Bogotá D.C.

Señora
Nicolle Vanesa Ulloa Cortes
C.C. 1007379295
Correo electrónico: info@sae-sas.com
Dirección: Calle 147 #15-51 de la ciudad de Bogotá D.C.

Referencia: Respuesta petición
Solicitud: Revocatoria Directa
Asunto: INVITACIÓN PUBLICA No. 002 DE 2023 – FOMAG Cuyo Objeto – "*Contratar entidades que garanticen la prestación de los servicios de salud del modelo de atención integral, la atención médica derivada de los riesgos laborales y, el diseño, implementación, mantenimiento y mejora continua del Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el territorio nacional, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se deriven*"

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

MARÍA FERNANDA JARAMILLO GUTIÉRREZ, identificada con la cédula de ciudadanía n.° 1.094.895.907 de Armenia – Quindío, actuando en calidad de Vicepresidente de Negocios Fiduciarios y Representante Legal de Fiduprevisora S.A., en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 12 de la Resolución 015 de 2022 emitida por el presidente de Fiduprevisora S.A., estando dentro el término legal, me permito dar respuesta a la acción en referencia en los siguientes términos.

ANTECEDENTES

La Fiduprevisora S.A. es una Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del Sector Descentralizado del orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que el régimen contractual corresponde a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la precitada Ley; adicionalmente, el artículo 15, ibidem, dispuso que las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, y que la actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la precitada Ley.

La FIDUPREVISORA S.A. tiene calidad de entidad financiera (presupuesto orgánico), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y con control fiscal reglamentado por la Contraloría General de la República.

Por otro lado, la Ley 91 de 1989[1] creó el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG**, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica**, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Por lo tanto, en cumplimiento de la Ley 91 de 1989, el Ministerio de Educación Nacional y FIDUPREVISORA S.A. suscribieron un contrato de fiducia mercantil, contenido en Escritura Pública n.° 83 del 21 de junio de 1990, cuyo objeto es *"Constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante – EL FONDO-, con el fin de que la FIDUCIARIA los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo."* **En virtud de dicho acuerdo, FIDUPREVISORA quedó encargada como administradora de los recursos del Fondo para invertirlos y destinarlos al cumplimiento de los objetivos previstos para el FOMAG.**

En tal sentido, con ocasión de la celebración del contrato de fiducia mercantil, los recursos del Fondo constituyeron un patrimonio separado según lo consagra el artículo 1233 del Código de Comercio y, asimismo, se transfirió el derecho de dominio de los recursos fideicomitidos a la sociedad fiduciaria que los administra, con el fin de cumplir los objetivos a los que se afectó el FOMAG, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1226 del Código de Comercio.

Asimismo, para el desarrollo y cumplimiento de los objetivos del FOMAG se determinó por disposición legal que los lineamientos son establecidos por el **Consejo Directivo del FOMAG**, quien establece las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, de conformidad a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989.

Así las cosas, la FIDUPREVISORA S.A. actúa como vocera y administradora del FOMAG. Esto quiere decir que lleva la administración y representación del mencionado fondo, en cumplimiento de los objetivos legales previstos para dicho patrimonio autónomo y de la destinación que los bienes que lo conforman.

La función principal del Fondo es atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizados, vinculados para el momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989 o los que se vinculen con posterioridad a su fecha de expedición. En virtud de su objetivo principal, se encargó a este fondo de garantizar los servicios médicos asistenciales a sus afiliados, como lo indica el artículo 5, numeral 2 de la precitada Ley: "(…) *2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. (…)*"; es así como, en desarrollo de sus obligaciones contractuales, la Fiduprevisora S.A. como entidad fiduciaria y administradora suscribe la prestación de los servicios médicos-asistenciales en las diferentes regiones del país para los afiliados al FOMAG.

Asimismo, para el desarrollo y cumplimiento de los objetivos del FOMAG se determinó por disposición legal que los lineamientos son determinados por el Consejo Directivo del FOMAG, órgano superior que establece las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, de conformidad a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989.

[1] Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En particular, para la adquisición de bienes y servicios, la Fiduprevisora S.A. como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG está sujeta al Manual de Contratación del FOMAG, el cual fue aprobado el día 19 de septiembre de 2016 por el órgano superior, Consejo Directivo del FOMAG. En virtud del artículo 2.4.3 del mencionado Manual, la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG puede desarrollar los procesos de contratación **bajo el régimen de contratación privada.**

Por lo tanto, el FOMAG al ser una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, permite ratificar que la contratación para el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe regirse por las disposiciones que le son aplicables en materia contractual, ya que, la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de los recursos del FOMAG realiza la contratación para el funcionamiento del Fondo en su nombre y representación, situación que fundamenta la contratación realizada.

Así mismo, la contratación para el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del cual la Fiduprevisora S.A. es vocera, debe regirse por las disposiciones que le son aplicables en materia contractual. En ese orden de ideas, de acuerdo con el Manual de contratación expedido por el Consejo Directivo del FOMAG **no está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública** para el desarrollo de su actividad contractual, el cual será acorde con su régimen legal especial, sin dejar de lado que por la misma disposición legal se debe acoger dichos tramites con el debido cumplimiento de los principios de la contratación estatal como son economía, igualdad, selección objetiva, libre concurrencia, transparencia y pluralidad de oferentes, mismos que fueron respetados en el proceso contractual en comento.

En marco de la normatividad anteriormente expuesta, Fiduprevisora S.A. adelantó la etapa precontractual del proceso de selección INVITACIÓN PUBLICA No. 002 DE 2023 cuyo objeto era "*Contratar entidades que garanticen la prestación de los servicios de salud del modelo de atención integral, la atención médica derivada de los riesgos laborales y, el diseño, implementación, mantenimiento y mejora continua del Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el territorio nacional, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se deriven*".

Que el día 24 de mayo de 2023 la entidad gestionó mediante la plataforma SECOP II el respectivo aviso de convocatoria, Proyecto de Documento de Selección, los documentos previos y los correspondientes anexos, del proceso de contratación denominado "INVITACIÓN PUBLICA No. 002 DE 2023 – FOMAG".

Que el proceso de la referencia fue objeto de las correspondientes observaciones por parte de los interesados en cumplimiento de los principios de la contratación como lo es la transparencia y publicidad, a las cuales la entidad dio respuesta de fondo y dentro de los términos establecido para ello mediante el aplicativo del SECOP II.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Que el día 13 de julio del 2023 la entidad procedió a publicar el documento denominado selección definitivo invitación publica No. 002 DE 2023, los documentos previos y los correspondientes anexos en la plataforma del SECOP II.

Que el día 8 de agosto de 2023 la entidad expidió, gestionó y publicó la Adenda 001, en la cual modificó el cronograma, en el sentido de ampliar el término para presentación de observaciones.

Que la entidad el día 09 de agosto de 2023 y de conformidad a las respuestas de las observaciones que fueron presentadas, procedió a expedir, gestionar y publicar la Adenda 002, en la cual se modificaron algunos aspectos del proceso de contratación.

Que debido al cúmulo y la complejidad de las observaciones, el día 23 de agosto de 2023 se hizo necesario por parte de la Fiduprevisora expedir, gestionar y publicar la Adenda 003, en el sentido modificar el cronograma de la invitación pública, con el objetivo de dar respuesta de fondo y oportuna a cada una de las observaciones presentadas.

Que, en concordancia con las respuestas brindadas a los proponentes, se hizo necesario por parte de la Fiduprevisora expedir, gestionar y publicar la Adenda 004 el día 25 de agosto de 2023, en el sentido de realizar modificaciones en requisitos y/o documentos solicitados en la invitación pública.

Que el día 05 de septiembre de 2023 la Fiduprevisora procedió a expedir, gestionar y publicar la Adenda 005, en la cual se modificaron requisitos y/o documentos técnicos de la invitación pública, correspondientes a los anexos del proceso de selección.

Que el día 06 de septiembre se procedió por parte de la entidad a expedir, gestionar y publicar la Adenda 006, mediante la cual se modificó el cronograma de actividades del proceso contractual, en el sentido de ampliar el termino para la presentación de ofertas, esto con el objetivo de garantizar los principios rectores de la contratación.

Que el día 12 de septiembre de 2023 se tenía como fecha límite de presentación de ofertas, para lo cual la entidad procedió a realizar el correspondiente cierre de ofertas del proceso de contratación.

Que el día 13 de septiembre de 2023 se procedió a publicar la lista de proponentes en la plataforma del SECOP II, con la integridad de proponentes que se habían presentado.

Que el día 13 de septiembre de 2023 se presentó solicitud de revocatoria directa por parte de la señora Nicolle Vanesa Ulloa Cortes, en la cual solicita lo siguiente:

> *"(…) Se REVOQUE DIRECTAMENTE el acto administrativo "Adenda no. 02" publicada el día 09 de agosto de 2023 ya que viola el marco normativo aplicable en el numeral 1.4 del "Manual de Contratación del FOMAG" y como lo aclara el Concepto C-705 de 2022 de Colombia Compra Eficiente*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

respecto de la limitación material existente para la expedición de adendas por cuanto se prescriben los cambios sobre asuntos sustanciales como lo son el objeto del contrato, el mecanismo de selección y el presupuesto. Así, al momento de modificar y disminuir en UN BILLÓN SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS PESOS ($1.737.351.698.900) el presupuesto para el proceso, la adenda es contraria a derecho y, por tanto, es menester de LA ENTIDAD revocar la misma so pena de incurrir en el socavamiento de garantías jurídicas que le asisten a los oferentes del proceso como el derecho fundamental al debido proceso, principio de legalidad, transparencia e igualdad.

2. Solicito respetuosamente a LA ENTIDAD, que se REVOQUE DIRECTAMENTE el acto administrativo "Adenda no. 05", debido a que se violó de manera directa el Pliego Definitivo Invitación Pública 002 de 2023 por el cual se limitaba la expedición de adendas a tres (3) días hábiles anteriores a la fecha de cierre. En efecto, la publicación de dicha adenda contraria a derecho desde su inicio nace viciada en virtud de que fue publicada a un (1) día de la finalización del proceso (05 de septiembre), por lo cual se requiere que sea revocada para el correcto devenir de la licitación en concordancia con el debido proceso y principios de la contratación estatal como la transparencia y publicidad so pena de seguir vulnerando los derechos de los proponentes.

3. Solicito respetuosamente a LA ENTIDAD, que se REVOQUE DIRECTAMENTE el acto administrativo "Adenda no. 06 DEL 06 de septiembre 2023", toda vez que se opone de manera directa al Pliego Definitivo Invitación Pública 002 de 2023 por el cual se limitaba la expedición de adendas a tres (3) días hábiles anteriores a la fecha de cierre. Precepto normativo que se incumplió mediante la expedición de la adenda en mención la cual fue publicada el día mismo de la fecha de cierre. Repercutiendo, por tanto, en que dicho acto administrativo es contrario a derecho y debe irremediablemente ser corregido mediante la revocación del mismo. Esto, por cuanto se extendió el plazo para la presentación de la oferta el mismo día que debía presentarse en la plataforma SECOP II, situación que a todas luces carece de validez jurídica y que representa una contravención directa al propio Pliego Definitivo que impone las reglas del proceso en cuestión.

4. Solicito respetuosamente a LA ENTIDAD INFORMAR a todos los proponentes del proceso el escrito de REVOCATORIA DIRECTA presentado por SERVICIOS DE ASESORÍA ESPECIALIZADOS SAS, con el fin de que ejerzan su derecho de contradicción.

1.2. SUBSIDIARIAS. En subsidio de las pretensiones principales, se solicita a la entidad que:

1. Se CANCELE y se proceda a reestructurar con los cambios que consideren técnica y jurídicamente razonables a la Invitación Pública 002 de 2023 en atención a lo estipulado en el apartado 6.1.-" Cancelación o suspensión de la Invitación Pública" en la página 123 del pliego definitivo mencionado, debido a que median circunstancias técnicas, operativas, económicas y jurídicas que vician de fondo el proceso y hacen necesaria dicha cancelación, aunado a lo anterior con la expedición de la Adenda No 2, Adenda No 5, Adenda No 6 como se esboza en la presente REVOCATORIA se vulneran derechos fundamentales consagrados en la constitución y principios de la contratación estatal.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

2. Se INVALIDEN las actuaciones: Adenda 02, adenda 05 y adenda 06 por cuanto son violatorias del debido proceso y condiciones establecidas en la Invitación Pública 002 y, por tanto, en aras de resarcir la legalidad, debido proceso y seguridad jurídica de los oferentes, se proceda a reestructurar o retrotraer la presente Invitación Pública 002 de 2023.

3. SE CORRIJAN LOS YERROS Y SE REINICIE EL PROCESO desde la expedición del primer acto administrativo viciado anteriormente mencionado (Adenda 02). Según lo dispuesto por el numeral 6.1- " Invitación Pública" en la página 127 del pliego definitivo, So pena de vulnerar derechos fundamentales y los principios de la contratación estatal.

4. Se ANULE o DEJE SIN EFECTO las adendas No 02,05,06 por cuanto vulneran los derechos al debido proceso, igualdad, publicidad, pluralidad de oferentes. (…)"

Que, de conformidad a lo establecido en el cronograma de actividades, se procedió a realizar la verificación de los documentos y requisitos solicitados en la invitación pública.

Que el día 25 de septiembre de 2023 se procedió a realizar la publicación en la plataforma del SECOP II del informe de verificación de requisitos y/o documentos habilitantes, en el cual se recomendó a los oferentes subsanar y/o aclarar lo requerido por el comité evaluador.

Que, a la fecha, la entidad se encuentra recibiendo la documentación requerida por parte del comité evaluador, la cual podrá ser subsanada hasta el día 02 de octubre de 2023, la cual será verificada del 03 al 09 de octubre de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA FIDUPREVISORA COMO VOCERA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG.

Por lo expuesto, es importante resaltar los siguientes argumentos que desvirtúan la procedencia de la revocatoria directa, por cuanto los actos atacados no se configuran como "actos administrativos":

"(…) REVOCACIÓN DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

ARTÍCULO 94. IMPROCEDENCIA. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ARTÍCULO 95. OPORTUNIDAD. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

ARTÍCULO 96. EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.
ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.
PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa. (…)"

Conforme a las normas antes citadas, es importante manifestar que los actos atacados por el solicitante fueron expedidos por Fiduprevisora S.A. **como vocera del Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio FOMAG**, debidamente aprobados por el órgano superior de dicho patrimonio que por disposición legal es el Consejo Directivo y corresponde al cumplimiento de las órdenes dadas por su fideicomitente dentro del "*giro*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ordinario de sus negocios" como entidad fiduciaria, que tiene un objeto social exclusivo, el cual corresponde a la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública.

Por lo tanto, los actos alegados por la accionante fueron expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, quien es administrado por disposición legal y contractual por la Fiduprevisora S.A. Así las cosas, este Fondo **no cuenta con carácter de autoridad pública ni de autoridad administrativa**, es decir, no cuenta con facultades legales para ejercer posición de mando o para tomar decisiones que afecten a los particulares o ni mucho menos es una entidad encargada de adelantar actuaciones administrativas, motivo por el cual no está facultada por la Ley para la expedición de actos administrativos.

Asimismo, el acto precontractual de pliego de la Invitación Publica 002 de 2023 y los que se desprendieron en virtud de dicho proceso de selección, así como las adendas atacadas, se derivaron de la etapa precontractual de un proceso de selección que adelantó la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, el cual se suscribieron de conformidad con los principios de la contratación pública y la función administrativa, cuya obligatoriedad es sometida por disposición legal y por el mismo manual de contratación del FOMAG, resaltando que por disposición legal su régimen contractual es excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Resulta importante traer a colación lo mencionado en la sentencia de 12 de octubre de 2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado *(Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2011, exp. n.º 25000232600019950155501, C.P. Danilo Rojas Betancourt.)* la cual expresó:

> *"(…) El giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo, así las cosas, resulta que el concepto "giro ordinario de las actividades" (…), hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria (…)"*

Asimismo, respecto del giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, la jurisprudencia del Consejo de Estado indicó que estas hacen relación a "(…) i*) tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento al objeto social, o de las funciones principales expresamente definidas en la Ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero–, ii) como a todas aquellas actividades o negocios que son conexas con ellas y que se realizan para desarrollar la función principal (…)" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2005, exp. n.º 218085, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.)*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En igual sentido, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que la excepción del numeral 1° del artículo 105 del CPACA opera cuando la controversia surge con ocasión del desarrollo del objeto social de la entidad financiera, pues *"(…) si bien las entidades demandadas son entidades públicas, también lo es que dichas instituciones desarrollan actividades de naturaleza comercial y de gestión económica, las cuales no obedecen a funciones que tradicionalmente desarrolla el Estado, sino por el contrario, implica que actúe en el mercado como un particular y no como una entidad pública, siendo más efectiva la aplicación del régimen jurídico privado para el desarrollo normal de su objeto social y adicionalmente están bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, configurándose de tal forma, un asunto exceptuado del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (…)" (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 2 de abril de 2014, exp. n.º 11001010200020130266400, M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.)*

Por otro lado, y de conformidad a lo concluido por el Consejo de Estado se resalta que *"(…) el acto de apertura de un proceso contractual de una entidad financiera de carácter público, que se encuentra excluida de la aplicación de las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública "no corresponde a un acto administrativo, sino a un acto precontractual que se rige por el derecho privado (…)". Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 6 de mayo de 2021. Rad. 11001-03-26-000-2020-00077-00(66099). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.*), (subrayado propio). En atención a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, en materia contractual la FIDUPREVISORA S.A como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, **no se encuentra sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, sino a las disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables a su actividad. Al encontrarse por fuera del régimen del Estatuto General de la Contratación Pública, los procedimientos para los contratos que deban suscribirse para los servicios que tiene a su cargo el cómo en este caso es el FOMAG, se rigen por el derecho privado y el Manual de Contratación de dicho Fondo, que determina que su régimen de contratación es **régimen privado**, y no se podría considerar que la expedición de un acto precontractual como es considerada la invitación publica y los demás documentos que se desprenden del proceso de la referencia, se equiparan a la expedición de un acto administrativo, situación que genera que se dé un trámite diferente a cada uno de ellos como lo establece la normatividad vigente.

De conformidad con lo anterior, es importante traer a colación la definición y el alcance de Acto Administrativo en el Sistema Jurídico Colombiano, así:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta, en sentencia de enero 22 de 1988 expediente N° 0549, relacionó:

> "(…) *El acto administrativo es aquel acto jurídico unilateral, expresión de la voluntad de la Administración, por medio del cual se crea, en forma obligatoria, situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto* (…)"

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, en sentencia del 22 de octubre de 1971, relacionó:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"(…) a) Desde el punto de vista formal, que significa que el Acto Administrativo es todo aquel que emana de un órgano administrativo del Estado; b) Desde un punto de vista material, queriendo significar con ello que pude considerarse como Acto Administrativo aquella decisión de la Administración que contenga medidas de alcance individual (Acto subjetivo o Acto condición) exceptuando los Actos Jurisdiccionales, y c) Desde un punto de vista funcional, esto es, aceptando que el Acto Administrativo es aquel que cae bajo el imperio del Derecho Administrativo por oposición a los Actos de los particulares, que dependen del Derecho Privado. (…)"

De lo anterior, se puede confirmar que los actos expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, dentro del proceso contractual en mención **no corresponden a Actos Administrativos**, sino a actos precontractuales que se rigen por el derecho privado, expedidos por una entidad fiduciaria que se encuentra excluida de la aplicación de las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por orden legal.

Por lo cual, el proceso de contratación para la prestación de servicios de salud que lleva a cabo la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, obedece al *giro ordinario* de sus negocios, toda vez que dentro de su objeto social principal está la realización de negocios fiduciarios, en virtud de los cuales adquiere una serie de obligaciones, pues dentro de las mismas, está administrar los recursos del FOMAG. Por lo tanto, para realizar una adecuada gestión y garantizar el cumplimiento de los objetivos del Fondo, es necesario que se gestionen los contratos respectivos para la prestación de servicios de salud conforme lo ordenado por el contrato mercantil y el consejo directivo del FOMAG y para el caso en particular, en tal proceso contractual fueron expedidos los **actos precontractuales,** de conformidad al Manual de Contratación del FOMAG.

En concreto, según lo dispuesto en el artículo 1234 del Código de Comercio, la entidad fiduciaria está encargada de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia e invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos **previstos en el acto constitutivo**, los cuales no pueden ser considerados como actos administrativos, como se mencionó en líneas atrás.

En igual sentido, es importante reiterar acerca de la naturaleza del documento sobre el cual se funda la solicitud de revocatoria directa, pues como se mencionó anteriormente el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, está sometida **a un régimen especial de contratación**, que se rige por el **derecho privado**, y a su Manual de Contratación FOMAG. Esto quiere decir que, en los procesos de invitación pública **no se encuentra legitimada para expedir actos administrativos**.

En consecuencia, al no tratarse de actos administrativos, no puede predicarse que en el presente asunto deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 93 y siguientes del CPACA.

De acuerdo a lo anterior, es de suma importancia traer a colación lo mencionado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Auto 838 de 2021, Referencia: Expediente CJU-132, Conflicto de competencia suscitado entre la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia y el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá D.C, el cual marca una claridad en el siguiente aspecto:

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

"(…) La excepción de la jurisdicción contencioso administrativa que excluye de su conocimiento las controversias en contratos de entidades públicas financieras

6. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA), de acuerdo con el Consejo de Estado, el criterio que predominaba para establecer si una controversia o litigio le correspondía o no a la jurisdicción contencioso administrativa era el orgánico, pues, por regla general, le estaba asignado el conocimiento de aquellos asuntos en los que fuera parte una entidad de carácter público.[18].

En el artículo 104 del CPACA, la regla general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa quedó fijada en los siguientes términos:

"La 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".

7. Sin embargo, el mismo código consagró algunas excepciones a la competencia general y específica atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Bajo este entendido, el numeral 1º artículo 105 del CPACA establece:

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos."

Es decir que a la jurisdicción contencioso administrativa corresponde el conocimiento de los asuntos relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, salvo en los casos en que el contratante sea alguna de aquellas entidades exceptuadas por el numeral 1° del artículo 105 del CPACA, siempre y cuando corresponda al giro ordinario de sus negocios [19].

8. Con el fin de aclarar, en los términos del numeral primero del mencionado artículo, en cuáles supuestos la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para conocer de asuntos relacionados con instituciones financieras, el Consejo de Estado ha entendido que, además del elemento orgánico, debe estudiarse un elemento material para que se aplique la excepción.

En primer lugar, el elemento orgánico se refiere a que la entidad pública inmersa en la controversia contractual o extracontractual tenga el carácter de institución financiera. En segundo lugar, el elemento material limita la excepción a aquellos asuntos que correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas instituciones.[20].

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

9. Ahora bien, en referencia al "giro ordinario de los negocios", la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que constituye un concepto jurídico indeterminado. En principio, fue interpretado como referente a dos tipos de actividades o negocios: (i) aquellos realizados en cumplimiento del objeto social o funciones principales, expresamente definidas por la ley; y (ii) todo aquello que fuera conexo a tales funciones y que se realizara para el desarrollo de estas.

10. Al respecto, la sentencia de 12 de octubre de 2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó:

"El giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo, así las cosas, resulta que el concepto "giro ordinario de las actividades" (…), hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria" [21]

Ahora bien, respecto del giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, la jurisprudencia del Consejo de Estado indicó que estas hacen relación "i) tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento al objeto social, o de las funciones principales expresamente definidas en la ley –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero–, ii) como a todas aquellas actividades o negocios que son conexas con ellas y que se realizan para desarrollar la función principal" [22].

11. Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que la excepción del numeral 1° del artículo 105 del CPACA opera cuando la controversia surge con ocasión del desarrollo del objeto social de la entidad financiera, pues "si bien las entidades demandadas son entidades públicas, también lo es que dichas instituciones desarrollan actividades de naturaleza comercial y de gestión económica, las cuales no obedecen a funciones que tradicionalmente desarrolla el Estado, sino por el contrario, implica que actúe en el mercado como un particular y no como una entidad pública, siendo más efectiva la aplicación del régimen jurídico privado para el desarrollo normal de su objeto social y adicionalmente están bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, configurándose de tal forma, un asunto exceptuado del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo"[23].

12. En suma, según la interpretación del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura, la noción de "giro ordinario de los negocios" incluye tanto las actividades relacionadas con el objeto social de la entidad pública financiera y aquellas catalogadas como tales en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Es decir, que comprende todas las operaciones o negocios que: i) guarden relación con el objeto social de la entidad pública de carácter financiero o con las funciones catalogadas como de intermediación en la captación y préstamo de recursos en la legislación; y ii) sean conexas al objeto social o tareas de financiación determinada en la ley y tengan como finalidad su desarrollo o ejecución. (…)

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

(…) 13. La Sala Plena considera que el conocimiento del asunto de la referencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil. A tal conclusión arriba con fundamento en los siguientes argumentos:

13.1. La Corte verificó la existencia de un conflicto negativo de jurisdicciones entre una autoridad judicial que hace parte de la jurisdicción ordinaria civil y otra del contencioso administrativo. Aquel acreditó los presupuestos subjetivos, objetivo y normativo, en los términos de los fundamentos jurídicos 3º y 4º de esta providencia.

13.2. La Sala dirimirá el conflicto negativo de jurisdicción de la referencia, en el sentido de determinar que el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá D.C. es la autoridad competente para conocer la acción presentada por la Fundación IPSI en contra de FIDUPREVISORA S.A. En este caso, debe aplicarse el numeral 1° del artículo 104 del CPACA, que excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa las controversias en contratos de entidades públicas financieras. Lo anterior, con base en los siguientes fundamentos:

13.3. La entidad demandada tiene calidad de entidad financiera (presupuesto orgánico). En la actualidad, FIDUPREVISORA S.A. es una sociedad de economía mixta de carácter indirecto y del orden nacional [24], sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y con control fiscal reglamentado por la Contraloría General de la República.

13.4. El acto celebrado corresponde al giro ordinario de los negocios de FIDUPREVISORA. Como entidad fiduciaria, el objeto social exclusivo de FIDUPREVISORA es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública [25].

En virtud de un contrato de fiducia, FIDUPREVISORA S.A. actúa como vocera y administradora del FOMAG [26]. Esto quiere decir que lleva la administración y representación de dicho fondo, en cumplimiento de los objetivos previstos para dicho patrimonio autónomo y de la destinación que los bienes que lo conforman. En desarrollo de sus obligaciones contractuales como administradora, la entidad fiduciaria suscribe la prestación de los servicios médico asistenciales en las diferentes regiones del país.

Según los artículos 3º y 4º de la Ley 91 de 1989[27], el FOMAG fue creado como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica. Además, dicha cuenta fue dotada de independencia patrimonial, contable y estadística. La función principal del Fondo, es atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizados, vinculados para el momento de la promulgación de la ley o los que se vinculen con posterioridad a su fecha de expedición. En virtud de su objetivo principal, se encargó a este fondo de garantizar los servicios médicos asistenciales a sus afiliados.[28].

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En cuanto a su administración, la ley antes mencionada, dispuso que los recursos del FOMAG fueran manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta.[29]. En cumplimiento de la Ley 91 de 1989, el Ministerio de Educación Nacional y FIDUPREVISORA, suscribieron un contrato de fiducia mercantil, contenido en escritura pública No. 83 del 21 de junio de 1990. En virtud de dicho acuerdo, FIDUPREVISORA quedó encargada como administradora de los recursos del Fondo para invertirlos y destinarlos al cumplimiento de los objetivos previstos para el FOMAG.

Los lineamientos para el cumplimiento de las actividades del FOMAG son determinados por el Consejo Directivo, quien establece las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo.[30]. En particular, para la adquisición de bienes y servicios, FIDUPREVISORA está sujeta al Manual de Contratación del FOMAG.[31]. En virtud del artículo 2.4.3[32] del mencionado Manual, FIDUPREVISORA puede desarrollar procesos de contratación, como el de la Invitación Pública No. 002 de 2017.

En atención a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007[33], en materia contractual FIDUPREVISORA S.A. no se encuentra sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a las disposiciones legales y reglamentarias que sean aplicables a su actividad. Al encontrarse por fuera del régimen del Estatuto General de la Contratación Pública, las pautas para los contratos que deban suscribirse para los servicios que tiene a su cargo el FOMAG, se rigen por el derecho privado y el manual de contratación de dicho Fondo.[34].

Por lo anterior, conforme a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte concluye que el proceso de contratación para la prestación de servicios de salud que llevó a cabo FIDUPREVISORA obedece al giro ordinario de sus negocios. En primer lugar, porque dentro de su objeto social principal está la realización de negocios fiduciarios, en virtud de los cuales adquiere una serie de obligaciones. En concreto, según lo dispuesto en el artículo 1234 del Código de Comercio, la entidad fiduciaria está encargada de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia e invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo.

En segundo lugar, dentro de sus obligaciones está la de administrar los recursos del FOMAG. Por lo tanto, para realizar una adecuada gestión de aquellos y garantizar el cumplimiento de los objetivos del Fondo, es necesario que se suscriban contratos para la prestación de servicios de salud.

13.5. Por otra parte, la Sala estima necesario indagar acerca de la naturaleza del documento sobre el cual la Fundación IPSI solicitó la nulidad, pues el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá estimó que se trataba de un acto de adjudicación de una convocatoria cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, la Sala no comparte este argumento, tomando en consideración que FIDUPREVISORA está sometida a un régimen especial de contratación, que se rige por el derecho privado, y a su manual de contratación. Esto quiere decir que en los procesos de invitación pública no se encuentra legitimada para expedir

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

actos administrativos.[35]. Por tal razón, lo que se pretende con la demanda es que se declare la nulidad de decisiones que se rigen por el derecho privado, con base en las cuales se adjudicó la Invitación Pública 002 de 2017. En consecuencia, al no tratarse de un acto administrativo, no puede predicarse que en el presente asunto deba aplicarse lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 152 del CPACA.[36].

14. Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala ordenará remitir el expediente de la referencia al Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá para que proceda con lo de su competencia y comunique la presente decisión a la Fundación IPSI y a la Sala Primera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Regla de decisión: Corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, el conocimiento de controversias judiciales originadas en la adjudicación de procesos de invitación pública de la FIDUPREVISORA, como vocera y administradora del FOMAG, para la contratación de la prestación de servicios de salud. Lo anterior, con fundamento en el artículo 105 del CPACA, por cuanto se trata de actos jurídicos emitidos por una entidad financiera en el giro ordinario de sus negocios. (…)" Subrayado y negrilla fuera del texto original

De lo anterior se infiere que, la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil tiene la competencia para conocer sobre las controversias judiciales originadas en marco de los procesos contractuales que adelante la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, lo cual reafirma que, los actos expedidos en marco del desarrollo de los procesos contractuales (giro ordinario) adelantado por la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, corresponden única y exclusivamente a actos jurídicos dentro de la etapa precontractual que se rigen por el derecho privado y no actos administrativos, como pretende hacerlo ver la parte actora.

Así las cosas, y de conformidad a lo referenciado anteriormente, la presente petición trae consigo la solicitud de aplicar una herramienta legal que es única y exclusiva para revocar **actos administrativos proferidos por entidades públicas**, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, **NO** es una entidad pública y su gestión contractual se adelanta a través del régimen jurídico privado, razón por la cual se encuentra exceptuada de la aplicación del Estatuto General de Contratación pública, pues en primer lugar, los mismos están expedidos bajo los parámetros legales establecidos y segundo no es el mecanismo idóneo para solicitar lo pretendido por la parte actora.

Una vez mencionado lo anterior, la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG se manifestará en los siguientes términos sobre las solicitudes principales presentadas:

"(…) Adenda: Documento mediante el cual Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de los recursos del Fomag con posterioridad a la apertura de un proceso, aclara o modifica las condiciones de la contratación contenidas en los Documentos de selección de conformidad con el cronograma del proceso. Las adendas una vez publicadas hacen parte del Documento de selección. (…)"

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En marco de lo anterior, es importante manifestar a la peticionaria que, la expedición de adendas es una potestad de la entidad cuando lo considere necesario, en aras de dar garantía a los principios de la contratación, en cumplimiento del Manual de Contratación del FOMAG.

Ahora bien, en cuanto a la primera solicitud, es importante mencionar:

La Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora de los recursos del FOMAG, expidió la Adenda 002 del proceso de la referencia, la cual fue expedida bajo los principios de la contratación y los parámetros legales aplicables, y de conformidad a los lineamientos establecidos por el Consejo Directivo del FOMAG y su correspondiente aprobación, toda vez que dicha modificación a la invitación publica, más específicamente en el valor estimado del presupuesto, se debió a la fórmula de cálculo de la UPCM en los términos que se presentan a continuación:

El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 2381 de 2021, fijó el valor anual de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para financiar los servicios y tecnologías de salud de los regímenes contributivo y subsidiado para la vigencia 2022.

De manera particular, además del valor de la UPC para el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, en dicha resolución se fijó un valor de UPC para los regímenes especiales y de excepción que utilizaran como referencia la UPC dentro de sus esquemas de reconocimiento y pago.

Es importante mencionar que el Ministerio de Salud y Protección Social únicamente fijó el valor de la UPC para los regímenes especiales y de excepción durante la vigencia 2022. Para 2023, a través de la Resolución 2809 de 2022, únicamente se fijaron las UPC de referencia para los regímenes contributivo y subsidiado.

Así mismo, el **Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Acuerdo 005 de 2022**, **<u>estableció la estructura financiera para los nuevos contratos de salud</u>**, de tal manera que la UPCM, de referencia para el magisterio colombiano, fuera equivalente a la UPC definida por el Ministerio de Salud y Protección Social como referencia para los regímenes especiales o de excepción incrementada en 62,67%. La actualización de la UPCM se realizará en un porcentaje equivalente al incremento anual determinado por el Ministerio de Salud y Protección Social para la UPC del régimen contributivo sin tener en cuenta el porcentaje de incremento por inclusión de tecnologías en salud.

En concreto, el acuerdo 005 de 2022, en su numeral 9, estableció lo siguiente:

> *"(…) 9. Estructura Financiera*
>
> *El Consejo Directivo aprueba la siguiente Unidad de Pago por Capitación para garantizar los servicios de salud de los afiliados del Magisterio: UPCM = UPCe,z + 62.67% UPCe,z*
>
> *Dónde*
>
> *• UPC= Unidad de Pago por Capitación del Régimen Contributivo*
> *• e= grupo etario*
> *• z= zona geográfica*

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Corresponde a la UPC del régimen contributivo por los grupos etarios y las zonas geográficas que defina el Ministerio de Salud y Protección Social como referente para los regímenes especiales o de excepción, más un plus o porcentaje fijo que debe destinarse exclusivamente a la prestación de los servicios de salud, lo que cubre aquellos aspectos que son inherentes al régimen de excepción, el cual se calculó en 59,88% sobre el valor de la UPC del Régimen Contributivo.

La actualización de la UPCM se efectuará realizando un incremento anual igual al porcentaje determinado por el Ministerio de Salud y Protección Social para la UPC del Régimen Contributivo, sin tener en cuenta el porcentaje de incremento por inclusión de tecnologías en el POS del Régimen Contributivo ni primas o incentivos adicionales establecidas para el régimen contributivo.

Dentro del valor de la UPCM se incluye un valor per Cápita fijo, correspondiente a 2,79% de la UPC del régimen contributivo, para el componente de atención en salud derivada de los riesgos laborales, para un total de 62,67% de la UPC del régimen contributivo de referencia. (…)" (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos:

1.) Para la vigencia 2022, el Ministerio de Salud y Protección Social fijó el valor de la UPC de referencia para los regímenes especiales y de excepción en $989.712 pesos.
2.) De igual manera, para la vigencia 2022, el Ministerio de Salud y Protección Social fijó el valor de la UPC del régimen contributivo con nuevas inclusiones, de referencia para el SGSSS, en $1.109.221,20 pesos.
3.) Para la vigencia 2023, el Ministerio de Salud y Protección Social fijó el valor de la UPC del régimen contributivo en $1.289.246,40 pesos.
4.) En diciembre de 2022, el Consejo Directivo del FOMAG acordó que la base para el cálculo de la UPCM era el valor de la UPC del régimen contributivo por los grupos etarios y las zonas geográficas definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social como referente para los regímenes especiales o de excepción.
5.) Así mismo, el Consejo Directivo del FOMAG acordó que la actualización de la UPCM se efectuaría realizando un incremento anual igual al porcentaje determinado por el Ministerio de Salud y Protección Social para la UPC del Régimen Contributivo, sin tener en cuenta el porcentaje de incremento por inclusión de tecnologías en el POS del Régimen Contributivo.
6.) De esta manera, para calcular el valor de la UPCM se debe partir de la UPC de referencia para los regímenes especiales y de excepción ($989.712 pesos) incrementándose en el porcentaje de crecimiento de la UPC del régimen contributivo para 2023 sin incluir nuevas tecnologías (16,23%). Esto equivale a $1.150.342 pesos que, al incrementarse en 62,67%, resulta en un valor per cápita de $1.871.262 pesos sin contar los ajustes por grupo etario y zona geográfica. La estimación del valor total de los contratos de salud, entre el 1 de noviembre de 2023 y el 31 de octubre de 2027, usando como referencia esta UPCM equivale a $12.654.884 millones.192.183
7.) El valor usado en los prepliegos y pliegos de la UPCM no corresponde a este valor. En particular, el valor utilizado para estimar el valor de los contratos de salud corresponde a la UPC-

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

C de 2023 ($1.289.246,40 pesos) incrementado en 62,67% ($2.097.217 pesos), sin incluir los ajustes por grupo etario y zona geográfica. La estimación del valor total de los contratos de salud, entre el 1 de noviembre de 2023 y el 31 de octubre de 2027, utilizando esta UPC como referencia equivale a $14.392.236 millones.

Así las cosas, de conformidad a lo manifestado anteriormente, es importante para la entidad resaltar que el cambio referenciado obedeció **única y exclusivamente** al cálculo de la fórmula de UPCM, el cual fue **debidamente aprobado por parte del Consejo Directivo del FOMAG**, situación que a todas luces no se puede considerar como una violación al principio de planeación, toda vez que dicho cambio fue debidamente justificado técnicamente y financieramente, y el mismo no trasgrede derechos ni intereses a los proponentes.

En este sentido, observamos que la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, no vulneró principios contractuales, ni derechos fundamentales y cumplió a cabalidad con la Ley y el Manual de Contratación del FOMAG respectivo, se establecieron los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos y de la elaboración de la invitación en cumplimiento de cada uno de los principios que rigen la materia, situación por la cual la solicitud no tiene vocación de prosperidad, y la entidad no acatara lo solicitado.

En cuanto a la segunda solicitud, es importante mencionar:

En línea de lo expuesto, la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, en aras de dar garantías a los interesados y en cumplimiento de los principios de contratación estatal, la entidad procedió a expedir la Adenda 005 la cual fue debidamente aprobada por el Consejo Directivo, en la cual se realizó aclaración de los anexos 2 y 15, con el objetivo de evitar que los proponentes incurrieran en errores al momento de la presentación de las respectivas propuestas, situación que no genera un cambio sustancial dentro del proceso de la referencia; en ese mismo sentido es importante aclararle a la peticionaria que, los anexos de la invitación sirven de soporte del mismo, los cuales facilitan a los proponentes la presentación de su oferta, y si es revisada integralmente la invitación pública la misma tenía establecido correctamente los requisitos que se debían consignar en el formato requerido, por lo que se hace visible que no se vulneran derechos ni infringe principios de los procesos de selección, toda vez que la misma en aras de evitar incurrencia en errores, dando prevalencia de los principios de la contratación, y cumplimiento al Manuel de contratación del FOMAG, procedió a publicar los anexos con los ajustes requeridos, velando por dar garantías de presentación a los diferentes interesados y evitando que los mismos incurrieran en errores en la presentación de la propuesta, situación que refleja que no se desconocieron principios de contratación estatal.

En cuanto a la tercera solicitud, es importante mencionar:

La Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG procedió a expedir Adenda 006 la cual fue debidamente aprobada por el Consejo Directivo, es importante manifestar que, en aras de dar garantías y prevalencia a los principios de la contratación, se consideró viable a ampliar el cronograma de actividades en el sentido de otorgar días adicionales a los interesados para la presentación de las propuestas, esto, con el objetivo de que los mismos presentaran una propuesta integra, dando cumplimiento así, a los requisitos y documentos solicitados por la entidad.

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En cuanto a la cuarta solicitud, es importante mencionar:

Se permite la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, informarle a la interesada, que dicho documento es de conocimiento público, y cualquier interesado podrá acceder a él, toda vez que la misma fue presentada mediante la plataforma del SECOP II y como es bien sabido, los documentos que allí se gestionan, son de público conocimiento de los interesados y del público en general, no obstante lo anterior, se dará publicidad a la respuesta emitida por parte de la entidad en la plataforma del SECOP II, para que todos los interesados tengan conocimiento de la misma.

La Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG se manifestará en los siguientes términos sobre las solicitudes subsidiarias presentadas:

En cuanto a la solicitud de cancelación y reestructuración del proceso, es importante manifestarle a la accionante que, no habría lugar ello, debido a que desde la estructuración del proceso y en la etapa de selección, se viene dando cumplimiento a los procedimientos, principios de contratación a la normatividad vigente y al manual de contratación del FOMAG, además resultaría más gravoso para el interés público, en virtud a que se pueden presentar eventualidades que podrían paralizar el servicio, ocasionando traumatismo a los beneficiarios del mismo, incluso afectar gravemente el derecho fundamental a la vida y a la salud por la no prestación oportuna de la atención médica a sus usuarios y beneficiarios dentro del Régimen de Excepción en salud, por la fecha de vigencia de los contratos de los actuales operadores, situación por la cual la misma no tiene vocación de prosperidad.

Asimismo, en cuando a lo solicitado con relación a la invalidación de las Adendas 02, 05 y 06, se reitera por parte de la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG que, en ninguna de sus etapas se vulneró, ni infringió los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, ni demás principios rectores de la contratación, toda vez que, en aras de dar garantía a los proponentes, recurrió a la ejecución de dichos actos precontractuales, con el único objetivo de que estos presentaran sus propuestas, teniendo en cuenta todos y cada uno de los requisitos establecidos, no obstante lo anterior y como se ha repetido en diferentes ocasiones por la naturaleza jurídica de la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, dio aplicación en el proceso al régimen jurídico privado para el desarrollo normal de su objeto social, razón por la cual se encuentra exceptuada de la aplicación del Estatuto General de Contratación pública, por lo que se considera improcedente la solicitud realizada por la parte actora.

En conclusión y con la finalidad de abordar la última solicitud presentada, considera la entidad necesario reiterar que no habría lugar a ello, toda vez que, desde la estructuración del proceso y la etapa de selección han respetado los procedimientos, principios y la normatividad vigente de contratación y dio plena aplicabilidad al manual de contratación del FOMAG, y el anular y/o dejar sin efectos las Adendas 02, 05 y 06, representaría un agravio, para lo que se persigue con la ejecución que se desprende del proceso de contratación atacado, poniendo en riesgo y/o vulnerando los derechos fundamentales a la vida y a la salud integral, ya que estos afiliados quedarían expuestos a que no se realizara una prestación oportuna de la atención medica dentro del régimen de excepción de salud, no obstante, lo anterior y como se ha dicho a lo largo del presente documento resulta pertinente reiterar que el mecanismo de revocatoria directa que se pretende, no tiene vocación de

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

prosperidad para los actos atacados, toda vez que los mismos no son considerados como actos administrativos, si no actos meramente precontractuales, de conformidad a la naturaleza de Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG. Así las cosas, considera la entidad que no resulta pertinente ni oportuno acceder a lo solicitado por la accionante por las consideraciones realizadas anteriormente.

De igual manera, la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, siempre ha sido observador del ordenamiento jurídico, ha respetado la normatividad vigente respecto de la Invitación Pública 002 de 2023, ajustándote plenamente al manual de contratación del FOMAG, la cual pretende seleccionar al contratista que desarrolle el objeto: "*Contratar entidades que garanticen la prestación de los servicios de salud del modelo de atención integral, la atención médica derivada de los riesgos laborales y, el diseño, implementación, mantenimiento y mejora continua del Sistema General de Seguridad y Salud en el Trabajo para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el territorio nacional, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se deriven"* de la cual se desprenden los actos precontractuales atacados, y en los cuales se ha velado por el respeto del debido proceso, sin vulnerar derechos de los interesados, ni violar los principios rectores de la contratación estatal.

En conclusión, según los argumentos expuestos, es claro y evidente que la acción con la que pretende la parte actora atacar los actos proferidos por la entidad, no tiene vocación de prosperidad y por ende no puede darse aplicación a la revocatoria directa de los actos precontractuales atacados, así mimos se deja claridad que la Fiduprevisora como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, no ha desconocido los principios rectores de la contratación estatal, y ha ajustado todas sus actuaciones dando cumplimiento a la legalidad, debido proceso y en marco del manual de contratación del FOMAG.

Atentamente,

Firmado digitalmente
por MARIA FERNANDA
JARAMILLO G

MARÍA FERNANDA JARAMILLO GUTIÉRREZ
CC No. 1.094.895.907 de Armenia – Quindío
Representante legal
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Actuando únicamente como vocera y administradora de los recursos del FOMAG

Reviso y Aprobó: Vanessa Gallego Peláez Vicepresidente Jurídica – Secretaria General – Fiduprevisora S.A
Elaboró: Juan Felipe Torres Arango – Abogado Vicepresidencia de Contratación Derivada

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA