y sello de la entidad | |
| Remisión de las fechas de devolución de Paquete | Consolidar las fechas de comunicación (devolución) de los Resultados de los Recobros del Paquete Cerrado al Ministerio y al Administrador Fiduciario | 1 | | Firma Auditora | Oficio Remisorio y Medio Magnético | Precede la Actividad de Devolución |
| Enviar Físicos para custodia | Remitir al Administrador Fiduciario los físicos de los recobros objeto de pago total | 5 | | Firma auditora y Administrador Fiduciario | Acta de entrega de la firma auditora con la respectiva relación de los recobros, comprobantes de validación y medios magnéticos. Además, debe contar con firma de recibido del Administrador Fiduciario a conformidad. | En paralelo a la actividad de Devolución a entidades |
| Realizar la Custodia de Físicos | Realizar la Custodia de los recobros que tengan por resultado de auditoría aprobado condicionado | 60 | Permanente | Firma Auditora | Recobros listos para empalme con soportes que lleguen bajo la figura de MYT 03 | Días según lo contenido en la normativa para respuesta de glosas de condicionamiento |

Así las cosas, en la ejecución de los objetos contractuales, se debía seguir el procedimiento establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de las diferentes normas y manuales operativos y de auditoría vigentes para la época, marco jurídico caracterizado por la proliferación de su reglamentación y por las dificultades en la determinación de su vigencia y bajo la permanente sombra de las de denominadas "zonas grises".

Estas circunstancias implicaron de manera preponderante la utilización de criterios de interpretación y no de aplicación pura y simple de las normas en particular y el marco jurídico en general, pues esta realidad impedía realizar la auditoría bajo criterios cualitativos del ciento por ciento (100%), por demás ajenos al Contrato.

-Es preciso indicar que en el Anexo Técnico CMA-DAFPS-01-2012 - Requerimientos Técnicos, Metodología, Plan y Cargas de Trabajo- del Contrato de Interventoría 103 de 2012, celebrado en su momento entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la firma JAHV MCGREGOR S.A.S., se dispuso la realización de evaluaciones periódicas por parte de la interventoría del Contrato en relación con el cumplimiento de las obligaciones de la Unión Temporal FOSYGA 2014 y se fijaron las condiciones para verificación en relación con la auditoría realizada a cada uno de los paquetes radicados cada período, a través de los diferentes mecanismos y líneas, bajo una metodología de muestreo en la que específicamente se señaló:

"Esta sección tiene como propósito definir una metodología para determinar los tamaños de muestra y la técnica de muestreo que debe aplicar la firma Interventora del FOSYGA a los recobros (NO POS) y a las reclamaciones ECAT. Con base en las muestras seleccionadas, la firma Interventora deberá realizar las verificaciones de consistencia y determinar la "procedibilidad" de pago de estos paquetes. Se presenta la metodología para el cálculo del tamaño de la muestra de los paquetes de recobros No

POS y reclamaciones ECAT y se definen las técnicas de muestreo para la selección de los mismos. Para el desarrollo de esta metodología la Dirección de Fondos de la Protección Social aportó información estadística y dio los lineamientos generales”.

-Como parte de la técnica que debía aplicar la firma interventora, se definió la fórmula para determinar el tamaño de la muestra, el nivel de confianza del resultado de la auditoría y el porcentaje de error muestral, como parámetros a aplicar, así:

*“Con base en lo anterior, para el cálculo del tamaño de la muestra, el Interventor deberá aplicar en cada paquete de recobros (No POS) y reclamaciones ECAT, la fórmula expuesta en el párrafo anterior, **con un nivel de confianza de noventa y siete por ciento (97%) y un error muestral de cuatro por ciento (4%)**. Con estos parámetros se obtiene una muestra equivalente al 0,245 % del total de recobros y reclamaciones de cada paquete”.*

En consecuencia, desde el momento mismo de la estructuración del Contrato, el Ministerio de Salud y Protección Social determinó que era posible autorizar el cierre de paquetes y posterior pago de los recobros aprobados de forma total, parcial o reliquidados, aun existiendo diferencias de criterio, siempre que las mismas fueran inferiores al margen de error establecido en la metodología de evaluación de la consistencia del resultado de auditoría de los recobros incluidos en cada paquete.

-Ahora bien, para el caso concreto, de acuerdo con la información suministrada por la ADRES en el anexo técnico el marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resulta de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal FOSYGA 2014, incluía normas de naturaleza sustantiva (cfr. los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011 de la CRES) en las cuales se disponen los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y disposiciones de carácter adjetivo (cfr. La Resolución 3099 de 2008 y sus modificaciones y la Resolución 5395 de 2013) en las cuales se establecen los requisitos, criterios, término y el procedimiento que se debe implementar para efectos de tramitar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

La auditoría de los recobros se realizó con estricta sujeción a las normas vigentes y los criterios definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, pues si bien como se indicó en líneas precedentes se podían generar diferencias de criterio y ello no implicaba de manera alguna la discrecionalidad de la empresas que conformaron la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 en la ejecución de la auditoría, ellas estaban sujetas al marco jurídico expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social y su actividad se constituyó en un mecanismo de control previo para el reconocimiento de los recobros o reclamaciones que cumplieran los requisitos.

-Los resultados de las actividades desplegadas por la Unión Temporal establecían el estado del recobro, así:

1. **Aprobado:** que a su vez podía ser:

- Aprobado total
- Aprobado con reliquidación
- Aprobado parcial

2. **No aprobado.**

Ahora bien, en caso de que la solicitud de recobro obtuviera el estado de aprobado como resultado del proceso de auditoría, por cumplir con el lleno de requisitos exigidos por la normatividad vigente, el Ministerio de Salud y Protección Social procedía con la ordenación de gasto y autorización de giro para el pago respectivo, con cargo a los recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, cuenta adscrita a

dicho Ministerio, que se suprimió según la Ley 1753 de 2015 y sus funciones fueron asumidas a partir del 1° de agosto de 2017 por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

Cuando las solicitudes de recobro no cumplían con uno o varios de los requisitos definidos normativamente, se imponían las glosas, ejemplo, cuando tratan de prestaciones incluidas en el POS, exclusiones del hoy Plan de Beneficios en Salud; solicitudes presentadas fuera de los términos establecidos o sin tener en cuenta los valores máximos de las tecnologías en salud.

-Así las cosas, el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera desarrollado en el Anexo Técnico¹⁶ de los Contratos de Consultoría, fue categórico en señalar las etapas del proceso y los actores que lo debían adelantar en cada una de ellas, entre los cuales está la firma interventora que para el presente asunto fue la firma JAHV MCGREGOR S.A.S. AUDITORES Y CONSULTORES.

Dentro de las obligaciones contractuales asumidas por Jahv Mcgregor como firma interventora del citado contrato de consultoría a través del cual se realizó la auditoría en salud, jurídica y financiera de recobros y reclamaciones ECAT, se pactaron las siguientes:

"(...) 16. Revisar y emitir concepto sobre las diferentes etapas que se surten dentro del proceso de auditoría de los Recobros no POS y de las Reclamaciones ECAT.

17. Efectuar dentro de los términos establecidos en los respectivos cronogramas de trabajo y aplicando la metodología de muestreo definida por el MINISTERIO, la revisión de los paquetes con resultado de auditoría que le presente la firma que realiza la Auditoría de los Recobros no POS y de las Reclamaciones ECAT.

18. Certificar los pre-cierres de los paquetes de recobros y reclamaciones realizados por la firma auditora de recobros no POS y Reclamaciones ECAT, previa aclaración de las posibles inconsistencias identificadas.

19. Certificar los cierres de los paquetes de recobros y reclamaciones realizados por la firma auditora de recobros no POS y Reclamaciones ECAT, a efectos de aprobarlos o denegarlos y soportar la ordenación del gasto y la autorización del giro correspondiente."

-Cabe destacar que el numeral 1° del Capítulo III¹⁷ del "ANEXO TÉCNICO CMA-DAFPS-01-2012 REQUERIMIENTOS TÉCNICOS, METODOLOGÍA, PLAN Y CARGAS DE TRABAJO" del Contrato de Interventoría 103 de 2012, estipuló que incluía:

"(...) la vigilancia y control financiero y de portafolio de inversiones, administrativo, operativo, de infraestructura tecnológica y de gestión, que debe ejercer el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la persona(s) designada(s) o contratadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, pliegos de condiciones y ofertas presentadas por los contratistas objeto de interventoría, durante la ejecución y liquidación de sus contratos."

Descendiendo la idea al proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, se tiene que una vez ésta finalizaba, se conformaba un paquete contentivo de los recobros

¹⁶ "Para realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga del Sistema General de Seguridad Social en Salud"

¹⁷ Descripción detallada de los servicios requeridos

auditados, se efectuaba el pre-cierre y se remitía al Ministerio y a la firma interventora para que efectuaran las validaciones técnicas y de sistemas, así:

- Pre-cierre o cierre preliminar. La firma interventora realizaba las validaciones de sistemas y de criterios de auditoría mediante la verificación de muestras estratificadas de los recobros del paquete, presentaba observaciones, al igual que el Ministerio y la firma auditora respondía las mismas, que eran objeto de análisis conjunto en reunión que concluía si el resultado era consistente y no superaba el margen de error permitido, por lo cual certificaba el pre-cierre para que procediera el cierre de este.
- Cierre definitivo del paquete la firma auditora consolidaba el resultado del pre-cierre, certificaba el cierre y la firma interventora también debía certificar el cierre del paquete. Con base en esas certificaciones el Ministerio de Salud y Protección Social - ahora la ADRES, ordenaba el gasto y autorizaba el giro de los recobros aprobados total o parcialmente o según los valores reliquidados.18.

-A continuación, se transcribe el **sub-procedimiento de auditoría en salud, jurídica y financiera** contenido en el **Manual Operativo del FOSYGA, hoy ADRES**, en el que se pueden evidenciar las actividades que se debían adelantar, así como el responsable de cada una de ellas, así:

| SUBPROCESO | DESCRIPCIÓN | FRECUENCIA | RESPONSABLE |
|--|---|---|--|
| Verificación y actualización de datos | Este proceso tiene como finalidad verificar y actualizar los datos de las EPS, estos están relacionados con los representantes legales, número de cuentas bancarias, integrantes de CTC, certificación de SISMED y otros datos. | Cada vez que la entidad realice cambios. | EAPB Firma responsable de la auditoría integral |
| | Este proceso tiene como finalidad verificar y actualizar los datos de las EPS, estos están relacionados con los representantes legales, número de cuentas bancarias. | | Administrador Fiduciario |
| Recepción y preparación documental | Durante este proceso la firma responsable de la auditoría integral realiza la recepción, validación, preparación y digitalización de los recobros por beneficios extraordinarios al POS, presentados por las Entidades administradoras de planes de beneficios EAPB. | 1 al 15 día calendario de cada mes MYT 01 y MYT02. 1al 30 de cada mes MYT 03 y del 16 al 20 de cada mes el MYT 04 | Firma Responsable de la Auditoría Integral |
| Auditoría Integral Médica, Jurídica y Financiera | Este proceso tiene como finalidad efectuar la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros por concepto de beneficios extraordinarios al POS evaluados por Comité Técnico Científico y Fallos de Tutela. | Inmediatamente posterior al cierre de la radicación de los recobros para las cuentas MYT 01, MYT 02 y MYT 03 se establecen dos meses para auditar y pagar. Y para MYT 04 un mes a partir de la radicación | Firma Responsable de la Auditoría Integral- Dirección Auditoría |
| Precierre, revisión, auditoría externa y cierre definitivo de paquetes | Tiene como objeto preparar los resultados del paquete que posteriormente se cerrará de manera definitiva. El fin de esta labor es preparar los archivos que deben enviarse a la firma externa auditora y al Ministerio de Salud y Protección Social para su revisión. <u>Durante este proceso igualmente se realiza la revisión de la auditoría a los recobros por beneficios extraordinarios al POS, por parte de la firma auditora externa, con el objetivo de comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normatividad vigente y las directrices impartidas. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) realiza observaciones.</u> El cierre final, tiene como objeto realizar el cierre definitivo y la certificación de un paquete. Igualmente, generar los archivos e informes pertinentes que se deben enviar para la realización de la autorización y el pago | <ul style="list-style-type: none"> ● Precierre: Cada vez que se finalice la auditoría de un tipo de recobro en un mes determinado. ● Cierre: Cada vez que se finalice la auditoría de un tipo de recobro en un mes determinado y se concluyan las tareas de auditoría y revisión. | <ul style="list-style-type: none"> ● Precierre y auditoría: Firma responsable de auditoría integral, firma auditora externa y Ministerio de Salud y protección Social ● Cierre definitivo: Firma responsable de auditoría integral |
| Pagos | Este proceso tiene como finalidad. Elaborar la certificación de los valores asociados al resultado del proceso de auditoría integral previamente certificado por la firma responsable de la auditoría y la firma auditora externa. <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Ordenación de gasto y autorización de giro <input type="checkbox"/> Trámite de pago | <ul style="list-style-type: none"> - Un (1) día hábil - Un (1) día hábil después de la certificación - Un (1) día hábil después de ordenado el gasto | Administrador Fiduciario SAYP MSPS |

En conclusión, como se ha puesto de presente a lo largo de este escrito, el proceso de auditoría realizado por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, estaba sujeto a la revisión de la firma interventora de los contratos del FOSYGA, con base en parámetros de calidad

18 Resolución 5395 de 2013, Capítulo 4, artículos 27 y 28.

establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social según muestreos aleatorios, que fueron superados con suficiencia por mi representada y por ello se certificó el cierre de los paquetes.

4.3.6. EXCEPCIÓN DE “EXISTENCIA DEL HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE COMO CAUSAL EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD” EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE EXAMINAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Como causal exonerativa de la responsabilidad de la administración, el apoderado judicial de la ADRES propuso la excepción denominada “CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE”, para tal efecto, indicó que se trataba del hecho de la víctima, bajo el supuesto que de haber la EPS efectuado la presentación de los recobros según los requisitos exigidos en la normatividad vigente se habría aprobado. Para el tratadista, Héctor Patiño,¹⁹ el hecho de la víctima como causa de exoneración tiene la siguiente explicación: “*quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.*” Así mismo, señala que una de las características del comportamiento culposo que debe presentarse para que exonere de su responsabilidad, requiere: “*1. de una coparticipación o una concausalidad que, desde el punto de vista objetivo, sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la producción de daño.*”

En este sentido, la ADRES argumenta en su contestación que la causa del daño reclamado por la EPS demandante fueron las actuaciones y las omisiones de esa entidad, en consecuencia, mal podría concurrir de manera adicional una responsabilidad de mi representada, quien efectuó la auditoría en salud, jurídica y financiera y procedió a la imposición respectiva de las glosas, de conformidad con la normatividad legal vigente y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que tratándose de una responsabilidad de la víctima (EPS recobrante) esta situación deja por fuera cualquier acción dirigida para imputar responsabilidad a mi representada.

Es decir, con sus argumentos de defensa exime a los intervinientes en el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera de cualquier supuesto del que se pueda predicar algún tipo responsabilidad, razón por la cual resulta incompatible y por ende inviable el llamamiento en garantía frente a mi representada, incluso, debe tenerse por confesado²⁰ por el apoderado judicial de la ADRES, que en criterio de la entidad que representa, **el no pago de los recobros obedeció al incumplimiento de los requisitos normativos por parte de la entidad recobrante y NO por razones imputables a la firma auditora.**

4.3.7. EL RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE LOS RECOBROS EN VÍA JUDICIAL NO SE TRADUCE EN ERROR DE AUDITORÍA Y LA EVENTUAL CONDENA NO CONLLEVA AL CAMBIO DE LA FUENTE DE FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES EXCLUIDAS DE LOS PLANES DE BENEFICIOS:

El reconocimiento en vía judicial del pago de los recobros, no puede ser interpretado como error de la auditoría, pues esta situación puede obedecer a que el Juez estime que pese al no cumplimiento de los requisitos en vía administrativa (de acuerdo con la normatividad aplicable) sea viable su pago en sede judicial, en atención a diferentes circunstancias tales como: la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-510 de 2004) como ocurre con la glosa de extemporaneidad, o que el estudio de su procedencia

¹⁹ Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Revista de Derecho Privado No. 14. 2008. Ponencia presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado d Colombia, julio de 2007.

²⁰ Artículo 193 del Código General del Proceso.

para pago se haga en virtud de normas posteriores a las aplicables, como por ejemplo, las aplicables a los mecanismos excepcionales, las cuales flexibilizaron los requisitos como medida de saneamiento con el fin de garantizar el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; o puede referirse a prestaciones o tecnologías aclaradas a través del mecanismo de divergencias recurrentes, entre otros.

En otras palabras, el juez puede considerar viable el pago de los recobros en vía judicial en atención a (i) la jurisprudencia constitucional, (ii) por cambio normativo o (iii) aclaraciones del contenido del Plan Obligatorio de Salud o los Planes de Beneficios en Salud, o (iv) porque la EPS recobrante subsanó en sede judicial los defectos evidenciados en la auditoría, situaciones que no son atribuibles de modo alguno a mi representada, como quiera que la auditoría en salud, jurídica y financiera se realizó con apego a la legislación vigente, manuales operativos y de auditoría e instrucciones impartidas por el contratante, es decir, las glosas impuestas obedecieron al acatamiento estricto de un deber legal y contractual, lo cual rompe cualquier nexo de causalidad.

Conforme a lo expuesto, el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que sean atribuibles a un error de auditoría y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que figuras asociativas de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado, a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, en **el procedimiento de la auditoría en salud, jurídica y financiera** de los recobros por tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios con cargo a los recursos de la UPC, no solo intervenía la Unión Temporal, también contaba con la participación de diferentes actores, entre ellos la firma interventora y el Ministerio de Salud y Protección Social (hoy la ADRES), quienes cumplían una función de manera activa como se indicó en acápites precedentes.

En este marco, conforme a la normativa vigente, y las instrucciones impartidas por el Ministerio, y los manuales operativos y de auditoría, **la Unión Temporal** correspondiente desplegaba entre otras actividades:

- Verificaciones de los Acuerdos del CNSSS, Comisión de Regulación en Salud (CRES), las Resoluciones del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), Circulares, Notas Externas expedidas por ese ente Ministerial.
- Cruces de la información contenida en: (i) Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) que administraba el contrato de encargo fiduciario y hoy la ADRES. (ii) Base de Datos de Fallecidos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), (iii) Bases de Datos del INVIMA en relación con los códigos únicos de medicamentos (CUM) o de procedimientos (CUPS), usos, forma farmacéutica, entre otros, (iv) Bases de Datos del Histórico de Recobros (para prestaciones sucesivas, o establecer duplicidad), SISPRO, SIMIGILA (para enfermedades huérfanas).
- Validación de bases de datos de recobros en investigación administrativa: (Superintendencia Nacional de Salud y Dirección de Impuestos y Aduanas DIAN), penal (Fiscalía General de la Nación) y fiscal (Contraloría General de la República).
- Revisión de Valores Máximos de Medicamentos para Recobro (VMR) y comparadores Administrativos en relación con medicamentos.

Una vez concluido el proceso de auditoría, se conformaba el paquete contentivo de los recobros presentados en un período específico y según el tipo de radicación, se efectuaban validaciones de calidad y consistencia previas al pre-cierre y se remitía **al Ministerio (Hoy ADRES)** y a la firma interventora (**JAHV McGregor SAS**), para que efectuaran las validaciones técnicas y de sistemas.

El Ministerio (hoy ADRES), efectuaba validaciones de sistemas al paquete, mediante el sistema de cruces de información y criterios específicos que definía para cada uno y remitía las observaciones a la firma auditora, con copia a la firma interventora.

La firma interventora realizaba validaciones de sistemas y de calidad a través de criterios de auditoría, mediante la verificación de muestras estratificadas de los recobros del paquete, presentaba observaciones a la firma auditora (UNIÓN TEMPORAL), quien respondía y consolidaba estas observaciones y las del Ministerio (ADRES), las cuales eran objeto de análisis conjunto con JAHV McGregor SAS, en reunión (denominada de Conciliación), que concluía con la procedibilidad de **certificar el precierre** si el resultado era consistente y no superaba el margen de error permitido, y se realizaban los respectivos ajustes.

Posterior a la consolidación de ajustes del paquete pre-cerrado, se realizaba **el cierre definitivo** que era nuevamente verificado por la firma interventora, para continuar con las certificaciones de cierre tanto por la firma auditora (Unión Temporal) como por la firma interventora (JAHV McGregor) y ésta última expedía la procedibilidad de pago de los recobros aprobados (total, parcial o reliquidado). Así mismo, se informaba a las entidades recobrantes el estado de todos los recobros incluidos en el paquete, como resultado del proceso de auditoría, previo registro en el sistema e información del SGSSS.

Con base en las certificaciones descritas anteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social ahora la ADRES, ordenaba el gasto y autorizaba el giro, efectuaba las deducciones, descuentos o compensaciones que aplicaran para cada entidad recobrante, tenía en cuenta la cadena presupuestal y ordenaba el pago de los recobros aprobados total o parcialmente o según los valores reliquidados, comunicando los giros realizados.

De otra parte, las entidades recobrantes debían radicar efectivamente las solicitudes ante la ADRES (antes en el MSPS), en el término establecido en la respectiva norma, según el tipo de radicación (normal [inicial, respuesta a glosa], excepcional), con el objeto de quedar cargada en el sistema de información (imágenes y data) y servir de base para el giro previo y procesos posteriores, como registrar el estado que se genera por el resultado de la auditoría, la procedibilidad de pago, la cadena presupuestal, la ordenación de gasto y autorización de giro, deducciones, descuentos o compensaciones, orden de pago, comunicaciones de resultados y de giro y/o de no aprobación, entre otros.

Pese a la aprobación por parte de la interventoría y posterior reconocimiento por el Ministerio de Salud y Protección Social de los diferentes paquetes en los que se agruparon los recobros que son reclamados en la demanda principal, se pretende a través del presente llamamiento en garantía y bajo criterios totalmente diferentes y ajenos al contexto de ejecución contractual que la Unión Temporal respectiva responda por el valor total de los mismos y/o por el pago de eventuales intereses o actualización liquidados sobre el valor de su capital, sin fundamento para ello conforme a lo ya expuesto.

4.3.8. LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE CONSULTOR:

La eventual responsabilidad de las sociedades que integraron la Unión Temporal FOSYGA 2014, en su calidad de contratistas del Estado derivaría de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio, esto bajo la óptica propia de la naturaleza misma de las obligaciones de un consultor y frente a la materialización del incumplimiento contractual, el cual debe desarrollarse al tenor de las normas de contratación estatal plenamente aplicables a instancias del juez natural del contrato estatal, bajo un régimen de responsabilidad subjetivo que no solo supone la acreditación de una discrepancia de criterio "error" sino que en su ocurrencia debe mediar la culpa contractual de la Unión Temporal.

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende la ADRES, determinar **la responsabilidad de la Unión Temporal FOSYGA 2014** en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, y establecer si la auditoría se efectuó o no conforme a lo allí dispuesto y en la normatividad legal vigente.

El medio de control previsto para los asuntos relacionados con incumplimientos en contratos estatales se encuentra previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. Sobre el particular, a manera de ejemplo me permito citar la siguiente sentencia del Consejo de Estado²¹, en la que se manifestó:

*“(…) A través del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, **que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios**, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.*

Al respecto, cabe recordar que, tal y como ocurría en vigencia del Decreto 01 de 1984 - artículo 87 -, para que una pretensión pueda ser resuelta a través del medio de control de controversias contractuales, es necesario que la misma tenga por origen un contrato estatal, pues en virtud de este medio es procedente solicitar, entre otras pretensiones, la del incumplimiento del contrato y el consecuente restablecimiento y/o indemnización de perjuicios”

-La Corte Constitucional en Sentencia C- 388 de 1996, estableció el alcance de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de controversias contractuales e indicó:

*“Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, **el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presenten en la etapa precontractual y contractual sino también en la postcontractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa**, como aparece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, que es objeto de acusación parcial en este proceso.”*
(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, la Constitución Política dispuso en el artículo 29 que nadie puede ser juzgado sino ante el juez o tribunal competente, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en sentencias como la C – 755 de 2013, en el sentido que no basta con ser juzgado por un juez, sino que incorpora la garantía de ser juzgado por quien legalmente es competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, lo que a su vez se relaciona con el derecho a que se cumplan las formas propias de cada juicio (Corte Constitucional. C- 537- 2016). De manera que la norma prevista no atribuye competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de estos asuntos

En el presente caso, el obligado a responder legalmente es el Ministerio de Salud y Protección Legal hoy la ADRES y no mi mandante, y la responsabilidad de las sociedades que represento solo puede devenir en la medida en que medie la culpa representada como un incumplimiento del contrato estatal que no se materializa por incurrir en un presunto error o diferencia de criterio.

21 Fallo Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-36-000-2012-00403-01(46112), proferida el 10 de julio de 2013, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

El que se haya atribuido la competencia a los jueces laborales para conocer de los asuntos propios de la seguridad social integral frente a la relación del afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadores de servicios de seguridad social integral, y que en consecuencia conozca de los conflictos relacionados con el reconocimiento de los recobros y reclamaciones ECAT presentadas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no hace extensiva su competencia para establecer condenas en contra de mi representada, quien no hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral y cumplió sus obligaciones contractuales de conformidad con el contrato celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social.

En conclusión, existe falta de competencia por parte del juez laboral tanto para examinar la responsabilidad de mi representada como para condenarla en virtud de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada en cumplimiento de los Contratos No.055 de 2011 y 043 de 2013, lo que conlleva al rechazo del llamamiento presentado por la ADRES.

4.3.9. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE LAS ADRES:

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²² tiene claramente definidos los cinco elementos o requisitos necesarios para que se configure un evento de enriquecimiento sin causa, los cuales se enuncian a continuación:

*“(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 estableció un requisito adicional a los antes mencionados, así²³:

*“(...) 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***

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²³ 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

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 (...).”

Desde el punto de vista de mi representada y atendiendo la jurisprudencia antes transcrita no se configuran los elementos necesarios para que se estructure dicha figura, teniendo en cuenta que la auditoría en salud, jurídica y financiera, se realizó con estricta sujeción a las normas que regulan la materia y, por lo tanto, el no reconocimiento de los recobros fue provocado exclusivamente por el actuar de la EPS.

-Por el contrario, 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:

- 1. 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 saldrían de éste 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.
- 2. Correlativa disminución patrimonial que sufre otra persona:** El sujeto pasivo o empobrecido de esta figura sería la Unión Temporal FOSYGA 2014, tercero de carácter privado, que de ordenarse el pago de los recobros con sus propios recursos económicos verían afectado o disminuido su patrimonio a costa del incremento o enriquecimiento de la ADRES.
- 3. Ausencia de causa:** Como se ha señalado, la obligación de pago de los recobros no incluidos en el Plan de Beneficios se encuentra expresamente radicada y de manera exclusiva, en principio en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a los recursos del entonces FOSYGA, actualmente esta obligación le asiste a la ADRES y no a la Unión Temporal FOSYGA 2014. Es más, con independencia de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría en salud, jurídica y financiera sobre las solicitudes radicadas de recobros de lo no incluido en el plan de beneficios en salud, es en él y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagarlos, 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 a ambos por igual.

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

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

4.3.10. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y LAS SOCIEDADES QUE LAS INTEGRARON NO DESPLEGARON CONDUCTA ALGUNA FRENTE A VEINTINUEVE (29) RECOBROS QUE CONTIENEN NOVENTA Y NUEVE (99) ÍTEMS OBJETO DEL PRESENTE TRÁMITE

Las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 no son los sujetos llamados a responder por los hechos y presuntas vulneraciones respecto de los **29 recobros contentivos de 99 ítems objeto del presente asunto**, que se relacionan a continuación, los cuales fueron auditados de manera exclusiva por la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, figuras asociativas diferentes a mis representadas.

Según el anexo técnico suministrado por la ADRES, "PJU_2018-00096 UT EPS SANITAS_Reporte", **NINGUNO fue objeto de auditoría por parte de la Unión Temporal FOSYGA 2014**, sino que estos fueron auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA

Resulta necesario manifestar que los hechos de la demanda relacionadas con los 29 recobros que contienen 99 ítems se refieren a operaciones realizadas con anterioridad a la fecha en la que la Unión Temporal FOSYGA 2014 asumió la ejecución de obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Consultoría 043 de 2013, por medio del cual, se obligó a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS.

En suma, para la época durante la cual fueron presentadas y resueltas las 29 solicitudes de recobro objeto del presente asunto, ni las sociedades que represento, ni la Unión Temporal que ella conforman, realizaban actividades relacionadas con la auditoría de recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, **razón por la cual no puede ser imputada responsabilidad alguna frente a dichos recobros.**

En ese orden de ideas, al configurarse la legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas, toda vez que no son las llamadas a responder dentro de la presente controversia al haberse formulado las pretensiones frente a sociedades que no tuvieron participación en los hechos relacionados con los 5 recobros citados que figuran en la demanda.

Ahora bien, con el fin de ilustrar al Despacho para resolver la presente excepción, es necesario destacar que el Ministerio de Salud (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social) en virtud a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley 100 de 1993, ha suscrito contratos fiduciarios con diferentes consorcios, con el propósito de llevar a cabo las actividades de administración fiduciaria de recursos, junto con el desarrollo y mantenimiento del software requerido para operar el Fondo Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y las actividades propias de la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros y de reclamaciones ECAT, así:

- Consorcio FOSGA: Por el período 1995-1997, contrato celebrado para la administración de los recursos.
- Consorcio Fiduciario FIDUSALUD: Por el período 1997-2000, contrato celebrado para la administración de recursos.
- Consorcio FISCALUD: Por el período 2000-2005 - Contrato de encargo fiduciario No. 255 de 2000. En principio se celebró contrato para la administración de recursos del FOSYGA, luego a través del Otro Sí No. 3, se incluyó como obligación del consorcio realizar la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.
- Consorcio FIDUFOSYGA 2005: Por el periodo 2005-2011, se celebró el Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005, cuyo objeto fue el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 y 3260 de 2004, lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen y sustituyan. En conclusión, dicho contrato celebrado para administración de recursos y para la elaboración de la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.

Es importante precisar que el entonces Ministerio de la Protección Social a finales del año 2010 y principios de 2011, replanteó el esquema de operación del FOSYGA, con el objeto de especializar los principales procesos que se desarrollan a su interior, estos son, los relativos a la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y a la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT.

En su momento se estimó que para la administración fiduciaria de los recursos del entonces FOSYGA, debía contratarse una fiduciaria que realizara las operaciones correspondientes a la administración de los recursos y se encargara del desarrollo de software requerido para operar el Fondo y a su vez garantizara el mantenimiento del Sistema de Información; y que debía suscribirse otro contrato con una firma auditora especializada en auditoría médica, económica y jurídica para la desarrollar la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT, el Ministerio de Protección Social celebró los siguientes contratos:

- Consorcio SAYP 2011: Contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, dicho consorcio se encuentra integrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX, cuyo objeto es el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA de acuerdo con las normas legales vigentes.

- Unión Temporal Nuevo FOSYGA: Contrato Consultoría No. 055 de 2011, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSEDA 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.), cuyo objeto es 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 recobros por servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutelas u autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS. Se resalta que sus obligaciones contractuales solamente cobraron vigencia desde el momento en que el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a dichas sociedades (cláusula vigésima séptima del contrato No. 055), lo cual sucedió el 29 de diciembre de 2011, y conforme lo dispuesto en la cláusula séptima en el aparte referido a las obligaciones de auditoría, numeral 17 del contrato de consultoría No. 055, que estableció que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros radicados desde el mes de octubre de 2011, de manera que los hechos acaecidos con anterioridad son completamente ajenos al ámbito de su objeto contractual.

Se destaca que el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, **tuvo como fecha de terminación el 31 de diciembre de 2014 y 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 adjuntan a la presente contestación en medio magnético.

- Unión Temporal FOSYGA 2014: Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSEDA 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.), cuyo objeto es "Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro 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 del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Por otra parte, respecto de la finalización de las obligaciones contractuales por parte de la Unión Temporal FOSYGA 2014, 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, 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 de Consultoría No. 043 de 2013, fue liquidado el 30 de octubre de 2020, según consta en el Acta de liquidación Bilateral que se adjunta al presente escrito.

Respecto de los **29 recobros** auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, no tuvo la Unión Temporal FOSYGA 2014, participación alguna, pues se originaron con anterioridad que esta iniciara la ejecución de sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Consultoría 043 de 2013 y por el contrario estas fueron el resultado de las actividades desplegadas por **la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, en desarrollo del objeto contractual contenido en el contrato de consultoría No. 055 de 2011**, figura asociativa que **no fue demandada en estas diligencias ni vinculada por en el auto que admitió el llamamiento en garantía y que fue notificado a mis representadas y dio lugar a esta actuación.**

Es preciso indicar que si bien las dos Uniones Temporales estuvieron conformadas por CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS S.A.S, SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A. - SERVIS S.A.S Y GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-GRUPO ASD S.A.S. para cada una de ellas se suscribieron contratos con el Ministerio de Salud y Protección Social, con objetos contractuales diferentes y para periodos concretos como se indicó líneas atrás.

En ese orden de ideas, al configurarse la falta de legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas, toda vez que no son las llamadas a responder dentro de la presente controversia al haberse formulado las pretensiones frente a una Unión Temporal que no tuvo participación en los hechos relacionados con los recobros citados que figuran en la demanda.

5. MEDIOS DE PRUEBA:

5.1. DOCUMENTALES:

Solicito al Despacho que se tengan como pruebas los documentos que a continuación se relacionan, los cuales por su peso son remitidos a través del hipervínculo:

- [2018-00096 Anexos contestación llamamiento en garantía](#)

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

5.1.1.1. Copia del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.

- 5.1.1.2. Copia del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 043 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2014.
 - 5.1.1.3. Copia del documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
 - 5.1.1.4. Copia de la modificación al documento privado de conformación de la Unión Temporal FOSYGA 2014.
 - 5.1.1.5. Pólizas del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
 - 5.1.1.6. Anexos del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013:
 - 5.1.1.6.1. Anexo técnico
 - 5.1.1.6.2. Resolución 7941 de 2013
 - 5.1.1.7. Otrosí de apropiación de recursos al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
 - 5.1.1.8. Prórroga No. 1 y Otrosí modificatorio No. 2 al Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.
 - 5.1.1.9. Copia del Acta de liquidación bilateral del Contrato N° 043 de 2013
- 5.1.2.** Carpeta denominada "**Contrato 103 de 2012**" contentiva de los siguientes documentos:
- 5.1.2.1. **Contrato de Interventoría N° 103 de 2012** - suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Sociedad JAHV McGregor S.A.S. Auditores y Consultores.
 - 5.1.2.2. **Anexo técnico - CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO CMA-DAFPS-01-2012** - Contratación de interventoría a los contratos de administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y de auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por 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 de beneficios en salud - REQUERIMIENTOS TÉCNICOS, METODOLOGÍA, PLAN Y CARGAS DE TRABAJO
- 5.1.3.** Carpeta denominada "**PRECEDENTES**" con la copia de las decisiones adoptadas por el H. Tribunal Superior de Bogotá y diferentes Juzgados, en los que se rechazó el llamamiento en garantía de la ADRES frente a mi representada:
- 5.1.3.1. Carpeta "**PRECEDENTES TSB**" contentiva de las siguientes providencias:
 - 5.1.3.1.1. Auto del 31 de enero de 2022, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Marleny Rueda Olarte dentro del proceso 110013105026**201916301**.
 - 5.1.3.1.2. Auto del 30 de noviembre de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Marleny Rueda Olarte dentro del proceso N° 110013105021**20150018603**.
 - 5.1.3.1.3. Auto del 30 de septiembre de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Agustín Vega Carvajal dentro del proceso N° 110013105035**20190017702**.
 - 5.1.3.1.4. Auto del 14 de julio de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Miller Esquivel Gaitán dentro del proceso N° 110013105015**20190016201**.
 - 5.1.3.1.5. Auto del 28 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 110013105019**20180048601**.
 - 5.1.3.1.6. Auto del 28 de mayo de 2021, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 110013105035**20190023001**

- 5.1.3.1.7. Sentencia del 30 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 11001310503120150036101
- 5.1.3.1.8. Auto del 28 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Alfredo Barón Corredor dentro del proceso N° 110013105005**20150095401**.
- 5.1.3.1.9. Auto del 5 de febrero de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Marleny Rueda Olarte dentro del proceso N° 110013105038**20170030901**.
- 5.1.3.1.10. Auto del 21 de enero de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Hernán Mauricio Oliveros Motta dentro del proceso N° 11001310501**20160072801**.

- 5.1.3.2. Carpeta **“PRECEDENTES JUZGADO LAB CTO”** contentiva de las siguientes providencias:
 - 5.1.3.2.1. Auto del 17 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503820170030900.
 - 5.1.3.2.2. Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501120180000800.
 - 5.1.3.2.3. Auto del 13 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310503520160074400.
 - 5.1.3.2.4. Auto del 24 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con radicado 2016-00048.
 - 5.1.3.2.5. Auto del 25 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 11001310501220140063500.
 - 5.1.3.2.6. Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso número 1100131050222014049000.
 - 5.1.3.2.7. Auto del 28 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310503220170030500.
 - 5.1.3.2.8. Auto del 23 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310501520180048100.
 - 5.1.3.2.9. Auto del 24 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con radicado 2019-00164.
 - 5.1.3.2.10. Auto del 25 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310501520160043000
 - 5.1.3.2.11. Auto del 10 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502820200030400.
 - 5.1.3.2.12. Auto del 13 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2018-00027-00.
 - 5.1.3.2.13. Auto del 17 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2019-00163-00.
 - 5.1.3.2.14. Auto del 17 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 2016-00140-00.
 - 5.1.3.2.15. Auto del 23 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310502620190005700.
 - 5.1.3.2.16. Auto del 16 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503520190013100.
 - 5.1.3.2.17. Auto del 15 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310503220190016600.

- 5.1.3.2.18. Auto del 22 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, proceso con número de radicado 11001310502420180067600.
- 5.1.3.2.19. Auto del 29 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502120170026800.
- 5.1.3.2.20. Auto del 3 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502120190024200.
- 5.1.3.2.21. Auto del 3 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502620180063200.
- 5.1.3.2.22. Auto del 3 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502620190012700.
- 5.1.3.2.23. Auto del 24 de enero de 2022, proferido por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario No. 11001310502620180041600

5.1.4. Carpeta denominada "**Derecho de petición ADRES**" contentiva de:

- 5.1.4.1. Copia del derecho de petición elevado ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES dirigido al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, y enviado al correo de notificaciones judiciales de la entidad, para que se aporte copia de la certificación de cierre definitivo de la firma interventora JAHV McGregor frente a los paquetes auditados por mis representadas como integrantes de la **Unión Temporal FOSYGA 2014**: 0314 (marzo 2014), 0414 (abril 2014), 0514 (mayo 2014), 0614 (junio 2014), 0714 (julio 2014), 1014 (octubre 2014), 1114 (noviembre 2014) y 1214 (diciembre 2014), MYT04041404 (abril 2014) y MYT04555221RES5395 (radicados por objeción a los resultados de auditoría entre el mes de julio del 2014 a marzo de 2015).

5.1.5. Carpeta denominada "**A 389 2021 - Competencia j administrativa**" contentiva de los siguientes documentos:

5.1.5.1. Carpeta denominada "**Autos de la Corte Constitucional**", en la que se encuentra:

5.1.5.1.1. Auto 389 de 2021 proferido por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional por el cual fijó regla de decisión respecto al conocimiento de las controversias en materia de recobros.

5.1.5.1.2. Auto 390 de 2021 proferido por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional por el cual se reitera la regla de decisión respecto al conocimiento de las controversias en materia de recobros.

5.1.5.2. Carpeta denominada "**Autos TSB antes A389**" en la que se encuentran las providencias que declararon la nulidad de sentencias y remitieron a la Jurisdicción Contencioso Administrativo que a continuación se señalan:

5.1.5.2.1. Auto de fecha 28 de mayo de 2021, proferido dentro del Proceso sumario: 110012205000-2020-00404-01, Magistrada Ponente Diana Marcela Camacho Fernández.

5.1.5.2.2. Auto de fecha 18 de enero de 2021, proferido en el proceso 11001-22-05-000-2020-00742-01. Magistrada Ponente, Clara Leticia Niño Martínez.

5.1.5.2.3. Auto de fecha 30 de abril de 2021, proferido en el proceso 1100122050002020000745-01. Magistrada Ponente Diana Marcela Camacho Fernández.

5.1.5.3. Carpeta denominada "**Autos TSB después A389**" los cuales evidencian la postura asumida por diferentes salas luego de que la Corte Constitucional fijara su regla de decisión:

- 5.1.5.3.1. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso: 2018 00112. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.2. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso: 2020 00082. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.3. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso: 17 2016 00055. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.4. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso: 12 2019 00131. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.5. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso: 110013105-015-2020-00276-01. M.P.: RAFAEL MORENO VARGAS
- 5.1.5.3.6. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso Sumario: 2020 00592. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.7. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso Sumario: 2021 00614. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
- 5.1.5.3.8. **Auto de fecha 9 de diciembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 012 2019 00068 01. M.P.: LILY YOLANDA VEGA BLANCO.
- 5.1.5.3.9. **Auto de fecha 9 de diciembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 021 2019 00372 01. M.P.: LILY YOLANDA VEGA BLANCO.
- 5.1.5.3.10. **Auto de fecha 21 de enero de 2022**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 015 2018 00314 01. M.P.: MILLER ESQUIVEL GAITÁN.
- 5.1.5.3.11. **Auto de fecha 27 de enero de 2022**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 035 2018 00265 01. M.P.: JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA.
- 5.1.5.3.12. **Auto de fecha 27 de enero de 2022**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 037 2016 00890 01. M.P.: JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA.
- 5.1.5.3.13. **Auto de fecha 30 de noviembre de 2021**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 2015-01103. M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.
- 5.1.5.3.14. **Auto de fecha 31 de enero de 2022**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 35 2019 00055 01. M.P.: Manuel Eduardo Serrano
- 5.1.5.3.15. **Auto de fecha 2 de febrero de 2022**, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral dentro del Proceso 28 2019 00702. M.P.: Diego Roberto Montoya

5.2. TESTIMONIOS:

- 5.2.1. Solicito que se decrete el testimonio de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: esperanza.rozo@utfosyga2014.com. La testigo declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013, el origen de los recursos con los cuales se cancelan los recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las auditorías efectuadas por la mencionada firma, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría (notas externas, circulares), los criterios tomados en cuenta para efectuar la auditoría integral, los demás hechos de la demanda, su contestación y las excepciones.

5.2.2. De igual manera, solicito que se decrete el testimonio de **SINDY LORENA CAÑOLA HIGUERA**, (médica), en su calidad de Jefe de Conceptos Técnicos de la Unión Temporal FOSYGA 2014 (o quien haga sus veces), mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: sindy.canola@utfosyga2014.com, quien declarará sobre las tecnologías en salud recobradas en la presente demanda, las glosas impuestas, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría, entre otros asuntos relacionados con el trámite de la auditoría a los recobros.

5.3. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS EN PODER DE LA LLAMANTE EN GARANTÍA:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y 266 del CGP, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, de manera atenta solicito al Despacho se ordene la exhibición de los siguientes documentos que se encuentra en poder de la llamante en garantía:

5.3.1. Copia de la certificación de cierre definitivo de los paquetes que a continuación se relacionan emitida por la firma interventora JAHV McGregor: 0314 (marzo 2014), 0414 (abril 2014), 0514 (mayo 2014), 0614 (junio 2014), 0714 (julio 2014), 1014 (octubre 2014), 1114 (noviembre 2014) y 1214 (diciembre 2014), MYT04041404 (abril 2014) y MYT0455221RES5395 (radicados por objeción a los resultados de auditoría entre el mes de julio del 2014 a marzo de 2015) y que fueron auditados por la **Unión Temporal FOSYGA 2014**.

Los hechos que se pretenden demostrar a través del documento solicitado se relacionan de forma directa con algunos de los recobros objeto de la demanda y por los cuales se dispuso la participación de mi representada en estas diligencias en calidad de llamada en garantía, pues estos hacían parte de diferentes paquetes cuyo resultado fue conocido y validado por la firma interventora JAHV McGregor y por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la documental (cierres de paquete) que acá se solicita.

Con la supresión de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, todas sus obligaciones se trasladaron a la ADRES, al igual que todos los soportes documentales. En este punto es preciso señalar que con la liquidación del contrato de consultoría No. 043 de 2013, se llevó a cabo un proceso de empalme entre mi representada y la ADRES y como resultado de esta actividad se le hizo entrega de las bases de datos y documentos relacionados con la ejecución del contrato, conforme las tablas de retención documental –TRD- y, por tanto, tan solo la ADRES dispone de la información solicitada.

En el evento en que se ordene este medio probatorio por ajustarse a lo previsto en el artículo 267 del C.G.P aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del C.P.T y de la S.S., solicito que en caso de que la llamante no aporte los documentos, se apliquen las consecuencias previstas en la norma en cita.

Finalmente, en caso de no decretar el medio probatorio solicitado, de **manera subsidiaria** se solicita al Despacho **requerir** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, con el objeto de que allegue con destino a este proceso la certificación de cierre de los paquetes antes mencionados, que fue solicitada por mi mandante a través de derecho de petición radicado en esa entidad vía correo electrónico de fecha 29 de marzo de 2022, cuya copia se allega con el presente escrito en el **numeral 5.1.4** de las documentales, como quiera que mi representada dio cumplimiento a lo previsto en el numeral 10 del artículo 78 del Código General del Proceso.

6. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el Decreto 806 del 04 de junio de 2020, artículo 3, se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

➤ **LLAMANTE EN GARANTÍA:**

6.1. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES:

- Domicilio: Calle 26 No. 69-76. Torre 1 Piso 17- Edificio Elemento
- Dirección electrónica de notificación judicial: notificaciones.judiciales@adres.gov.co
- Dirección electrónica apoderado judicial: alba.ramos@adres.gov.co

6.2. DEMANDANTE: EPS SANITAS:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificajudiciales@keraltty.com
- Dirección electrónica notificaciones Apoderado judicial: jmgarcia@keraltty.com

6.3. LLAMADAS EN GARANTÍA: Sociedades que conformaron la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:**

6.3.1 CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S:

- Domicilio y notificaciones: Calle 29 Norte # 6ª-40- Santiago de Cali.
- Teléfono: (1) 410 04 00 Extensión 18400
- Correo notificaciones judiciales: impuesto.carvajal@carvajal.com

6.3.2 GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA S.A.S:

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

6.3.3 SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S:

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

6.3.4. APODERADA DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

- **ANA CAROLINA RAMÍREZ ZAMBRANO**
- Correo de notificaciones judiciales: ana.ramirez@utfosyga2014.com,
- Celular: 304 5236756.

Cordialmente,



ANA CAROLINA RAMÍREZ ZAMBRANO
C.C. 1.085.248.218 de Pasto (Nariño)
T. P. 197.303 del C. S. de la J.