

CONTRATO ESTATAL – CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Actos precontractuales – Término – Vía judicial – Oportunidad para demandar su nulidad – Artículo 87 inciso 2º del C.C.A

De conformidad con el artículo 87, inciso segundo, del C.C.A., “[l]os actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”, y una vez celebrado el acuerdo de voluntades, “la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

INVITACIÓN PÚBLICA – RÉGIMEN JURÍDICO – LEY 80 DE 1993 – Artículo 32 párrafo 1º – Regulación por el “EGCAP” – Exclusión relativa a los contratos – Contrato de prestación de servicios médico-asistenciales

Como se anotó, en el Acuerdo N°4 de 2004 se precisó que la invitación pública allí ordenada se regularía por la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Se desprendía de tal disposición que los contratos no correspondientes al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras de carácter estatal, entre éstas, las fiduciarias, se regulaban por el EGCAP.

[...] Por consiguiente, es dable concluir que, para el año 2005, en cuyo transcurso se adelantó el proceso de selección hoy enjuiciado, la actividad precontractual y contractual del FOMAG para la prestación de servicios médico-asistenciales a la población destinataria, se sujetaba a la Ley 80 de 1993.

ESTADOS FINANCIEROS – ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS – ESTADOS FINANCIEROS DICTAMINADOS – Distinción – Artículo 33 del decreto 2649 de 1993 – Artículo 38 de la Ley 222 de 1995 – Artículo 7 de la Ley 43 de 1990

El Decreto 2649 de 1993 establece, en su artículo 33, la distinción entre los estados financieros certificados y los dictaminados, en los siguientes términos:

Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros. Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 enseña que “[s]on dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión

profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas”, y que los mismos “deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión ‘ver la opinión adjunta’ u otra similar”.

A la par con esa figura, el artículo 37 de la misma ley refiere los estados financieros certificados, estableciendo que son aquellos que, al ser elaborados para ser puestos a disposición de los asociados o de terceros, deben contener la manifestación expresa del representante legal y del contador público responsable de prepararlos, de que las afirmaciones allí plasmadas se tomaron fielmente de los libros, y se verificaron previamente, conforme al reglamento.

Ahora bien, respecto de las normas de auditoría generalmente aceptadas, referidas en el citado artículo 38, para los estados financieros dictaminados, las mismas se describen de manera general en el artículo 7 de la Ley 43 de 1990.

ENTIDADES ESTATALES – ETAPA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL – PLIEGO DE CONDICIONES – PROCESO DE SELECCIÓN – ARTÍCULO 30 NUMERAL 2 DE LA LEY 80 DE 1993 – Objeto del contrato – Criterios y factores de escogencia – Requisitos necesarios – Participación en los procesos de selección – Reglas – Escogencia objetiva – Oferentes

Al tenor del artículo 30 - numeral 2 de la Ley 80 de 1993, en el pliego de condiciones (y en su momento, en el documento de términos de referencia) elaborado por la entidad que adelanta el proceso de selección, deben detallarse los aspectos relativos al objeto del contrato, “su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes”, los criterios y factores de escogencia, entre otros elementos. En armonía con lo anterior, el artículo 24 del mismo estatuto dispone cuál debe ser su contenido (numerales 5 y 6), señalando que en él se deben establecer los requisitos necesarios para participar en el proceso, definir reglas claras y justas que aseguren la escogencia objetiva, establecer con precisión las condiciones de costo y calidad del objeto contractual y fijar “las reglas de adjudicación del contrato”.

Luego, resulta claro que, por contener reglas, condiciones, requisitos y lineamientos establecidos por la autoridad estatal contratante y, por tener estos incidencia directa en la licitación pública, en la situación de los oferentes y en la misma contratación, los términos de referencia, en su momento equiparables al pliego de condiciones, debían ser observados por los destinatarios y por la propia entidad pública, lo cual hacía manifiesto su carácter obligatorio y vinculante para todas las partes intervinientes en las etapas precontractual y contractual, como de tiempo atrás lo ha reconocido la jurisprudencia.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 250002326000-200502117-02 (59917)

Demandante: RED SALUD PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN S.A. Y OTROS

Demandado: FOMAG, FIDUPREVISORA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Nulidad y restablecimiento del derecho contra actos precontractuales – Configuración impide examinar pretensiones indemnizatorias / REQUISITOS FINANCIEROS DEL PROCESO DE SELECCIÓN - Obligatoriedad – carácter insubsanable – interpretación de los términos de referencia - su incumplimiento era causal expresa de rechazo / IDONEIDAD DEL PROPONENTE DESFAVORECIDO – No demostrada en el proceso / FALTA DE IDONEIDAD DE OFERENTES DECLARADOS ELEGIBLES – No demostrada en el proceso.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Fiduprevisora-FOMAG, previa instrucción del Consejo Directivo de ese Fondo - impartida mediante Acuerdo N° 02 de 2004- adelantó la Invitación Pública N° 143 de 2005, con el propósito de contratar la prestación de servicios médico – asistenciales a los docentes, pensionados y beneficiarios del magisterio, en varias regiones del territorio nacional. En el proceso de selección, la entidad rechazó la oferta de la unión temporal Red Salud y tuvo por elegibles las propuestas de otros postulantes.

La unión temporal Red Salud demandó la nulidad de los actos en los que fue rechazada su oferta y se calificaron favorablemente las de otros proponentes; sus pretensiones fueron denegadas íntegramente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, razón por la cual interpuso el recurso de apelación que en esta providencia será resuelto por la Sala.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 13 de septiembre de 2005, las sociedades Medcom Ltda. y Red Salud Promoción y Prevención S.A., en su condición de integrantes de la unión temporal Red Salud y obrando a través de apoderado judicial, instauraron demanda contra la sociedad fiduciaria Fiduprevisora S.A. como administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante, FOMAG, el Fondo o Fiduprevisora-FOMAG).

En ese escrito inicial se formuló, en primer término, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante, el 23 de noviembre de 2005 se reformó la demanda para incoar la acción de controversias contractuales, en lugar de la de nulidad y restablecimiento del derecho; así, manifestó el apoderado demandante que, en esa fecha, “según el actor se ha enterado”, ya se habían suscrito los contratos resultantes del proceso de selección materia de controversia, por lo que se modificaba la acción instaurada. Por esa vía, la parte actora integró en la demanda reformada las siguientes pretensiones (fls. 50-53, c-1):

Primera: Que se declare la nulidad absoluta de los contratos suscritos con los adjudicatarios FERSALUD UT y Mejor Salud UT, fundada en la ilicitud de los actos previos.

También se solicita la nulidad de la decisión contenida en el Acta de Audiencia Pública celebrada el día 17 de junio de 2005 y del Acuerdo N° 12 de junio 3 de 2005 [expedido por el] Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y del acto de adjudicación correspondiente (...), mediante los cuales y en su conjunto se decidió acerca de la elegibilidad y la adjudicación de la invitación pública N° 143, así como de todas las determinaciones que tienen relación con la elegibilidad planteada.

Segunda: Que se declare que la oferta presentada por la Unión Temporal Red Salud tenía derecho a la elegibilidad dentro de la Invitación Pública N° 143.

Tercera: Que se declare que la oferta presentada por la Unión Temporal Red Salud era la única que, en aplicación de los Términos de Referencia dispuestos para la Invitación Pública N° 143, resultaba ser elegible.

Cuarta: Que se declare que, al ser la única propuesta elegible, tenía derecho a la adjudicación del contrato correspondiente.

Quinta: Como consecuencia de lo anterior, se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a la Unión Temporal Red Salud S.A. y a sus integrantes, la utilidad que el contrato hubiere producido.

Sexta: Que la suma correspondiente a la utilidad se actualice, y se generen los intereses moratorios correspondientes según el régimen jurídico aplicable, y se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a su pago a la Unión Temporal Red Salud S.A. y a sus integrantes (...).

*Subsidiarias:
Primeras:*



De la Primera: Que se declare la nulidad absoluta de los contratos suscritos con los adjudicatarios FERSALUD UT y MEJORSALUD UT, fundada en la ilicitud de los actos previos.

También se solicita la nulidad de la decisión contenida en el Acta de Audiencia Pública celebrada el día 17 de junio de 2005 y del Acuerdo N° 12 de junio 3 de 2005 (...) y del acto de adjudicación correspondiente (...), en los apartes [en] que declaró no elegible [la] propuesta presentada por la Unión Temporal Red Salud S.A., así como de todas las determinaciones que tienen relación con la elegibilidad planteada.

De la Segunda, Tercera y Cuarta: Que se declare que la propuesta de la Unión Temporal Red Salud era elegible, y por lo tanto, tenía el derecho de conformar el grupo de oferentes que los usuarios del servicio debían escoger para la adjudicación y celebración del contrato.

De la Quinta: Que al entrar en el grupo de elegibles, hubiera sido la escogida por los usuarios, y en consecuencia, que se condene al pago de las utilidades que el contrato hubiera dejado al demandante.

*Subsidiarias
Segundas:*

De la Primera: Que se declare la nulidad absoluta de los contratos suscritos con los adjudicatarios FERSALUD UT y MEJORSALUD UT, fundada en la ilicitud de los actos previos.

También se solicita la nulidad de la decisión contenida en el Acta de Audiencia Pública celebrada el día 17 de junio de 2005, del Acuerdo N° 12 de junio 3 de 2005 (...) y del acto de adjudicación correspondiente (...), en los apartes [en] que declaró no elegible a la Unión Temporal Red Salud S.A. y elegibles a otros participantes de la Invitación Pública que, conforme a lo probado en el proceso, tenían que haber sido declarados No Elegibles, así como de todas las determinaciones que tienen relación con la elegibilidad planteada.

De la Segunda, Tercera y Cuarta: Que se declare que la Unión Temporal Red Salud S.A. era uno de los elegibles y, por lo tanto, conformaría el grupo de elegibles, según lo probado en este proceso, respecto de quienes los usuarios del servicio debían escoger para la adjudicación y celebración del contrato.

De la Quinta: Al ser la Unión Temporal Red Salud S.A. uno de los elegibles, tenía el derecho a compartir la utilidad que el negocio hubiere presentado en la proporción que se pruebe en el proceso, y en consecuencia, que se condene a su pago.

- Finalmente, solicitó que, “en caso de no ser cierto que se hubieran celebrado” los respectivos contratos, se declarara la nulidad del Acta de Audiencia Pública del 17 de junio de 2005, del Acuerdo N° 12 del 3 de junio del mismo año y del respectivo acto de adjudicación, expedidos en el marco de la indicada Invitación Pública N° 143.

- En la fundamentación fáctica del libelo se narró, en síntesis, lo siguiente:

Antes del proceso de selección referido en las pretensiones, las sociedades demandantes venían prestando servicios de salud a los afiliados al FOMAG, lo cual evidenciaba que no eran desconocidas en el medio, como tampoco sus estados financieros, que fueron presentados por esas empresas en las invitaciones públicas



que culminaron con los contratos 112208 y 112218 de 2004, de los que fueron adjudicatarias. En tales procesos de selección no se presentaron dictámenes de los estados financieros, por no ser ello obligación legal.

Fiduprevisora S.A., como administradora del FOMAG, abrió y adelantó la invitación pública N° 143 de 2005, con el objeto de contratar la prestación de servicios médico-asistenciales a docentes y pensionados afiliados al Fondo, así como a sus beneficiarios, en varias regiones del país. Para la evaluación de las ofertas que en ese proceso se presentaran, el Consejo Directivo del FOMAG recomendó a la indicada fiduciaria que contratara a la firma Consucon Ltda., lo que en efecto aconteció.

De conformidad con los términos de referencia, el proceso de selección constaría de tres *Fases*, la primera orientada a la evaluación jurídica, financiera y técnica de las propuestas, así como a la subsiguiente elaboración de un informe con la lista de las propuestas elegibles. La Fase Dos se previó para la elección libre de los oferentes calificados, por parte de los usuarios del servicio de salud, y la Fase Tres, para identificar a los proponentes que hubieran superado la segunda etapa rebasando el 25% de la población establecida para la respectiva región.

Estos proponentes favorecidos en la última fase suscribirían los contratos correspondientes. Para cada región convocada, serían por lo menos tres los elegibles en la Fase Uno, y existiendo la posibilidad de que resultaran seleccionados esos mismos oferentes al final del proceso, era claro que cada participante, por el solo hecho de clasificar a la Fase Tres, tendría derecho a recibir por lo menos el 33% *“del contrato”*, con la correspondiente utilidad.

Los términos de referencia señalaron, en los numerales 5.1.2.1. y 5.1.2.5, los documentos financieros que los proponentes debían presentar, entre éstos los *“estados financieros de propósito general con sus respectivas notas, debidamente dictaminados, con fecha de corte a diciembre 31 de 2003”* y la *“autorización o certificación del Revisor Fiscal que dictaminó los estados financieros del último período contable solicitado (...)”* (transcripción del demandante).

Asimismo, entre las causales de rechazo de las ofertas se previó la no presentación de los estados financieros con todas las condiciones señaladas en los términos de referencia, así como la presentación de cobertura ofertada, sin los requisitos del proceso, especialmente la cobertura de la red mínima allí exigida, lo cual se debía acreditar con varios documentos de soporte señalados en la invitación pública.



En efecto, en la indicada lista de documentos exigidos como soporte de la red mínima de servicios ofertada, la entidad incluyó un certificado o registro de habilitación de las IPS, expedido por la autoridad competente. Aunque Fiduprevisora – FOMAG, en audiencia de aclaración de los términos de referencia, eliminó algunos de esos documentos de soporte, jamás retiró de la lista el aludido certificado o registro de habilitación, y en todo caso, las aclaraciones y decisiones mencionadas no se adoptaron mediante Acuerdo expedido por el Consejo Directivo.

La unión temporal Red Salud participó en la Invitación Pública N° 143, postulándose como prestadora de los servicios en la Región 2¹. En el informe preliminar de evaluación previsto para la Fase Uno, se recomendó rechazar su propuesta por no reunir los requisitos del componente financiero, al tiempo que se calificaron como elegibles para esa región ofertas presentadas sin el certificado o registro de habilitación de las IPS, requisito éste que únicamente fue cumplido por Red Salud UT para acreditar la red de servicios.

La UT hoy demandante formuló observaciones al indicado informe preliminar, poniendo de presente no sólo lo relativo al certificado o registro de habilitación de las IPS, sino también lo que concernía al dictamen de los estados financieros, cuya omisión por parte de la integrante Medcom Ltda. acarreó el rechazo de la oferta de la unión temporal Red Salud. A este respecto, la objetante manifestó que la aludida sociedad no estaba obligada a presentar dictamen de los estados financieros del año 2003, exigidos por Fiduprevisora-FOMAG, por cuanto este requisito sólo debía entenderse previsto para las empresas legalmente obligadas a contar con revisor fiscal, no siendo ese el caso de Medcom Ltda. en la vigencia 2003, y por otro lado, los términos de referencia no indicaban que, en caso de no tener la oferente revisor fiscal, debiera obtener el dictamen de un contador público externo.

Mediante Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, el Consejo Directivo del FOMAG recomendó a Fiduprevisora S.A. declarar elegibles para la Fase Dos del proceso, en la Región 2 del territorio cubierto, a las uniones temporales FERSALUD (integrada por Médicos Asociados S.A. y Colombiana de Salud S.A.) y Mejor Salud (conformada por el Hospital Universitario Clínica San Rafael y las compañías Centro Policlínico del Olaya y Clínica de Occidente Ltda.).

El 8 de junio de 2005, se llevó a cabo la *“audiencia pública de respuesta a observaciones y de definición de las ofertas elegibles”*, suspendida en varias

¹ La cual, de conformidad con los informes obrantes en el proceso, comprendió el Distrito Capital y los departamentos de Amazonas, Casanare, Guainía, Guaviare, San Andrés y Providencia, Vaupés y Vichada (c.2, fl. 438).



oportunidades y culminada el 17 de junio de ese año. Tanto las observaciones de Red Salud UT relacionadas con los requisitos de su oferta, como las encaminadas a reprochar omisiones o irregularidades de otras propuestas, fueron desestimadas.

- La parte actora detalló en los hechos de la demanda, pormenores de lo acontecido durante la audiencia; describió el contenido de algunos conceptos atinentes a la exigencia del dictamen de estados financieros para firmas no obligadas legalmente a designar revisor fiscal y cuestionó la reiterada ausencia de los miembros del Consejo Directivo del FOMAG, en las sesiones respectivas.

Dijo (fl. 15, c.1):

La audiencia estuvo presidida por el doctor Manuel Domingo Pérez Ruan, funcionario de La Previsora (sic) (...), además del Evaluador, ingeniero Pedro Martínez (...).

[L]a audiencia se reanudó y terminó el día 17 de junio de 2005. En la misma (...) se indicó que se mantendría la descalificación de la Unión Temporal Red Salud y la elegibilidad de FERSALUD U.T., Mejor Salud U.T. y Hospital Universitario Clínica San Rafael. No hubo comunicación ni notificación de resolución o acto administrativo alguno, a pesar de que fue solicitado en tal audiencia. Se aclara que esta decisión se comunicó por parte del doctor Manuel Domingo Pérez.

- Por lo demás, los fundamentos jurídicos de la demanda se centraron en señalar, en general, los siguientes vicios: i) modificación ilícita de los términos de referencia; ii) violación del “*indubio (sic) pro actione*” y del artículo 25, numeral 15, de la Ley 80 de 1993; iii) ineficacia de la interpretación del Fondo por violación de los deberes de claridad, por inducir a error y por violación del principio de la confianza legítima y iv) violación del principio de igualdad. En el mismo acápite se recalcó que la oferta de Red Salud UT era la única elegible, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por Fiduprevisora-FOMAG en la Invitación Pública 143 de 2005.

2. Trámite de primera instancia

2.1. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de diciembre de 2005, disponiéndose tramitarla como controversia contractual (fl. 62, c.1). Aunque la admisión fue objeto de recurso, se confirmó en auto del 24 de mayo de 2007 (fl. 257, c.1). En el mismo auto admisorio se ordenó notificar a “*FERSALUD UT*” y a “*MEJORSALUD UT*”, como oferentes favorecidas en la Invitación Pública 143 de 2005, “*conforme a lo dispuesto en el artículo 314 del C.P.C.*”².

² “*Deberán hacerse personalmente las siguientes notificaciones:*

1.- *Al demandado (...), la del auto que confiere traslado de la demanda (...), y en general, la de la primera providencia que se dicte en todo proceso.*

2.- *La primera que deba hacerse a terceros (...).*”



2.2. Fiduprevisora S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso ampliamente su versión de los hechos materia de controversia, especialmente en lo relacionado con el alcance de las exigencias trazadas en los términos de referencia, en cuanto al dictamen de los estados financieros que debían presentar los oferentes, y a la acreditación de la red mínima de servicios exigida, con su respectiva capacidad instalada.

Recalcó que los términos de referencia no habían sido modificados en ninguna fase ni actuación del proceso, aunque propuso bajo ese argumento la excepción que denominó *“ausencia de ilicitud en la modificación (sic) de los términos de referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005”* (fl. 515, c.1).

De igual manera, propuso las excepciones de *“imposibilidad de invocar el in dubio pro actione. El artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 no es aplicable para la invitación 143 de 2005”; “inexistencia de violación de los deberes de claridad o del principio de confianza legítima”; “inexistencia de violación del principio de igualdad”; “existencia de ofertas elegibles”; “invocación de su propia culpa” e “imposibilidad de reclamar utilidades”*.

2.3. La sociedad C.P.O. S.A., como integrante de la unión temporal Mejor Salud ejerció su defensa proponiendo, entre otras, las excepciones denominadas *“inexistencia de omisión en el cumplimiento de requisitos por parte de Mejor Salud (...); inexistencia de las omisiones que se predicán por parte de Mejor Salud (sic) con relación a la suscripción de contratos con la red pública en la zona 2 que le fue adjudicada”* y *“...falta de legitimación en la causa por pasiva dado que la parte actora no solicita que se condene a los miembros de la UT Mejor Salud”*.

2.4. Por su parte, la Clínica del Occidente S.A., miembro de esa misma agrupación, planteó las mismas excepciones invocadas por la firma C.P.O. S.A., dándoles idéntica denominación. Adicionalmente, invocó como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva, de esa sociedad.

2.3. En cuanto a las integrantes de la unión temporal FERSALUD, la sociedad Colombiana de Salud S.A. estuvo representada por curador ad litem, quien propuso la excepción de *“caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento (sic)”*, mientras que la firma Médicos Asociados Ltda. guardó silencio durante el término para contestar la demanda.

2.4. El 16 de septiembre de 2010 se decretaron las pruebas del proceso, y en providencia del 22 de septiembre de 2015 se ordenó correr el traslado a las partes



para alegar de conclusión y al Ministerio Público para la rendición de su concepto (fls. 594 y 867, c1).

2.5. El Ministerio Público, en su concepto sobre la controversia, determinó que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas, en particular por la claridad de las reglas establecidas en los términos de referencia, las cuales no fueron debidamente observadas por la unión temporal Red Salud. Consideró que las exigencias plasmadas por la entidad en el mencionado documento no tenían la virtualidad de inducir a error a ningún proponente, mientras que sí aludían a requisitos “*fáciles de cumplir*”, siendo evidente, además, que los mismos resultaban obligatorios a la luz del ordenamiento, dado que, por su naturaleza, los términos de referencia debían considerarse “*fuentes de derecho*” para efectos de la invitación pública.

2.6. Durante el término para alegar de conclusión, la parte demandante reiteró lo expuesto en el libelo y refirió el contenido de algunas pruebas rendidas en el proceso, para insistir en sus argumentos sobre la nulidad de los actos en que le fue rechazada su oferta y se calificaron favorablemente las de los proponentes FERSALUD y Mejor Salud.

A su turno, el Centro Policlínico del Olaya señaló que las pretensiones de la demanda no se habían encaminado a imponer condena alguna a los miembros de Mejor Salud, aunque sí se había acreditado en el proceso que dicha unión temporal había cumplido todos los requisitos exigidos en los términos de referencia de la Invitación Pública 143 de 2005.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada

Fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de mayo de 2017, con decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda.

El *a quo* comenzó por examinar el fenómeno de caducidad y señaló que, si bien la demanda reformada en ejercicio de la acción de controversias contractuales había sido instaurada en tiempo, lo cierto era que las pretensiones indemnizatorias formuladas desde el libelo inicial no se presentaron de manera oportuna, por cuanto las mismas se estructuraron sobre la base de la ilegalidad del acto administrativo en que se declaró elegible una propuesta distinta a la de la actora, y se le adjudicó el contrato respectivo, decisión que fue dictada en audiencia pública el 17 de junio



de 2005, por lo que su impugnación judicial procedía en primer término mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que de acuerdo con el artículo 87 del C.C.A., caducaba a los 30 días siguientes a la expedición del acto, lo que en el caso concreto ocurrió el 2 de agosto de 2005, pese a lo cual la demanda inicial sólo fue instaurada el 13 de septiembre de ese mismo año.

Agregó:

[T]al y como lo establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 87 ibídem, el término de caducidad es de dos (2) años única y exclusivamente frente a las pretensiones relacionadas con la nulidad del contrato, pues respecto a las pretensiones indemnizatorias la caducidad de los treinta (30) días hábiles que establece el artículo 87 ya operó.

Al abordar el asunto de fondo, determinó que el régimen jurídico del contrato demandado y del proceso de selección que lo precedió estaba contenido en la Ley 80 de 1993, dado que, en dichos negocios, Fiduprevisora S.A. obró en cumplimiento del contrato de fiducia mercantil N° 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, lo cual se ajustaba a los presupuestos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 1995, para que los contratos “de fiducia pública” se reputaran regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), por ser contratantes en esos negocios, entidades estatales sujetas precisamente a dicho ordenamiento, comprometiendo, además, recursos públicos, todo ello en los términos del artículo 32, numeral 5 de la mencionada ley.

Respecto de los reproches formulados por la demandante contra la decisión de declarar no elegible a la unión temporal Red Salud y adjudicar los contratos a las oferentes que sí fueron seleccionadas, el Tribunal consideró que el requisito del dictamen de los estados financieros resultaba obligatorio para todos y cada uno de los sujetos que participaran en la invitación pública, tal como se desprendía del numeral 5.1.2.1. de los términos de referencia, que además fue recalcado en la audiencia de aclaraciones adelantada durante ese proceso. En punto a ello recalcó, además, el carácter vinculante de dichos términos de referencia, y en general, de las reglas fijadas en los procesos de selección de contratistas del Estado.

Seguidamente, subrayó que la obligatoriedad del dictamen echado de menos por la entidad demandada era consecuente con las características del contrato de prestación de servicios de salud, que pretendía celebrar.

Asimismo, señaló que la obligación de presentar los estados financieros dictaminados no era de imposible cumplimiento, dadas las alternativas establecidas



en la Ley 222 de 1995 y la circunstancia de que los términos de referencia no hubieran exigido que dicho documento técnico se expidiera en una fecha específica o dentro de período determinado.

Por otro lado, desestimó el argumento de la demandante, relacionado con que los demás oferentes no allegaron los soportes de la red de servicios ofertada, por considerar que, de conformidad con los términos de referencia, para cumplir con el indicado requisito era suficiente la manifestación escrita y firmada por el representante legal de la entidad oferente, *“donde garantizara que durante la etapa de inscripción de afiliados a los oferentes elegibles, éste celebraría los contratos con la red pública (...), los cuales debían ser presentadas (sic) a Fiduprevisora S.A. al momento de suscripción del contrato”*, razón por la cual, en criterio del Tribunal, era claro que para ese tipo de oferta no se requerían elementos adicionales a la indicada manifestación³.

4. El recurso de apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primer grado y recriminó que en ella no se hubiera tenido en cuenta la trayectoria de las integrantes de la unión temporal Red Salud como prestadoras de servicios médicos a los docentes, pensionados y beneficiarios del FOMAG, ni el hecho de que en tales contrataciones siempre presentaron sus documentos financieros sin recibir reproche alguno. De igual manera, reiteró lo acontecido en el proceso de selección, así como el contenido de varios apartes de los términos de referencia, expresando que todo ello fue pasado por alto en el fallo de primera instancia.

-. Respecto de la caducidad de la acción, adujo que era incorrecta la conclusión del Tribunal, al señalar que el acto administrativo demandado había sido emitido y notificado el 17 de junio de 2005, cuando lo cierto era que en esa fecha únicamente se adelantó una audiencia de respuesta a las observaciones de los oferentes, y si bien allí se declararon elegibles para la Fase Dos las propuestas de dos uniones temporales, la audiencia quedó abierta para las correspondientes constancias, y en ella no estuvo presente el Consejo Directivo, único estamento competente para suscribir el acto definitivo.

Expuso:

Teniendo en cuenta que los mismos Términos de Referencia exigían que era el Consejo Directivo el que debía tomar las decisiones en el marco de la Invitación Pública N° 143 a través de Acuerdos, como en dicha audiencia no estuvo

³ El a quo se abstuvo de condenar en costas, por no evidenciarse temeridad de ninguna de las partes.



presente dicho Consejo, no puede entenderse que el 17 de junio de 2005 se tomó la decisión acerca de los proponentes elegibles que pasarían a la Fase 2 del proceso de selección. En este sentido, la supuesta decisión acerca de los proponentes elegibles no se surtió el 17 de junio de 2005, como entendió erróneamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Añadió que esta circunstancia cobraba mayor fuerza si se tenía en cuenta que la respuesta fue suministrada por un contratista encargado de la evaluación, lo que no daba lugar a la expedición de acto administrativo alguno, menos aún cuando no fue suscrito por el Consejo Directivo, el que además estaba ausente. Y si en gracia de discusión debiera concluirse que lo resuelto en esa audiencia constituyó acto administrativo, éste no sería definitivo sino preparatorio o de mero trámite, no enjuiciable, por tanto, ante la jurisdicción contenciosa, como ampliamente lo había establecido la jurisprudencia.

De lo anterior coligió que no era correcta la apreciación del Tribunal, en cuanto a que el término para demandar el acto de adjudicación expiraba el 2 de agosto de 2005, pues en la fecha tomada como punto de partida, esto es, el 17 de junio de ese año, no se profirió ningún acto administrativo definitivo, y tampoco fue notificada una decisión de esa naturaleza a las partes interesadas.

Señaló que la misma Fiduprevisora S.A. había afirmado, en respuesta a una petición de la hoy demandante, que la decisión sobre la elegibilidad de los oferentes había sido adoptada mediante Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, lo que corroboraba que el acto respectivo no fue emitido el 17 de junio de esa anualidad, aunque sí debía señalarse que tampoco el indicado Acuerdo ponía fin al proceso de selección ni resolvía lo atinente a los oferentes elegibles, por cuanto fue apenas una manifestación preliminar que recogía la postura inicial del Consejo, antes de adelantar las audiencias públicas y el examen de las argumentaciones recibidas durante su desarrollo, a tal punto que, después de ese Acuerdo, hubo *“cambios en las decisiones tomadas”*.

Añadió que, en todo caso, el Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005 sólo fue notificado el 4 de agosto del mismo año, *“en el escenario más conservador”*, ya que Fiduprevisora S.A. dijo remitir en esa fecha la copia del acto administrativo, según lo adujo la fiduciaria en el oficio 2005EE29099 del 9 de agosto de 2005, por lo que era palmario que la caducidad no había podido configurarse en el caso concreto.

- En lo relativo al requisito de los estados financieros dictaminados, rechazó la conclusión del fallo según la cual, todas las reglas fijadas en los términos de referencia eran de obligatorio cumplimiento; y afirmó que, de ser así, no existiría el derecho de los proponentes a mejorar la oferta. Asimismo -dijo-, el artículo 25,



numeral 15, de la Ley 80 de 1993, evidenciaba la subsanabilidad de determinados requisitos de los procesos de selección, pues según la norma, la obligatoriedad de las cláusulas de los pliegos de condiciones no se podía aplicar de manera absoluta, especialmente, para descalificar ofertas por errores, omisiones o incumplimientos de los requisitos exigidos por esos documentos.

Agregó que, igualmente a la luz del EGCAP, sólo era procedente el rechazo de las ofertas por causales expresamente previstas en la ley o por ausencia de requisitos necesarios para su comparación, a lo que también se oponía lo dicho por el Tribunal de primer grado, pues ninguna norma nacional de rango legal establecía como causal de rechazo la no presentación de dictamen de los estados financieros, y en el caso de la Invitación Pública N° 143, el FOMAG contaba con los estados financieros de ambas integrantes de la unión temporal, siendo los de la firma Red Salud S.A. suficientes para *“cumplir con creces los índices financieros pedidos, que es lo determinante y esencial”*, dejando a salvo que los documentos de Medcom Ltda. también evidenciaban la cabal satisfacción de los requerimientos de la convocante.

En criterio de la apelante, la falta del dictamen no afectaba la existencia, validez ni presunción de veracidad de los estados financieros presentados, especialmente porque tal afectación no se desprendía de la Ley 222 de 1995. De igual manera, debía tenerse en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, conforme a la cual, debía diferenciarse entre el cumplimiento del requisito habilitante y la prueba de tal satisfacción, pudiendo subsanarse esto último, aunque no lo primero⁴.

Sostuvo que, en ese sentido, la entidad pública no debió rechazar la oferta de la unión temporal Red Salud, pues el dictamen de los estados financieros era un requisito subsanable, lo que habría permitido a la proponente enmendar su oferta, entregando con posterioridad dicho instrumento técnico.

Como siguiente argumento de ese cargo, manifestó que, contrario a lo sostenido por el Tribunal en cuanto a la claridad de los términos de referencia, las reglas allí contenidas fueron ambiguas y podían inducir a error a los participantes en la Invitación Pública, pues en un primer momento se dio a entender que los requisitos financieros consistían en el cumplimiento de indicadores tales como razón corriente, capital neto de trabajo, endeudamiento total, índice patrimonial e índice operacional, *“bajo el entendido que con ello se aseguraba la entidad acerca de la idoneidad y capacidad del potencial contratista”*.

⁴ La demandante citó en la apelación la sentencia dictada por la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado el 12 de noviembre de 2014, en el exp. N° 29.855.



Adujo:

Para la verificación del cumplimiento del requisito esencial que se pedía (...), la entidad requirió una serie de documentos tales como los estados financieros de propósito general con sus respectivas notas, debidamente dictaminados, con fecha de corte a diciembre 31 de 2003 (numeral 5.1.2.1), así como la autorización o certificación de posesión del revisor fiscal que DICTAMINÓ los estados financieros del ÚLTIMO PERÍODO CONTABLE SOLICITADO (numeral 5.1.2.5). Estos documentos son vitales cuando sirven para acreditar la esencia de lo que se busca y no para nada más. Dar un alcance diferente implica distorsionar los Términos de Referencia.

En punto de ello, agregó que durante el proceso judicial se rindió un dictamen pericial en el que se puso de presente el cumplimiento, por parte de ambos miembros de la unión temporal, de los índices financieros señalados en los términos de referencia.

Subrayó que, ante dos interpretaciones posibles de los términos de referencia, una conducente al rechazo de la oferta y otra orientada a su aceptación, debía preferirse esta última, más aún cuando la jurisprudencia defendía la interpretación más favorable “*al ejercicio del derecho de acción*”, en el sentido de asegurar, “*más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento*”, por lo cual, en caso de duda, ésta debía resolverse en el sentido que mejor garantizara “*la conclusión del procedimiento hasta su total conclusión*”, desechando todo aquello que impidiera la selección objetiva.

Insistió en que la sociedad Medcom Ltda. no tenía la obligación legal de dictaminar sus estados financieros, aunque por su parte, Red Salud S.A. cumplió con esa exigencia, ya que la ley le imponía contar con revisor fiscal. De cualquier manera -prosiguió-, los términos de referencia no exigieron que los oferentes no sujetos a revisoría fiscal presentaran dictamen elaborado por contador público, siendo cierto, además, que el ordenamiento no establecía tal dictamen como regla general sino como excepción, de manera que sólo en ese sentido debían leerse e interpretarse las reglas de la invitación pública.

Expresó:

[E]s fácil deducir que lo que los términos de referencia reclamaban era la aplicación de la regla general, habida consideración que en abril de 2005 no resultaba posible dictaminar unos estados financieros de dos años atrás (2003), sino para eventos en que ese momento existía (sic) esa obligación (...). [P]or la redacción de los Términos de Referencia, en donde se utiliza para efectos del cumplimiento del requisito de acreditar la posesión del revisor fiscal, una palabra en tiempo pasado referido a un período contable solicitado que no era otro que el del 2003, con lo que se nota la ligazón y coherencia entre los dos numerales (5.1.2.1 y 5.1.2.5); por la ‘experiencia’ pasada donde Medcom Ltda., a la sazón integrante de la UT afectada, había celebrado contratos con el fondo y nunca le habían exigido el dictamen, a lo que por ley no estaba obligado,



unido al hecho de que la Superintendencia de Salud tampoco nunca se había manifestado en contra de esta situación, lo que hacía suponer que no había obligación de ese dictamen; por cuanto los Términos de Referencia, en cumplimiento de los deberes de claridad nunca hizo alusión a un contador público independiente; por lo que la interpretación aislada de los dos numerales llevaba a la imposibilidad acerca de su incumplimiento, habida cuenta que no era posible en el 2005 conseguir un dictamen de los estados financieros de 2003 (...).

Señaló que, al responder la pregunta de un tercero, relacionada con la posibilidad de que personas naturales participaran en el proceso de selección, el Fondo respondió de manera afirmativa, recalcando que sí podían ofertar las personas naturales, siempre y cuando *“cumplieran los requisitos exigidos en los términos de referencia y presenten los documentos soportes requeridos (...), entre otros, estados financieros dictaminados y certificaciones expedidas por las entidades contratantes (...)*”, de lo cual podía colegirse claramente, en criterio de la parte apelante, que no era obligatorio el dictamen materia de debate.

- Como siguiente tema de su alzada, rechazó la conclusión del Tribunal en cuanto a la posibilidad de cumplir el requisito de la red de servicios, en la Fase Uno, únicamente con la manifestación escrita y firmada de la oferente, y consideró que, contrario a ello, el numeral 10.1 de los términos de referencia indicaban que la clasificación a la fase de evaluación de la propuesta dependía de que se acreditara, como mínimo, el 80% de la red requerida, con sus respectivas capacidades instaladas, cuestión que no fue cumplida por ninguno de los oferentes favorecidos, sino únicamente por la unión temporal Red Salud, especialmente porque los demás no aportaron el certificado o registro de habilitación de IPS de la red ofrecida ni completaron el porcentaje antes señalado. En punto a ello, refirió el numeral 4.4.7.11 del mismo documento, que establecía como causal de rechazo de la oferta el no cumplimiento del *“requisito de la red mínima”*.

Afirmó que Red Salud era la única proponente con opción de ser *“legítima ganadora”* del proceso, dada la votación obtenida por cada una de sus integrantes en procesos de contratación anteriores, y porque en otras regiones destinatarias de la invitación pública, las votaciones evidenciaron alta preferencia de los usuarios por los prestadores antiguos, más que por los nuevos.

En ello insistió la impugnante a lo largo de su recurso, indicando además los porcentajes de red acreditada que, según su versión, fue cumplido por cada uno de los proponentes, no alcanzando ninguno de ellos el 80% fijado en los términos de referencia.



5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 1 de agosto de 2017 y admitido por esta Corporación el 30 de octubre del mismo año. El 11 de diciembre siguiente, se corrió el traslado para alegar de conclusión y para la eventual presentación del concepto del Ministerio Público (fls. 1014, 1017 y 1019). No obstante, todos los sujetos procesales guardaron silencio.

5.2. En auto del 12 de marzo de 2025, se dispuso no aceptar las cesiones de derechos litigiosos del 4 de enero de 2010 y el 30 de septiembre de 2015, presentadas por la parte actora el 19 de marzo de 2024. Contra esa decisión no se interpuso recurso alguno.

II.- CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, puesto que el artículo 82 del C.C.A. –en vigor para la fecha de interposición de la demanda-, estableció que esta jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. En efecto, en esta oportunidad se somete a consideración de esta Sala la declaratoria de nulidad de los actos en que se declaró la elegibilidad de algunos oferentes y se adjudicaron los contratos correspondientes a la Invitación Pública N° 143 de 2005, para la Región 2 de esa contratación, adelantada por Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del FOMAG, bajo las directrices y recomendaciones del Consejo Directivo de ese fondo. La indicada fiduciaria es de carácter estatal, por estar constituida como sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, autorizada por el Decreto 1547 de 1984 y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En cuanto a la vocación del proceso para ser tramitado en segunda instancia ante esta Corporación, se advierte que en el *sub judice* se cumplen los presupuestos de ley, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V.



(\$190'750.000⁵), establecidos en el artículo 132, numeral 5 del C.C.A., vigente en la fecha en que fue incoado este proceso. En efecto, la cuantía de los perjuicios que se alegan como causados a las integrantes de la unión temporal Red Salud fue estimada en la suma de \$89.604'685.920, correspondiente al valor estimado del contrato que, en criterio de la demandante, se le debió adjudicar a dicha agrupación al término de la Invitación Pública N° 143 de 2005 (fl. 59, c.1).

1.2. Oportunidad para demandar

Se demandó en el *sub judice* la nulidad de los siguientes actos:

- 1.- “[L]a decisión contenida en el Acta de Audiencia Pública celebrada el día 17 de junio de 2005”.
- 2.- El Acuerdo N° 12 de junio 3 de 2005, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, y,
- 3.- La “*adjudicación de la invitación pública N° 143 de 2005*”.

Asimismo, con fundamento en todo lo anterior, la demandante solicitó la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos que, en el marco de ese proceso de selección, suscribió Fiduprevisora – FOMAG con las uniones temporales Fersalud y Mejor Salud.

De conformidad con el artículo 87, inciso segundo, del C.C.A., “[l]os actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”, y una vez celebrado el acuerdo de voluntades, “la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

En el caso concreto, y sobre la base de la citada norma, el Tribunal de primera instancia estableció que se había configurado la caducidad respecto de las pretensiones indemnizatorias de la demanda, pues al derivarse éstas de la nulidad de los actos precontractuales anteriormente referidos, el término para acudir a la vía judicial era de 30 días contados a partir de su notificación, plazo que, en criterio del *a quo*, comenzó a correr el 17 de junio de 2005 y expiró el 2 de agosto de ese año,

⁵ El salario mínimo legal mensual que rigió en 2005 era de \$381.500 (Decreto N° 4360 de 2004).



dejando la parte actora que se produjera tal vencimiento, al interponer el libelo únicamente el 13 de septiembre siguiente.

Al apelar ese punto de la sentencia, la demandante adujo que la caducidad no debió computarse desde el 17 de junio de 2005, puesto que las decisiones adoptadas en la audiencia de esa fecha no se consignaron en un acto administrativo debidamente suscrito por el Consejo Directivo del FOMAG, sino en un acta que dejó abierta la sesión, y que a lo sumo podía ser considerada como acto de mero trámite, no susceptible de control judicial de legalidad. Asimismo, argumentó que, de admitirse la existencia de un acto administrativo definitivo, éste sólo podía estar contenido en el Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, el cual fue notificado únicamente el 4 de agosto de dicha anualidad, aunque por otro lado, en criterio del mismo apelante, el Acuerdo N° 12 de 2005 tampoco fue un acto administrativo de cierre, ya que estaba sujeto a lo que se concluyera en las audiencias públicas subsiguientes.

A efectos de resolver lo relativo a la oportunidad para demandar la nulidad de los actos precontractuales reprochados por la actora, la Sala hará varias precisiones sobre el FOMAG y su Consejo Directivo, la naturaleza de sus decisiones y los elementos de la Invitación Pública N° 143 de 2005, relevantes para examinar el indicado presupuesto procesal:

- Los Acuerdos expedidos por el Consejo Directivo del FOMAG, en el marco de la Invitación Pública N° 143 de 2005, constituyeron actos administrativos: dicho Fondo fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, administrada por una entidad fiduciaria estatal⁶, con la cual, el Gobierno Nacional debía suscribir el respectivo contrato de fiducia mercantil⁷. De conformidad con el artículo 6 *ibídem*, el FOMAG contaría con un Consejo Directivo integrado por los titulares o delegados de los Ministerios de Hacienda, Educación y Trabajo y Seguridad Social, dos representantes del magisterio y el gerente de la fiduciaria. A su vez, el artículo 7 de la misma ley le asignó al Consejo, entre otras funciones, determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del

⁶ Estableció la ley, en el artículo 3: *“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.*

⁷ Fue así como, mediante escritura pública 83 del 21 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 44 de Bogotá, la Nación y la sociedad Fiduprevisora S.A. suscribieron el indicado contrato de fiducia, por medio del cual fue constituida la cuenta especial denominada *“Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”* cuyos recursos provendrían de la Nación y otras fuentes correspondientes a distintas entidades del Estado, pero cuyo ingreso al Fondo estaría siempre vigilado por aquella, en calidad de fideicomitente.



FOMAG y “[a]nalizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento de [dicho] Fondo”.

En el artículo 1, literal b) del Decreto reglamentario 1775 de 1990, se precisó que las decisiones del indicado Consejo Directivo constituirían Acuerdos, los cuales serían suscritos por el presidente (es decir, el ministro de Educación o su delegado) y el secretario⁸.

Mediante Acuerdo N° 4 del 22 de julio de 2004⁹, el Consejo Directivo del FOMAG modificó el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo de esa cuenta, y en cuanto a la selección de prestadores, señaló (artículo 1, numeral 4):

[E]n cada región habrá más de un prestador de servicios, salvo que sólo se presente un proponente o los que se presenten no alcancen los requisitos mínimos. En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población (...). La selección se realizará mediante el procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993. En el proceso de selección se deberá aplicar el procedimiento establecido en la legislación vigente respecto de la recomendación de las entidades con las que se contratará por parte de los Comités Regionales y del Consejo Directivo.

Con fundamento en el citado Acuerdo, Fiduprevisora – FOMAG abrió la Invitación Pública N° 143 de 2005, para contratar la prestación de servicios de salud a los maestros y pensionados afiliados al magisterio, y a sus beneficiarios, en todo el territorio nacional (que para efectos de la contratación fue dividido en ocho grupos de departamentos, denominados *Regiones*). La entidad señaló que los términos de referencia contenían, precisamente, las condiciones aprobadas por el Consejo Directivo para regir ese proceso de selección.

Según la estructura descrita en el documento, la Invitación Pública se desarrollaría en tres fases, correspondiendo la primera (denominada Fase Uno) a la inscripción de los oferentes, la presentación de propuestas, su evaluación y la determinación de los postulantes *elegibles* para la Fase Dos. Dicha etapa inicial sería coordinada por Fiduprevisora-FOMAG y el evaluador, y culminaría “con la recomendación [de elegibilidad] del Consejo Directivo del FNPSM con base en el informe presentado

⁸ “Las decisiones del Consejo Directivo del Fondo se denominarán Acuerdos y deberán llevar las firmas del Presidente y el Secretario. Los acuerdos se numerarán sucesivamente con indicación del día, mes y año en que se expidan y estarán lo mismo que las actas bajo la custodia del Secretario”. El Decreto 1775 de 1990 fue derogado por el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, en el cual se indicó que sólo algunas decisiones del Consejo Directivo se denominarían *Acuerdos*, entre ellas, las recomendaciones que formulara ese organismo colegiado para adoptar alguna recomendación con arreglo a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

⁹ Al tenor del artículo 1, literal b, del Decreto 1775 de 1990 -reglamentario de la Ley 91 de 1989-, las decisiones del Consejo Directivo del FOMAG se adoptan mediante Acuerdo.



por la entidad evaluadora y Fiduprevisora S.A., en el cual se dará cuenta de la evaluación adelantada (...) y las recomendaciones de los Comités Regionales (...)” (numeral 6.1.1.1.).

En el numeral 1.9 de los términos de referencia, se señaló que el *evaluador* era la entidad recomendada por el indicado Consejo Directivo, y contratada por Fiduprevisora-FOMAG para realizar la evaluación jurídica, financiera y técnica de las propuestas “dentro de la Fase Uno”.

- Bajo lo establecido en el numeral 6.5. de los términos de referencia, el informe preliminar de evaluación, una vez elaborado, debía ser puesto a disposición de los oferentes durante “los siguientes cinco días hábiles”, para la formulación de observaciones que, a su vez, debían ser analizadas por el ente evaluador. Finalizado ese paso, le correspondería a ese estamento rendir un *informe final* ante el Consejo Directivo del FOMAG.

Señalaba la disposición:

Informes. La entidad evaluadora llevará a cabo el proceso de evaluación dentro de los veinte días subsiguientes al cierre de la convocatoria, y como resultado emitirá un informe que pondrá a disposición de los oferentes para sus observaciones durante los siguientes cinco días hábiles. Igualmente, remitirá a los Comités Regionales el resultado del proceso y posteriormente, analizará las observaciones presentará (sic) el informe final ante el Consejo Directivo del FNPSM. **El Consejo Directivo recomendará el orden de elegibilidad de las firmas para poner en consideración de los docentes**, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del informe por parte de la evaluadora. (Énfasis fuera de texto).

- A su turno, la Fase Dos del proceso de selección sería aquella en la cual los oferentes calificados como *elegibles* en la etapa anterior participarían en el trámite denominado “*libre elección*”, a cargo de los docentes y pensionados afiliados de la respectiva región. De conformidad con el numeral 6.1.1.2 de los términos de referencia, los proponentes que en esa segunda etapa superaran el 25% de la población afiliada pasarían a la Fase Tres, en la cual, por último, se llevaría a cabo la suscripción de todos los contratos de prestación de servicios de salud en las regiones objeto de la invitación pública, por parte de los *elegibles* que hubieran superado la Fase Dos y fueran recomendados por el Consejo Directivo¹⁰.

¹⁰ “Los oferentes calificados como elegibles y que hayan superado el 25% de población afiliada establecida en el cuadro 2.4.1. para la respectiva región, pasarán a la fase tres, denominándose ADJUDICATARIOS. Cumplido el proceso de libre elección, FIDUPREVISORA S.A. presentará los resultados al Consejo Directivo, quien en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 91 de 1989 recomendará con quiénes se celebrarán los contratos objeto de esta invitación pública. En cada región habrá como máximo tres adjudicatarios”.



- En abril de 2005 fue rendido el informe preliminar de evaluación de la Fase Uno, para la Región 2, a la cual se postuló como oferente la unión temporal Red Salud, cuya propuesta fue estimada como “no calificable”, por no haber cumplido los requisitos relativos a la documentación financiera.

- El 3 de junio de 2005, el ente evaluador rindió, ante el Consejo Directivo del FOMAG, el informe final de las propuestas postuladas para la Región 2; en dicho documento se dio respuesta a las observaciones que, previamente, habían presentado por escrito los interesados (c. 11, fls. 437-511).

- Mediante Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, el Consejo Directivo recomendó a Fiduprevisora-FOMAG la conformación de la lista de elegibles para la segunda fase del proceso de contratación, con cobertura en las Regiones 1 y 2. Para la Región 2, la recomendación se hizo en los siguientes términos:

“[A] la UNIÓN TEMPORAL FESALUD, conformada por (...) MÉDICOS ASOCIADOS S.A. y COLOMBIANA DE SALUD S.A., y a la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD, conformada por CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA-C.P.O. S.A. y a el (sic) HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, conforme con (sic) el informe de evaluación presentado, el cual corresponde al Anexo II del presente Acuerdo, salvo que, como producto de la audiencia que se adelante para dar a conocer la lista de elegibles, se presenten circunstancias que puedan implicar alguna modificación” (subraya la Sala).

- El 8 de junio de 2005, se adelantó una audiencia pública “con el fin de proceder a la presentación del informe definitivo de la Región 2”. El orden del día anunciado incluyó, además de la lectura de la evaluación y su análisis por parte de los oferentes, la reseña de las observaciones que se habían presentado por escrito, una “deliberación” adicional y “comentarios finales” (c.8, fl.587).

La audiencia fue suspendida y reanudada en tres oportunidades, de modo que también se adelantaron sesiones los días 10, 14 y 17 de junio de 2005 (fls. 587-624, c.8), fecha en la cual se clausuró de la siguiente manera:

“Finalizada la lectura de las respuestas a las observaciones planteadas por los participantes, fueron declarados como elegibles para pasar a la Fase 2 del proceso en la Región N° 2 las firmas (sic): Fesalud UT, Mejorsalud UT y Hospital Universitario Clínica San Rafael, habiendo quedado la audiencia abierta para constancias, las que al no haberse presentado permitió (sic) dar por terminada la sesión (...).”

El acta fue suscrita por el Vicepresidente de Prestaciones Sociales, el gerente operativo y el director de servicios en salud de Fiduprevisora – FOMAG, y adicionalmente, por el gerente de la evaluadora Consucon Ltda.



En la sesión inicial del 8 de junio de 2005, se precisó que se suspendería únicamente para *“dar un resultado”* de las intervenciones hechas por los proponentes en esa jornada, de suerte que sería ese el único propósito de la reanudación de la audiencia, sin que tuvieran cabida *“más observaciones ni planteamientos distintos a la decisión que el Consejo Directivo tome”* (fl. 608, c.8).

- El mismo 8 de junio de 2005, el Consejo Directivo del FOMAG expidió el Acuerdo N° 13, mediante el cual *“ratific[ó] la recomendación impartida mediante el Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005”* (fls. 164-166, c.4).

En las motivaciones de su decisión, señaló que las observaciones presentadas por las partes durante la audiencia de esa misma fecha no tenían el mérito suficiente para modificar los informes finales de evaluación de las Regiones 1 y 2.

- El Consejo Directivo del FOMAG emitió el Acuerdo N° 18 del 3 de agosto de 2005, por medio del cual recomendó *“la contratación de entidades para que garanticen la prestación de los servicios médico asistenciales a cargo del Fondo (...)”* (fl. 167, c.4). En ellas incluyó, para la Región 2, a las uniones temporales Fesalud y Mejor Salud¹¹.

Examinados los argumentos de la apelante a la luz de los hechos aquí reseñados, la Sala evidencia que le asistió razón al Tribunal de primera instancia al establecer la configuración de la caducidad respecto de las pretensiones encaminadas a la indemnización de los integrantes de la unión temporal Red Salud por no haber sido seleccionados como prestadores del servicio de salud, en la Invitación Pública N° 143 de 2005.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado de manera pacífica que, en relación con los actos previos a la celebración del contrato y la oportunidad para demandar su nulidad, se pueden extraer del artículo 87 del C.C.A. tres hipótesis o escenarios en los que operan los distintos supuestos de la norma, y los efectos que acarrea para el demandante el ejercicio de una u otra acción -controversias contractuales o nulidad y restablecimiento del derecho- dentro o fuera de los plazos que la misma disposición establece.

Ha dicho la Corporación:

“[C]on el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2° del artículo 87

¹¹ Fue excluido el Hospital Universitario Clínica San Rafael, por no haber obtenido votación suficiente de los docentes y pensionados afiliados, en el trámite de *“libre elección”*.



del C.C.A. (...), la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran (...).

- La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación (...), se demanda ese acto administrativo previo (...), caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos (...).

- Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, **lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo. Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiese encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito.**

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de '... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato' (...).

- La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación (...)¹². (Destaca la Sala).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 25646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



El presente asunto encuadra en la segunda hipótesis referida por la jurisprudencia, por lo siguiente:

De acuerdo con los términos de referencia, la recomendación que adoptara el Consejo Directivo mediante Acuerdo, para tener por elegibles a los oferentes mejor evaluados en la Fase Uno, tenía un carácter definitivo. El numeral 6.5. señalaba un único término para presentar observaciones, que era el de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se pusiera en conocimiento de los proponentes el informe preliminar de evaluación, igualmente previsto en ese proceso. En cambio, para el informe final posterior, no se previó un nuevo plazo para formular observaciones, ya que el paso siguiente era sólo la recomendación definitiva hecha por el Consejo Directivo, sobre los elegibles para la Fase Dos.

Ciertamente, en desarrollo de la invitación pública, y precisamente en el Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, el Consejo Directivo no sólo hizo la recomendación referida, absteniéndose de incluir en la lista de elegibles a la UT Red Salud, sino que previó la posibilidad de que el informe definitivo y la decisión del Consejo pudieran tener *“alguna modificación”*, producto de la audiencia que se adelantara para dar a conocer los resultados de esa evaluación. Sin embargo, ello no implicaba que el Acuerdo N° 12 del 3 de junio fuera de *“trámite”*, como lo afirmó la parte actora, pues no fue ese el alcance que se le dio en la Invitación Pública N° 143 -cuyas reglas fueron aceptadas por la proponente UT Red Salud- y no existía ninguna pauta normativa que señalara que esa recomendación del Consejo Directivo dependiera de nuevas observaciones o impugnaciones de los participantes, en audiencia o en cualquier espacio posterior a la divulgación de los respectivos resultados.

Por otro lado, es de anotar que la propia apelante formuló, desde la demanda inicial, pretensión expresa de nulidad contra el Acuerdo N° 12 del 3 de junio de 2005, obrando entonces con el convencimiento de que se trataba de un acto administrativo definitivo, no siendo plausible que en sede de apelación alegue un argumento contrario.

En todo caso, el informe final y la recomendación del Consejo Directivo, contenida en el Acuerdo N° 12, se pusieron en conocimiento de los proponentes durante la audiencia que se desarrolló durante los días 8, 10, 14 y 17 de junio de 2005, advirtiéndose en la primera de tales fechas, que se consignaban las disertaciones expuestas en esa oportunidad, a fin de adelantar la segunda sesión únicamente para dar a conocer la opinión última del Consejo Directivo sobre las mismas. Por tanto, no se trató de una adición de términos para formular observaciones encaminadas a revertir lo ya decidido en el informe final y en el Acuerdo N° 12 de



2005, sino en realizar una audiencia para dar a conocer tales actos, sólo que sin descartar eventuales modificaciones, por hechos sobrevinientes que llegaran a evidenciarse en ese espacio de divulgación.

El mismo 8 de junio de 2005, el Consejo Directivo ratificó el Acuerdo N° 12, circunstancia que también le fue informada a los proponentes en la audiencia aludida, que se reitera, cerró el 17 de junio de 2005, de manera definitiva.

Por tanto, es claro que la unión temporal Red Salud fue informada sobre la expedición y contenido del Acuerdo N° 12 de 2005, y del acto que lo ratificó (Acuerdo N° 13 del mismo año), a más tardar el 17 de junio de 2005, fecha en la cual también tuvo conocimiento del carácter definitivo de tales actos, no sólo por lo señalado en ellos y en la audiencia misma, sino porque así lo preveían los términos de referencia de la Invitación Pública N° 143 de esa anualidad. Sin perjuicio de esto, se recalca además que, si bien la parte actora adujo que sólo le fue “*notificado*” el Acuerdo N° 12 de 2005 el 4 de agosto de ese año, ya que Fiduprevisora informó posteriormente, en oficio del 9 de agosto de 2005, haber suministrado una copia de la decisión; lo cierto es que no obra prueba de la alegada “*notificación*” que se afirma realizada el 4 de agosto de 2005, y en todo caso, el suministro de una copia no entraña por sí solo una diligencia de notificación personal de acto administrativo, sabiéndose además que, de cualquier manera, al cierre de la audiencia del 17 de junio de 2005 la unión temporal Red Salud tenía pleno conocimiento del resultado definitivo de la primera etapa del proceso de selección.

Así, con la ratificación del Acuerdo N° 12 de 2005 y la clausura de la indicada audiencia el 17 de junio de ese año, finalizó la Fase Uno, que era preclusiva y determinante para la adjudicación. Por ello, lo resuelto en ese acto respecto de la elegibilidad de los proponentes debía demandarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación, comunicación o publicación de la decisión pertinente, pues en su alegada invalidez se fundamentaron no sólo las pretensiones de nulidad de los contratos celebrados como resultado de la invitación pública, sino también las que cuestionaron la legalidad de los actos mismos de adjudicación, y de manera puntual, las solicitudes encaminadas a indemnizar a la unión temporal Red Salud por no habersele reconocido su alegado derecho a ser calificada como elegible en el proceso de selección y a ser adjudicataria del contrato que aspiraba celebrar.

No obstante, aunque el indicado plazo de 30 días expiraba el 2 de agosto de 2005, la demanda sólo fue instaurada el 13 de septiembre siguiente.



Es la supuesta nulidad de los actos expedidos durante la Fase Uno lo que sirve de basamento a las pretensiones indemnizatorias de la demanda, razón por la cual, al haberse acudido a la vía judicial cuando ya habían expirado los 30 días siguientes a la comunicación del Acuerdo que ponía fin a esa etapa, el examen de legalidad de tales actos sólo procede para establecer la nulidad o no de los contratos celebrados para la Región 2, como resultado de la Invitación Pública N° 143 de 2005, pero no para abordar la procedencia de la indemnización solicitada por la demandante.

Ahora bien, con respecto a las demás pretensiones, relativas a la nulidad absoluta de los contratos celebrados por Fiduprevisora-FOMAG como producto de la Invitación Pública N° 143 de 2005, es de advertir que no hay elementos que evidencien la ocurrencia de la caducidad, dado que no se demostró la fecha de celebración de dichos negocios jurídicos (punto de partida para contabilizar el respectivo término de caducidad), ya que los mismos no obran en el expediente¹³; mientras que sí es palmario que, en todo caso, aun entre el 17 de junio de 2005 - fecha en que se puso en conocimiento de Red Salud, en forma definitiva, el resultado de evaluación de la Fase Uno de la invitación pública- y la fecha de presentación de la demanda, no transcurrió un lapso superior al de los dos años establecidos en el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., como regla general para la caducidad de la acción de controversias contractuales.

2. La controversia

2.1. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el presente asunto le corresponde a la Sala establecer: i) si se oponía al ordenamiento aplicable la decisión de rechazar la oferta presentada por la unión temporal Red Salud en la Invitación Pública N° 143 de 2005, adoptada por Fiduprevisora-FOMAG previa recomendación del Consejo Directivo, por no haber aportado dicha oferente el dictamen de sus estados financieros; y ii) si en el proceso de selección

¹³ En la presente causa no fueron aportados los contratos cuya nulidad absoluta aduce Red Salud, y que debieron celebrarse por Fiduprevisora-FOMAG al adjudicarse la invitación pública materia de controversia. Si bien la demandante formuló como solicitud probatoria la remisión de oficio a la entidad demandada para que allegara al proceso los respectivos negocios jurídicos, no se hizo tal presentación documental, pese a que la prueba fue efectivamente decretada y el tribunal de primera instancia requirió a Fiduprevisora-FOMAG para ese efecto. Con todo, la acción de controversias contractuales fue resuelta por el *a quo* en la sentencia apelada, y a ello se procederá en el *sub judice* para dar cierre a la segunda instancia, pues el fundamento de la nulidad de los contratos es la ilegalidad de los actos precontractuales ya referidos, cuestión que es posible revisar con el material probatorio existente, y es posible además resolver sin afectación de ninguna garantía procesal, ya que en todo caso, como se verá, deberá confirmarse la sentencia apelada, denegatoria de las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar a declararse la nulidad de los indicados contratos.



mencionado no debieron tenerse por elegibles, ni adjudicatarios de los respectivos contratos, los oferentes favorecidos en la evaluación de la Fase Uno, por no haber cumplido ninguno de ellos con los requisitos atinentes a la red mínima requerida por la entidad para la prestación de los servicios objeto de contratación en la mencionada invitación pública.

2.2. Régimen jurídico de la Invitación Pública N° 143 de 2005

En lo relacionado con la contratación y prestación de servicios médicos asistenciales a los docentes públicos y pensionados del magisterio, tales actividades se sujetan a régimen especial, estructurado primordialmente en la Ley 91 de 1989, y en tanto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el Sistema Integral de Seguridad Social en ella regulado no sería aplicable a los afiliados al FOMAG¹⁴. En tal virtud, y especialmente para la época de los hechos debatidos en la presente causa, no les resultaba aplicable a dichas actividades lo establecido en la Ley 100 de 1993, respecto de la sujeción de tales contrataciones, exclusivamente al derecho privado.

Ahora bien, el indicado proceso de selección no sólo fue adelantado por Fiduprevisora, como vocera y administradora del FOMAG, sino que en él fueron determinantes las distintas decisiones adoptadas por el Consejo Directivo de ese fondo, de modo especial en cuanto ordenó, precisamente, adelantar la invitación pública bajo las nuevas directrices impuestas en el Acuerdo N° 4 del 22 de julio de 2004, y era el estamento encargado de indicar o recomendar a los oferentes elegibles, función que le fue asignada en el artículo 7, inciso tercero, de la Ley 91 de 1989.

Como se anotó, en el Acuerdo N° 4 de 2004 se precisó que la invitación pública allí ordenada se regularía por la Ley 80 de 1993, estatuto que, igualmente durante el período en que se adelantó ese proceso de selección, establecía en el artículo 32, párrafo 1°:

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no

¹⁴ "Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida".



estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Se desprendía de tal disposición que los contratos no correspondientes al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras de carácter estatal, entre éstas, las fiduciarias, se regulaban por el EGCAP.

A este respecto, en la jurisprudencia de esta Corporación se han hecho las siguientes precisiones¹⁵:

Sobre la expresión ‘giro ordinario de los negocios’, el Consejo de Estado ha determinado que dicho concepto guarda relación con todas aquellas actividades que constituyen el objeto social de la entidad o que se relacionan intrínsecamente con este. En otras palabras, son las tareas y/o labores, principales o conexas, que la entidad desarrolla para cumplir su función misional.

Concretamente, en lo que respecta al giro ordinario de los negocios de las instituciones públicas financieras, la Sección Tercera de esta Corporación, en auto proferido el 17 de junio de 2015¹⁶, explicó in extenso la delimitación de esta locución. En esa oportunidad, se expuso (...):

*‘10.2.1. La noción de giro ordinario de los negocios constituye un concepto jurídico indeterminado que por la amplitud de sus elementos podría dar lugar a diversas interpretaciones en cuanto a lo que su aplicación o alcance supone. No obstante, **esta Corporación antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 ya se había pronunciado respecto de los alcances de una disposición similar contenida en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación Pública- que acudía a la noción giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no para establecer la jurisdicción competente, sino con el fin de determinar el régimen jurídico aplicable al contrato.** (...)*

10.2.2. En un principio, la jurisprudencia de esta Corporación interpretó que la noción giro ordinario de los negocios se refería o relacionaba con dos tipos de actividades o negocios como tal, a saber: i) con las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o funciones principales, expresamente definidas por la ley, y ii) con todo aquello que fuera conexo a las funciones principales y que se realizara para el desarrollo de estas. (...).

10.2.4. Ahora, en cuanto al giro ordinario de las actividades propias de las entidades financieras, esta Corporación también tuvo la oportunidad de pronunciarse en el sentido de reiterar 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 realiza para desarrollar la función principal (...)

10.2.6. Como se puede evidenciar, los diversos pronunciamientos mencionados en ningún momento establecen una distinción entre el objeto social de la entidad pública financiera y las actividades catalogadas como financieras en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –Decreto 663 de 1993-, a efectos de definir cuáles son los actos, actividades o negocios que forman parte del giro ordinario de los negocios de las entidades que ostentan el carácter de financieras. Por el contrario, lo que se observa es que la jurisprudencia se ha valido tanto del objeto social como de la legislación referente a la actividad económica financiera, para establecer qué actuaciones o negocios se encuentran inmersos en la noción indeterminada de giro ordinario de los negocios financieros (...).

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Auto del 7 de febrero de 2025, exp. N° 05001-23-33-000-2020-00039-01 (66112). Debe anotarse que esta providencia tuvo salvamento de voto del consejero José Roberto SÁCHICA Méndez, sobre el tema expuesto.

¹⁶ Cita original: “Providencia proferida en el proceso con rad. 27001-23-33-000-2013-00210-01 (50.526), C.P. Ramiro Pazos Guerrero”.



2.2. Tal y como se mencionó al inicio de este acápite, la Fiduciaria La Previsora S.A. suscribió el contrato objeto de la controversia en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...).

[A]unque los contratos del FOMAG son firmados por La Previsora S.A., ello no acontece en ejercicio del giro ordinario de sus negocios, sino con ocasión del contrato de fiducia suscrito con el Ministerio de Educación, en cumplimiento de la disposición contenida en el artículo tercero de la Ley 91 de 1989, dado que quien determina cuáles contratos suscribir, con qué entidades, con fundamento en cuál presupuesto, etc., es el Consejo Directivo del FOMAG y no la fiduciaria en forma autónoma, es decir, es un intermediario que se encarga de manejar unos recursos que son públicos.

Sumado a lo que viene expresándose, la Sala considera que la exclusión regulada no se extiende a los contratos celebrados por la Fiduprevisora como representante y vocera del FOMAG, porque las obligaciones que se derivan de los contratos de prestación de servicios de salud o, en general, de los médicos asistenciales no comprometen ni afectan el patrimonio de la fiduciaria, al tiempo que las cargas y responsabilidades económicas correspondientes recaen exclusivamente en los recursos del fondo. Aunque la fiduciaria está celebrando el negocio debatido en desarrollo del contrato de fiducia múltiples veces mencionado, el objeto del contrato 12076-005-2012 no tiene ningún tipo de conexión con el giro ordinario o con las actividades habituales de la Fiduprevisora, quien no tiene entre sus competencias garantizar los servicios de salud de los docentes vinculados al magisterio (énfasis fuera de texto).

Asimismo, en sentencia del 16 de septiembre de 2021, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado refirió que la exclusión relativa a los contratos del giro ordinario de los negocios de las citadas entidades no era aplicable a los negocios jurídicos en que fuera parte el FOMAG y fueran suscritos por Fiduprevisora como su vocera y representante, por cuanto *“las obligaciones derivadas de contratos como el de prestación de servicios médico-asistenciales (...) recaen en el Fomag y, por tanto, no se refieren a los negocios que celebra la Fiduciaria en su propio interés patrimonial”*, siendo cierto que *“los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales celebrados por Fiduprevisora S.A. como administradora del Fomag no comprometen ni afectan el patrimonio de la Fiduciaria; las responsabilidades y cargas económicas correspondientes recaen sobre los recursos del Fondo -que justamente, por esta razón se considera la parte interviniente en el proceso arbitral que dio origen a este recurso, como ya se anotó- los cuales provienen de la Nación y de otras entidades del Estado, y si bien son administrados por Fiduprevisora S.A., sobre su destinación toma decisiones una instancia especial, cual es el Consejo Directivo del Fomag, integrado por servidores públicos, entre estos, ministros del Gobierno Nacional”*¹⁷.

Por consiguiente, es dable concluir que, para el año 2005, en cuyo transcurso se adelantó el proceso de selección hoy enjuiciado, la actividad precontractual y

¹⁷ Consejo de Estado -Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 16 de septiembre de 2021, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091). Debe anotarse que en esta providencia salvó voto el consejero José Roberto SÁCHICA Méndez, en relación con el tema expuesto.



contractual del FOMAG para la prestación de servicios médico-asistenciales a la población destinataria, se sujetaba a la Ley 80 de 1993¹⁸.

2.3. Hechos probados en la actuación

Los medios de prueba que obran en el proceso, aportados en legal forma por las partes y los terceros intervinientes, acreditan, en general, los siguientes hechos relevantes para la decisión:

- En lo que atañe a la presentación de los estados financieros dictaminados, dicho requisito fue establecido en el capítulo V de los términos de referencia correspondientes a la Invitación Pública N° 143 de 2005.

El numeral 5.1 señaló que la documentación exigida en ese acápite era necesaria para “la entidad que esté interesada en actuar como proponente”. A su vez, el numeral 5.1.2. se destinó a la referencia de los documentos financieros exigidos, entre éstos, los descritos en el numeral 5.1.2.1 (fl. 97, c.11¹⁹):

Estados financieros de propósito general con sus respectivas notas, debidamente dictaminados, con fecha de corte a diciembre 31 de 2003: Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo de Efectivo, Estado de Cambios en el Patrimonio (...). En caso de consorcios o uniones temporales, se debe presentar la totalidad de los documentos financieros solicitados de cada uno de los integrantes.

Asimismo, se exigió en el numeral 5.1.2.5., la “autorización o certificación de posesión” del revisor fiscal que dictaminó los estados financieros del último período contable solicitado, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud y vigente a la fecha de elaboración del respectivo dictamen. Cada uno de los proponentes individuales y cada uno de los miembros de un consorcio o unión temporal debía presentar esos documentos.

- Con respecto a la red de servicios requerida, en el numeral 10 de los términos de referencia se precisó que estaría conformada por IPS (sedes, instituciones y profesionales independientes) que cumplieran con los requisitos de habilitación fijados en la ley y en la invitación pública, y que la oferta de la red sería obligatoria desde el momento de inicio de la ejecución del contrato, de suerte que el contratista

¹⁸ Tal panorama varió con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 15 modificó el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para señalar que todos los contratos de las entidades financieras estatales, sin excepción, estarían exentos de la regulación del EGCAP. Dispuso la nueva norma: “Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos 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”.

¹⁹ La enumeración de los folios del cuaderno de pruebas N° 11 corresponde a su paginación inferior.



no podría prestar sus servicios con unidades o IPS diferentes a las señaladas en su propuesta, salvo cuando cumpliera los requisitos especiales fijados en el mismo documento.

Los oferentes debían incluir en su red los servicios hospitalario, quirúrgico, de consulta externa, de atención extramural, urgencias, transporte especial de pacientes, apoyo diagnóstico y complementación terapéutica; en cada uno de ellos se detallaron las especialidades y sub-áreas exigidas por la entidad (fl. 167, c.11).

A continuación, se recalcó que la red *mínima* exigida para participar se dividía en los siguientes ítems: i) servicios básicos en la respectiva *Región*; ii) servicios especializados en la *Región*; iii) servicios por fuera de la *Región* y, iv) sedes en la *Región*.

En torno a este punto, se indicó:

“La sumatoria de todos los servicios solicitados en los diferentes municipios que se encuentren dentro de la región y los proveedores institucionales por fuera [de ella] constituyen un 100%. El proponente, para pasar a la fase de calificación de su propuesta, deberá cumplir y soportar debidamente mínimo el 80% de la red requerida con sus respectivas capacidades instaladas exigidas. De todas formas, el contratista a quien se le adjudique el contrato deberá garantizar para la ejecución del contrato (sic) el 100% de la red exigida y de la red adicional que oferte”.

De conformidad con el numeral 10.1.1, el oferente debía soportar y comprobar la capacidad para garantizar el número de proveedores y la infraestructura instalada para cada área de salud requerida.

Asimismo, precisó la entidad que los servicios básicos establecidos para la *Región* podrían ser ofertados a través de la red pública; en ese evento, el oferente debía diligenciar el Formato N° 2, denominado *“Relación de Oferta de Servicios Básicos de Participación a través de la Red Pública”*, lo cual se soportaría *“con la manifestación escrita y firmada por el representante legal de la entidad oferente, donde garantizará que durante la etapa de inscripción de afiliados a los oferentes elegibles, éste celebrará los contratos con la red pública ofertada, los cuales deberán ser presentados a FIDUPREVISORA S.A., al momento de la suscripción del contrato”* (fl. 169, c.11).

Entre los documentos exigidos por la Administración como soporte de la red mínima ofertada, se señalaron los formatos de *“diligenciamiento de red”* anexos a los términos de referencia, la *“declaración de propiedad”* de los modelos administrativos y asistenciales brindados directamente por el oferente o uno de los miembros del



consorcio o unión temporal y los contratos suscritos con la respectiva red de servicios.

Para acreditar la oferta de instituciones, se indicó la obligatoriedad de los siguientes documentos (fl. 171, c.11):

“Contrato o declaración de propiedad, de acuerdo con la condición (contratada o propia). Cuando la Institución Prestadora de Servicios de Salud es propia, deberá presentarla de acuerdo con el Formato 3A – ‘Declaración de Propiedad de Instituciones’ completamente diligenciado (...), o Contrato de prestación de servicios cuando la Institución Prestadora de Servicios de Salud es contratada (...).

Copia del certificado o registro de habilitación con el número de radicación, firma o sello de recibido de la Secretaría de Salud respectiva. El folio donde se encuentra este documento debe ser consignado en la casilla RH de los formatos No. 5, 6, 6A, 6B, 6C, 7, 8, 8ª, 8B y 8C”.

Igualmente, se señalaron los documentos exigidos para acreditar la red de suministro de medicamentos, los consultorios independientes y las sedes físicas.

- En lo concerniente a la evaluación en la Fase Uno, se precisó en el numeral 11.1 que tal ejercicio se efectuaría examinando cada componente, en el siguiente orden: i) jurídico, ii) financiero, iii) técnico de estándares, iv) técnico relativo a la Red Mínima de Participación Exigida. En cada uno de ellos se revisaría detalladamente la documentación señalada en los términos de referencia, y sólo de aprobarse satisfactoriamente cada ítem, se analizaría el siguiente. Al final, *“únicamente aquellos oferentes que hayan cumplido con las cuatro evaluaciones anteriores, pasarán a la CALIFICACIÓN de la OFERTA ADICIONAL (...)*” (fl. 177, c.11).

Igualmente, en el numeral 11.1 advirtió la convocante que, conforme a las reglas de la invitación pública, se entendería *“que el no cumplimiento de las evaluaciones previas descritas”* constituiría causal de rechazo, lo cual iba asociado a lo previsto en el numeral 1.17, en cuanto a que no serían subsanables, dada su naturaleza, las causales de rechazo previstas para el proceso de selección (fl. 75, c.11).

Asimismo, el numeral 4.4.7.8. *ibídem* determinó que habría lugar al rechazo de las propuestas, *“cuando no se presenten los estados financieros solicitados y con las condiciones señaladas expresamente en estos Términos de Referencia”* (fl. 92, c.11).

Al referir la evaluación técnica de la *“Red Mínima”*, precisó la entidad:

[E]n caso de cumplir lo establecido en los presentes términos, y superar el 80% de dicha RED, pasará al siguiente ítem; en caso contrario, no continuará su evaluación (...).



- Conforme al capítulo 11 de los términos de referencia, una vez superadas las cuatro evaluaciones mencionadas, las propuestas favorecidas serían objeto de calificación en cuanto a su red adicional ofertada, y seguidamente, en cuanto al factor de experiencia y los demás previstos en la invitación pública.

- Entre el 14 de febrero y el 8 de marzo de 2005, la Vicepresidencia de Prestaciones Sociales presentó seis Aclaraciones de la Invitación Pública, dando respuesta a las distintas consultas de los interesados. En ese marco, el 23 de febrero y el 2 de marzo de ese año, presentó las *Aclaraciones 2 y 3* (fls. 186- 230, c.11).

En la comunicación de Aclaraciones N° 3, de fecha 2 de marzo de 2005, Fiduprevisora-FOMAG abordó lo concerniente al requisito de los estados financieros dictaminados, al responder un interrogante formulado por una empresa interesada.

Se indicó en el documento (fl. 210, c.11):

“Teniendo en cuenta que los términos de referencia establecen dentro de los requisitos financieros (...) autorización o certificación de posesión del revisor fiscal que dictaminó los estados financieros del último período contable solicitado, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud (...), se pregunta: [¿]Es viable la participación y selección de un oferente si el revisor fiscal que emitió el dictamen de los estados financieros 2003 de dicho oferente no cumplía dicho requisito al momento del dictamen, mas su posesión fue autorizada en fecha posterior al mismo por parte de la [S]uperintendencia [N]acional de [S]alud [?] (...). Respuesta: Debe cumplirse lo señalado en el 5.1.2.5 para el revisor fiscal que dictamine los estados financieros, lo cual es una condición inherente a la validez de los mismos, por lo tanto, le es aplicable la causal de rechazo 4.4.7.8., en caso de incumplirse la obligación. En el caso consultado, el hecho de no estar posesionado el revisor fiscal a la fecha de hacer el dictamen lo hace inválido, teniendo en cuenta que el cargo se ejerce a partir de la posesión y no tiene efectos retroactivos, a menos que el anterior revisor fiscal sea la misma persona y se trate de una reelección”.

En el mismo documento de *Aclaraciones N° 3*, ante la pregunta de si las personas naturales podían participar y si debían presentar la información financiera exigida para las personas jurídicas, la entidad advirtió (fl. 217, c.11):

*“Las personas naturales pueden participar siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los términos de referencia, y presenten los documentos soportes requeridos para calificación financiera y experiencia, en los numerales 5.1.2. y 11.2.2. de los términos de referencia, entre otros, **estados financieros dictaminados** y certificaciones expedidas por las entidades contratantes de **aseguramiento y/o prestación de servicios de salud**”.* (énfasis fuera de texto).

Frente a la red de servicios básicos exigida, sobre la cual surgió la pregunta sobre la necesidad de aportar contrato si la oferta se hacía con la red pública, la entidad aclaró que en ese caso sería suficiente la manifestación escrita y firmada por el



representante legal del oferente, garantizando que durante la etapa de inscripción de afiliados a los prestadores elegibles, éstos celebrarían los contratos con la indicada red pública propuesta, y que dichos contratos deberían ser entregados a Fiduprevisora S.A. cuando se suscribieran con ella los negocios objeto de la invitación pública, todo de conformidad con el numeral 10.1.1 de los términos de referencia (fl. 214, c.11).

A propósito de los requisitos de soporte de la red de servicios, la entidad subrayó, en las Aclaraciones 1 y 2, que el requisito consistente en el certificado o registro de habilitación era obligatorio y no admitía alternativas (fls. 189 y 202, c.11).

-. La unión temporal Red Salud formuló observaciones al informe preliminar de evaluación (fls.715-731, c.4), anteriormente señalado, desestimando el hecho de que se le descalificara por no haber allegado el dictamen de los estados financieros, así como la circunstancia de que los proponentes favorecidos hubieran recibido tal calificación como posibles elegibles, pese a no haber cumplido especialmente con el porcentaje del 80% de la red de servicios exigida. Si bien especificó sus reparos frente a cada proponente (unión temporal Mejor Salud, unión temporal FERSALUD y HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL, la entidad estatal, al exponer las respuestas en el informe definitivo, señaló que la evaluación realizada en cada uno de los servicios, unidades, especialidades y capacidad instalada de los oferentes, se ceñía a lo establecido en los términos de referencia.

En sus observaciones, la hoy demandante señaló que si bien las reglas de la invitación pública eran claras en cuanto a que cada proponente debía cumplir con el soporte del 80% de la red de servicios requerida, ninguno de los oferentes preseleccionados satisfacía esa exigencia, pues diligenciaron sus ofertas en formularios y cuadros que no correspondían, ofrecieron capacidad instalada menor a la solicitada y omitieron documentos, de suerte que, con una evaluación correcta, realizada por la misma Red Salud, se determinaba que FERSALUD sólo había acreditado el 36.2% de la red de servicios; Mejor Salud, el 37.23% y la Clínica San Rafael, el 66.53%. No obstante, la entidad insistió en que una revisión de los cuadros presentados en la evaluación preliminar presentada al Consejo Directivo, para cada proponente, permitía evidenciar que todas las calificaciones fueron correctas y se ajustaron a los parámetros establecidos para la invitación pública.

Por lo anterior, en el informe de evaluación final presentado el 3 de junio de 2005, se determinó (nuevamente) que la unión temporal FERSALUD había cumplido con el requisito de la red de servicios en un 96,95%, y que recibía como calificación total, 771,20 puntos; la oferente Mejor Salud UT acreditó la red de servicios en forma



correcta en un 82,55%, logrando una calificación total de 720,20 puntos; el Hospital Universitario Clínica San Rafael acreditó el 88,03% de la red exigida y obtuvo 602,66 como puntaje de evaluación de toda su oferta; y finalmente, la unión temporal RED SALUD, si bien cumplió con la documentación jurídica, no hizo lo propio con la del componente financiero, por lo que su evaluación no llegó hasta los componentes técnicos señalados en los términos de referencia y no logró ser tenida por elegible en la Fase Uno (fls. 457- 469 c.11).

- En el mismo informe, y frente a lo objetado por Red Salud en torno a la exigencia de dictamen a los estados financieros, señaló la entidad que los mismos eran necesarios para la apreciación o validez de la oferta, y que toda persona o empresa que no contara con revisor fiscal, debía presentar el dictamen elaborado por contador público, de suerte que en este último caso no le era aplicable la regla de presentar la autorización o el certificado de posesión del indicado revisor fiscal, pues ello sólo le era exigible a quien contara con ese servicio (fls. 443-444, c.11).

- En audiencia del 8 de junio de 2005, adelantada para presentar el informe definitivo de evaluación de la Fase Uno para la Región 2, intervinieron los representantes de cada proponente, para reiterar las observaciones e inquietudes que habían planteado durante el proceso, especialmente frente a las resultas de la evaluación preliminar. En su intervención, el representante de Red Salud reiteró sus discrepancias en torno a la exigencia de los estados financieros dictaminados y a la forma como se evaluaron los requisitos que se debían cumplir para acreditar la red mínima requerida (fls. 587 y ss., c.8).

Al culminar todas las intervenciones, la audiencia fue suspendida y se aclaró que sólo sería reanudada para dar “*un resultado*”, ya que las inquietudes serían puestas en conocimiento del Consejo Directivo, sin que en la siguiente oportunidad fueran procedentes más observaciones o planteamientos (fl. 608, c.8).

El 10 de junio de 2005 la audiencia fue reanudada únicamente para señalar que debía suspenderse nuevamente, ya que en el estudio de las inquietudes planteadas fue necesario solicitar conceptos especializados que aún estaban en estudio (fls. 610-612, c.8). En similares términos se adelantó la sesión del 14 de junio, suspendida en el momento mismo de su inicio, tras advertirse que debían examinarse unas consideraciones técnicas planteadas por el abogado Edmundo del Castillo, consultado por Fidupervisora-FOMAG (fl. 613).

Finalmente, el 17 de junio de 2005, el vicepresidente de Prestaciones Sociales de Fidupervisora-FOMAG, el gerente de la firma evaluadora y el director de Servicios



en Salud adelantaron la parte final de la audiencia y expusieron que, una vez evaluados por el Consejo Directivo los planteamientos de los proponentes, hechos en la sesión del 8 de junio, se procedía a comunicar la respuesta definitiva. Respecto de las discrepancias manifestadas por Red Salud, se recalcó que el proceso se había adelantado con sujeción a la ley y a los términos de referencia, así como a los principios de economía y transparencia, que regulan la contratación estatal.

En cuanto a la red de servicios, se señaló:

“Los proponentes [FERSALUD y Mejor Salud] cumplen con lo estipulado en los términos de referencia para soportar la oferta de servicios a través de la RED PÚBLICA con la presentación del Formato correspondiente, firmado por el representante legal. Tal como lo establece el numeral 10.1.1 y como se explicó en la Aclaración N° 3 a Red Salud, en la que se indicó que no se requería anexar contratos para servicios ofertados a través de la red pública, debido a que la pregunta se refirió a contratos y no a otros documentos, lo cual no significa que los otros documentos fueran obligatorios (sic). Adicionalmente, como se puede observar en los formatos exclusivos para red pública, no hay columnas para indicar folios de soportes, consecuente con lo anteriormente expresado, a diferencia de los formatos para red privada, que sí los incluye, por ser exigidos”.

Se precisó en el acta respectiva que, finalizada la lectura de las respuestas, *“fueron declarados como elegibles para pasar a la Fase 2 (...) las firmas (sic): ‘Fersalud UT, Mejor salud UT y Hospital Universitario Clínica San Rafael, habiendo quedado la audiencia abierta para constancias, que al no haberse presentado permitió (sic) dar por terminada la sesión (...)”* (fl. 624, c.8).

2.4. Análisis de la Sala.

2.4.1. El dictamen de los estados financieros

El Decreto 2649 de 1993²⁰ establece, en su artículo 33, la distinción entre los estados financieros certificados y los dictaminados, en los siguientes términos:

Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros.

Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 enseña que *“[s]on dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público*

²⁰ “Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.



independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas”, y que los mismos “deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión ‘ver la opinión adjunta’ u otra similar”.

A la par con esa figura, el artículo 37 de la misma ley refiere los estados financieros *certificados*, estableciendo que son aquellos que, al ser elaborados para ser puestos a disposición de los asociados o de terceros, deben contener la manifestación expresa del representante legal y del contador público responsable de prepararlos, de que las afirmaciones allí plasmadas se tomaron fielmente de los libros, y se verificaron previamente, conforme al reglamento²¹.

Ahora bien, respecto de las *normas de auditoría generalmente aceptadas*, referidas en el citado artículo 38, para los estados financieros dictaminados, las mismas se describen de manera general en el artículo 7 de la Ley 43 de 1990²², que la Sala se permite transcribir íntegramente, a fin de poner en relieve, con mayor claridad, el alcance de la regla fijada por Fiduprevisora-FOMAG, sobre ese elemento:

Artículo 7º. De las normas de auditoría generalmente aceptadas. *Las normas de auditoría generalmente aceptadas, se relacionan con las cualidades profesionales del Contador Público, con el empleo de su buen juicio en la ejecución de su examen y en su informe referente al mismo. Las normas de auditoría son las siguientes:*

1. Normas Personales.

a) El examen debe ser ejecutado por personas que tengan entrenamiento adecuado y estén habilitadas legalmente para ejercer la Contaduría Pública en Colombia.

b) El Contador Público debe tener independencia mental en todo lo relacionado con su trabajo, para garantizar la imparcialidad y objetividad de sus juicios.

c) En la ejecución de su examen y en la preparación de sus informes, debe proceder con diligencia profesional.

2. Normas relativas a la ejecución del trabajo.

a) El trabajo debe ser técnicamente planeado y debe ejercerse una supervisión apropiada sobre los asistentes, si los hubiere.

b) Debe hacerse un apropiado estudio y una evaluación del sistema de control interno existente, de manera que se pueda confiar en él como base para la determinación de la extensión y oportunidad de los procedimientos de auditoría.

c) Debe obtenerse evidencia válida y suficiente por medio del análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoría, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de un dictamen sobre los Estados Financieros sujetos a revisión.

3. Normas relativas a la rendición de informes.

a) Siempre que el nombre de un Contador Público sea asociado con estados financieros, deberá expresar de manera clara e inequívoca la naturaleza de su relación con tales estados. Si practicó un examen de ellos, el Contador Público deberá expresar claramente el carácter de su examen, su alcance y su dictamen

²¹ “El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”.

²² Que reglamenta la profesión de contador público.



profesional sobre lo razonable de la información contenida en dichos estados financieros.

b) El informe debe contener indicación sobre si los estados financieros están presentados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

c) El informe debe contener indicación sobre si tales principios han sido aplicados de manera uniforme en el período corriente en relación con el período anterior.

d) Cuando el Contador Público considere necesario expresar salvedades sobre algunas de las afirmaciones genéricas de su informe y dictamen, deberá expresarlas de manera clara e inequívoca, indicando a cuál de tales afirmaciones se refiere y los motivos e importancia de la salvedad en relación con los estados financieros tomados en conjunto.

e) Cuando el Contador Público considere no estar en condiciones de expresar un dictamen sobre los estados financieros tomados en conjunto deberá manifestarlo explícita y claramente.

A la luz de esta regulación general, cabe destacar que la Superintendencia de Sociedades precisó la distinción entre los estados financieros certificados y los dictaminados, al conceptuar²³:

*“[L]os estados financieros siempre deben ser suscritos por el representante legal y el contador que los hubiere preparado, en señal de que la información en él contenida se ha verificado previamente y se ajusta a los libros. Situación bien distinta es la formalidad adicional que se exija, es decir, que se presenten dictaminados, que no es otra cosa que el concepto escrito por el revisor fiscal, si lo hubiere, y siempre y cuando sea profesional de la contaduría pública o de un contador público independiente, personas éstas ajenas a la administración del ente económico, que dan cuenta de la **auditoría integral practicada sobre los libros y documentos de la sociedad** y de la información contenida en los estados financieros” (énfasis fuera de texto).*

Dicho esto, pasa la Sala a analizar los argumentos de la apelante frente a la desestimación de su propuesta por el faltante de ese requisito, los cuales se centran, esencialmente, en los siguientes puntos de inconformidad:

i) La obligatoriedad de las reglas de la Invitación Pública N° 143 de 2005 no tenía el alcance absoluto que le dio el Tribunal, particularmente porque el requisito de los estados financieros dictaminados era subsanable conforme al artículo 25 - numeral 15 de la Ley 80 de 1993, por no ser necesario para la comparación de las propuestas, de modo que la falta de dicho dictamen no ameritaba el rechazo de la oferta, menos aun cuando la ley no establecía esa posibilidad, mientras que sí podía ser enmendado el eventual yerro, con la entrega posterior del concepto especializado.

ii) La falta del dictamen no desvirtuaba la existencia, validez ni presunción de veracidad de los estados financieros presentados, porque la Ley 222 de 1995 no lo

²³ Superintendencia de Sociedades. (2000). *Oficio 340-74789* [Oficio]. Bogotá, Colombia. Disponible en el enlace <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159044/Oficio+340-74789.pdf/6194f183-6a91-9392-b0ea-065624547d73?version=1.5&t=1670438771688>. Última consulta: 1 de mayo de 2025.



preveía de esa manera, como tampoco existían pronunciamientos en ese sentido, emitidos por la Superintendencia de Sociedades ni por la Junta de Contadores.

iii) Dado que ambas integrantes de la unión temporal habían prestado sus servicios al FOMAG, la entidad ya contaba con sus estados financieros, lo cual, sumado a la nueva presentación hecha durante la invitación pública, debió ser suficiente para tener por satisfecho lo requerido por la Administración en ese componente. Adicionalmente, en el proceso judicial se practicó un dictamen pericial que dio cuenta de que las exigencias financieras del FOMAG sí se cumplían cabalmente con lo entregado por la unión temporal.

iv) Las reglas de los términos de referencia fueron ambiguas e indujeron en error a Red Salud, pues si bien se dio a entender que lo determinante era acreditar indicadores tales como razón corriente, capital neto de trabajo, endeudamiento total e índices patrimonial y operacional, se terminó rechazando la oferta sólo por la falta del dictamen, cuando para cubrir los indicados ítems bastaba con los estados financieros presentados.

v) Ante dos interpretaciones posibles de los términos de referencia, una conducente al rechazo de la oferta y otra orientada a su aceptación, debía preferirse esta última, más aún cuando la jurisprudencia defendía la interpretación más favorable “*al ejercicio del derecho de acción*”, en el sentido de asegurar una decisión de fondo sobre el punto en cuestión en el procedimiento, “*más allá de las dificultades de índole formal*”, de suerte que toda duda debía resolverse en el sentido que mejor garantizara “*la conclusión del procedimiento hasta su total conclusión*”, desechando todo aquello que impidiera la selección objetiva.

vi) La sociedad Medcom Ltda. no tenía la obligación legal de dictaminar sus estados financieros por cuanto ello sólo era imponible a las sociedades que conforme a la ley debieran contar con revisor fiscal, de suerte que era suficiente con que la firma Red Salud S.A., que sí estaba sujeta a ello, cumpliera el indicado requisito. Adicionalmente, en la Invitación Pública 143 no se obligó a los oferentes exentos de revisoría fiscal a presentar dictamen elaborado por contador público, y si el ordenamiento no establecía tal dictamen como regla general sino como excepción, así debía interpretarse esa regla de los términos de referencia.

Frente a estos planteamientos de la impugnante, la Sala considera:

i) Era obligatorio y no subsanable el requisito de los estados financieros acompañados de dictamen, lo que se deduce con claridad al leerse *prima facie* el



contenido de los términos de referencia: el numeral 5.1.2.1 describió diáfamanamente la exigencia de ese instrumento –“*estados financieros de propósito general con sus respectivas notas, debidamente dictaminados, con fecha de corte a diciembre 31 de 2003*”-, precisando además que, en el caso de los consorcios o uniones temporales, cada uno de los integrantes debía presentar la totalidad de los documentos exigidos; y en el numeral 11.1 se advirtió que el no cumplimiento de las evaluaciones previstas, entre estas, la financiera, constituiría causal de rechazo de la oferta, previsión que a su vez se acompasaba con el numeral 4.4.7.8., que señaló en forma expresa como causal de rechazo, justamente, la no presentación de “*los estados financieros solicitados y con las condiciones señaladas (...)*”.

Así, ese requisito que hoy controvierte la actora no fue exigido por el FOMAG como una mera formalidad o un ritualismo sin finalidades mayores a las que pudieran cumplir los estados financieros simplemente certificados, pues toda la documentación enunciada, con expresa inclusión de esa opinión profesional adjunta, sería objeto de una evaluación determinante para establecer la elegibilidad del proponente, a tal punto que la no presentación de los estados financieros “*con las condiciones señaladas*”, que incluían el dictamen, ameritaría el rechazo de la oferta.

Al tenor del artículo 30 - numeral 2 de la Ley 80 de 1993, en el pliego de condiciones (y en su momento, en el documento de términos de referencia²⁴) elaborado por la entidad que adelanta el proceso de selección, deben detallarse los aspectos relativos al objeto del contrato, “*su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes*”, los criterios y factores de escogencia, entre otros elementos. En armonía con lo anterior, el artículo 24 del mismo estatuto dispone cuál debe ser su contenido (numerales 5 y 6), señalando que en él se deben establecer los requisitos necesarios para participar en el proceso, definir reglas claras y justas que aseguren la escogencia objetiva, establecer con precisión las condiciones de costo y calidad del objeto contractual y fijar “*las reglas de adjudicación del contrato*”.

Luego, resulta claro que, por contener reglas, condiciones, requisitos y lineamientos establecidos por la autoridad estatal contratante y, por tener estos incidencia directa en la licitación pública, en la situación de los oferentes y en la misma contratación, los términos de referencia, en su momento equiparables al pliego de condiciones, debían ser observados por los destinatarios y por la propia entidad pública, lo cual hacía manifiesto su carácter obligatorio y vinculante para todas las partes

²⁴ La figura de los términos de referencia, regulada a la par con los pliegos de condiciones en la Ley 80 de 1993, fue eliminada por la Ley 1150 de 2007.



intervinientes en las etapas precontractual y contractual, como de tiempo atrás lo ha reconocido la jurisprudencia²⁵.

En esa medida, no es atendible el argumento de la demandante, en cuanto a que la previsión hecha en el artículo 25, numeral 15, de la Ley 80 de 1993 le impedía al FOMAG descalificar a la unión temporal o rechazar su propuesta por no incluir el dictamen de los estados financieros. Así, de conformidad con la norma invocada, “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”; pero en el presente caso, el dictamen fue exigido como elemento para evaluar las ofertas -lo que implicaba compararlas-, y resultaba de tal importancia, que debía ser entregado por todos y cada uno de los miembros de consorcios y uniones temporales, e incluso por las personas naturales, según lo precisó la entidad en la comunicación de Aclaraciones N° 3, del 2 de marzo de 2005, cuando advirtió que los documentos exigidos para el componente financiero debían ser cumplidos íntegramente, también por aquellas.

ii) Si bien puede estimarse cierto lo sostenido por la demandante, en cuanto a que la ausencia de dictamen no desvirtúa la validez ni la presunción de veracidad de los estados financieros, lo cierto es que el aporte de ese concepto adjunto hacía parte de las reglas fijadas en la Invitación Pública N° 143 de 2005, que en franca lid fueron expresamente aceptadas por la UT Red Salud al disponerse a participar en el proceso, de suerte que le resultaban vinculantes, y por tanto, suficientes para que corriera con las consecuencias de no satisfacción del requisito comentado: la imposibilidad de evaluar los demás criterios examinados y la subsiguiente descalificación en la Fase Uno. Téngase en cuenta, además, que dichos términos de referencia no fueron demandados en este proceso, por lo que mal podían cuestionarse en la apelación, las reglas que en él se fijaron para seleccionar a los prestadores de salud de los docentes y pensionados afiliados al FOMAG.

²⁵ “... [E]l pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general de suma importancia, como quiera que contiene todas aquellas reglas vinculantes tanto para la administración como para los oferentes en el proceso de selección del contratista (...). [E]l carácter vinculante es una de sus características principales, tanto que se ha denominado ‘ley de la licitación’ y ‘ley del contrato’ al regular no solo la etapa de formación del acuerdo de voluntades (...) sino también las relaciones entre las partes cuando el contrato ya ha sido celebrado, de ahí que se diga que es una verdadera fuente de derechos y obligaciones hasta el momento de la liquidación” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. N° 17783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar).

En el mismo sentido, consúltense, entre otras, las siguientes providencias: i) fallo del 5 de junio de 2008, exp. N° 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) fallo del 2 de agosto de 2018, exp. N° 25000233600020130129301, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; iii) fallo del 12 de julio de 2024, exp. N° 050012331000200800835 01 (59826); iv) fallo del 4 de abril de 2025, exp. N° 25000233600020180068002 (71.438) (Subsección A) C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.



Ahora, el hecho de que los estados financieros sean válidos por sí mismos y deban estimarse veraces bajo el principio de la buena fe²⁶ no desvirtúa la legalidad de lo decidido por el Consejo Directivo del FOMAG y luego por su vocera Fiduprevisora, con base en la evaluación de las ofertas; pues éstas debían cumplir con la documentación requerida, que si bien podía no ser necesaria para tener por cierto el contenido de lo que sí fuese entregado, se impuso con el propósito de evaluar con mayor detalle y solidez la idoneidad de los oferentes, de cara a la prestación de un buen servicio.

Como bien puede deducirse de las normas y del concepto de la Superintendencia de Sociedades que anteriormente se refirieron, el alcance del dictamen de los estados financieros reviste mayor rigurosidad en el examen de fiabilidad de la información entregada, especialmente porque implica un trabajo de auditoría que, además de comprender muchos más estudios que la certificación, acarrea mayores responsabilidades para el revisor fiscal o el contador público independiente que elabora y suscribe el instrumento. De ahí que, en todo caso, resultara válida la exigencia del dictamen a los estados financieros como requisito necesario para comparar las ofertas de la Invitación Pública 143 de 2005, pues ello denotaba el objetivo -legítimo- de asegurar o garantizar la mayor idoneidad posible del proveedor de los servicios de salud que Fiduprevisora-FOMAG pretendía contratar.

Por lo demás, aunque es palmario que la Ley 222 de 1995 no establece la obligatoriedad del aludido dictamen, menos para casos específicos, ello no implica que terceros, como en este caso la Administración, no puedan exigir ese documento para determinados procedimientos o trámites, de suerte que la circunstancia de haberse rechazado la oferta de Red Salud por no contar con ese concepto anexo a los estados financieros no contravino el ordenamiento, menos en la forma descrita por el censor.

iii) En el proceso no se demostró que el FOMAG contara con los estados financieros de Red Salud S.A. y Medcom Ltda., por cuenta de contrataciones anteriores celebradas con dichas empresas. Sin embargo, aún si tal circunstancia estuviera probada, ello no devendría en la ilegalidad de la decisión de tener por no elegible a la unión temporal hoy demandante en el proceso de selección *sub judice*. De ninguna manera le era imponible a la Administración atenerse a la información financiera allegada en contrataciones previas a la Invitación Pública N° 143 de 2005, pues ello resultaría atentatorio de principios como la igualdad, la libre concurrencia

²⁶ Igualmente, por lo señalado en el artículo 39 de la Ley 222 de 1995, en el sentido de que “*Salvo prueba en contrario, los estados financieros certificados y los dictámenes correspondientes se presumen auténticos*”.



y la selección objetiva. Adicionalmente, se reitera, la exigencia del dictamen a los estados financieros era clara, obligatoria y válida, por lo cual la oferente Red Salud debía sujetarse a ella en las mismas condiciones de los demás participantes, bajo el único instrumento aplicable para todos, esto es, los términos de referencia de la Invitación Pública N° 143 de 2005, proceso éste que, además, se adelantó como producto de los cambios que el propio Consejo Directivo del FOMAG introdujo en la selección de prestadores, mediante el Acuerdo N° 4 del 22 de julio de 2004, en el que se establecieron nuevas necesidades del servicio, y, por tanto, requerimientos adicionales, especiales y/o distintos, para los proponentes que en adelante se postularan para prestar atención médico-asistencial a docentes y demás afiliados.

Así lo declaró, además, el testigo Manuel Domingo Pérez Ruan, en su calidad de vicepresidente de Fiduprevisora en la época de los hechos, quien manifestó en la audiencia testimonial que, por sugerencia del Ministerio de Educación, el Consejo Directivo determinó *“un cambio en el modelo”* de prestación de los servicios de salud, para mejorar todo el esquema. Agregó que, por ejemplo, hasta ese momento los contratos eran departamentales, con un solo prestador en cada departamento, razón por la cual se dispuso implementar la prestación por regiones geográficas agrupadas con base en múltiples criterios, incluso de índole cultural; y asimismo, se abrió la posibilidad de que en las regiones pudieran operar varios prestadores simultáneamente, a fin de garantizar a los docentes y demás afiliados, la libre escogencia (fl. 739, c.1). Resulta claro, por consiguiente, que los cambios introducidos en 2004 para la contratación y prestación de los servicios de salud a los docentes ameritaban la fijación de nuevos requisitos, para garantizar que la oferta escogida fuera la más favorable, tanto para la Administración como para los destinatarios del servicio.

Ahora, la Sala reitera que el requisito de los estados financieros dictaminados no era subsanable, de suerte que su incumplimiento no podía ser suplido con una prueba pericial rendida en sede de juicio -e invocada en la apelación-, al margen de que en esa experticia se afirme que la información financiera presentada por Red Salud ante Fiduprevisora-FOMAG era confiable y satisfacía lo requerido en ese componente. La Administración advirtió oportunamente que, además de la certitud de dichos estados financieros, era necesario el dictamen de los mismos para verificar con mayor exhaustividad y confiabilidad los indicadores objeto de evaluación, por lo cual, la forma de obtener calificación favorable en el componente financiero era satisfaciendo desde la presentación de la oferta los requisitos exigidos, incluyendo el dictamen a los estados financieros de propósito general.



iv) Bajo la línea de lo hasta aquí analizado, tampoco es posible acoger el argumento de censura relativo a que las reglas de la invitación pública fueron ambiguas y podían inducir a error a los proponentes, pues no se aprecia esa circunstancia al revisar el contenido de los términos de referencia. Ciertamente es que en dicho documento se enunciaron los factores que serían calificados en el componente financiero, pero ello no implicaba que fuera del arbitrio del interesado acreditarlos con los documentos que él mismo considerara suficientes, pues a la par con la referencia a los ítems para evaluar, también se indicaron claramente los elementos de soporte que la entidad necesitaba para esa evaluación, sin que tal exigencia adoleciera de la ambigüedad aducida por la apelante.

v) Asimismo, dado que los términos de referencia revestían claridad en cuanto a los requisitos del proceso y las causales de rechazo, y en particular, frente a la obligatoriedad de presentar los estados financieros debidamente dictaminados (cuestión aplicable tanto a las sociedades sujetas a revisoría fiscal como para las demás personas naturales y jurídicas participantes), se desestima el planteamiento de la parte actora según el cual, el documento admitía dos interpretaciones, una orientada al rechazo de la oferta y otra a su aceptación.

Vale la pena recalcar que, en los procesos de selección de contratistas, el ordenamiento no establece como criterio de escogencia la favorabilidad al proponente sino la selección objetiva, respecto de la cual, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente en la época en que se adelantó la invitación pública, establecía, precisamente, que “[e]s objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, **sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva**”.

vi) Al recalcar que la sociedad Medcom Ltda. no estaba legalmente obligada a dictaminar sus estados financieros por no estar sujeta a revisoría fiscal conforme a la ley, la apelante interpreta en forma equivocada los términos de referencia del proceso de selección. En ellos, así como en el documento de Aclaraciones N° 3, se indicó que todos los proponentes debían cumplir con el requisito comentado, y aun en los casos de consorcios y uniones temporales, cada uno de los respectivos integrantes debía presentar, en su totalidad, la documentación indicada, a lo cual también estaban sujetas las personas naturales. En esa medida, no es cierto que la Administración no hubiera exigido que los proponentes no obligados a contar con revisor fiscal debieran presentar dictamen elaborado por contador público, pues ello se desprendía del instrumento mismo de la invitación pública y de las precisiones



hechas en la Aclaración N° 3, así como del tenor literal del artículo 38 de la Ley 222 de 1995.

Si bien la actora insistió en que el FOMAG le había aceptado a Medcom Ltda. los estados financieros en anteriores oportunidades, debe reiterar la Sala que la Invitación Pública N° 143 estableció nuevas condiciones que resultaban vinculantes para todos los oferentes, sin distinciones por apreciaciones subjetivas, pero sí orientado todo ello al principio de selección objetiva, conducente a la escogencia de la oferta más favorable a la entidad.

En punto a ello es del caso resaltar, igualmente, que si bien es cierto lo aducido por el censor, en cuanto a que los términos de referencia también exigieron el documento de posesión del revisor fiscal, de tal regla no se desprendía que sólo las sociedades obligadas a contar con esa especialidad estaban sujetas a la exigencia de allegar el dictamen de los estados financieros, sino que, elaborándose tal concepto por un revisor fiscal, debía aportarse adicionalmente dicha acreditación de su calidad.

Así las cosas, hay lugar a concluir que no se infringió el ordenamiento ni los derechos de la demandante con la decisión adoptada por la Administración, de tener por no elegible a la unión temporal Red Salud en la evaluación que daba cierre a la Fase Uno de la Invitación Pública N° 143 de 2005, por no cumplir con el componente financiero, pues a la luz de la ley y de las reglas del proceso de selección, el yerro en que incurrió la proponente era insubsanable y desatendía un requisito necesario para la comparación de las ofertas, con miras a garantizar la escogencia de la más favorable a la entidad. Por consiguiente, la Sala confirmará ese punto de la providencia apelada.

2.4.2. La red ofertada, requerida en la Invitación Pública 143 de 2005

El Tribunal de primera instancia señaló que, en lo relativo a los requisitos para acreditar la red de servicios ofertada, debía recordarse que el soporte de la red pública no consistía en el aporte de contratos ya suscritos, sino que, de conformidad con los términos de referencia, aclarados el 2 de marzo de 2005, bastaba con la manifestación escrita y firmada por el representante legal de la entidad, garantizando que tales contratos con la red pública se celebrarían durante la etapa de inscripción de los afiliados a los prestadores seleccionados como elegibles.

Frente a esta conclusión, la apelante adujo que si bien se *“modificó”* el requisito relativo al aporte de los contratos en el momento de presentación de la oferta,



permaneció incólume la exigencia de allegar el certificado de habilitación de las IPS, y que en todo caso, la unión temporal Red Salud fue la única proponente que cumplió a cabalidad con la acreditación de toda la red ofrecida, por cuanto ni FERSALUD, Mejor Salud ni el Hospital Universitario Clínica San Rafael, oferentes calificadas de manera favorable en la Fase Uno²⁷, completaron el 80% de la red exigida para clasificar a la Fase Dos.

Ciertamente, quedó demostrada la regla establecida en los términos de referencia, de que la evaluación de los proponentes en la Fase Uno involucraba el componente técnico de la red mínima requerida para cada Región, y que para recibir calificación favorable, cada oferente debía tener acreditada, con los soportes documentales exigidos, el 80% de dicha red, incluyendo su capacidad instalada para cada actividad de la salud. De igual manera se demostró que, tanto en los mencionados términos de referencia como en sus documentos de aclaración, se puso de presente que si la oferta incluía servicios de la red pública, para ésta no era necesario allegar contratos previamente celebrados, dado que era suficiente con la garantía expresada por el representante legal de la proponente, de que se suscribirían los respectivos negocios jurídicos en el momento de inscripción de los afiliados a ese prestador ya elegido; aunque a la par con ello, se mantuvo la exigencia de allegar el certificado de habilitación de cada IPS, como se desprendió .

Sin embargo, la prueba de tales hechos resulta insuficiente para acoger los argumentos del apelante, respecto del requisito de la red mínima exigida en el proceso de selección, pues lo que alega centralmente es que sólo la oferta de Red Salud cumplía satisfactoriamente con el soporte exigido y el porcentaje mínimo del 80% que se requería para ser calificado como elegible en la Fase Uno, lo que según su dicho, no fue logrado por los demás participantes, pero no aportó al proceso las ofertas que cuestiona (FERSALUD, Mejor Salud y Hospital Universitario Clínica San Rafael), sino sólo los términos de referencia ya descritos, sus aclaraciones, el informe preliminar y el informe final, contentivo de la respuesta del evaluador a las observaciones que Red Salud formuló durante el proceso.

Aunque en esas observaciones, la unión temporal hoy demandante indicó que, según su propia evaluación, ninguna de las proponentes en contienda cumplía siquiera con el soporte del 50% de la red exigida, no obra en esta causa la prueba de esa conclusión, pues no hay un elemento con el cual pueda contrastarse la puntuación asignada a los oferentes en cada ítem del componente técnico de la red mínima, ya que, se insiste, no figuran en el expediente las ofertas que fueron

²⁷ El Hospital Universitario Clínica San Rafael superó la Fase Uno, pero no logró ser adjudicatario de contrato alguno por no haber satisfecho los requisitos de la Fase Dos.



favorecidas, ni los documentos allegados por FERSALUD y Mejor Salud para cumplir los requisitos de la invitación pública.

Así las cosas, es palmario que la parte apelante tampoco demostró en esta instancia, que la oferta de la unión temporal Red Salud era la única que podía ser tenida como “*legítima ganadora*” en el proceso de selección adelantado por Fiduprevisora-FOMAG, por lo cual deberá desestimarse íntegramente la alzada, y confirmarse la sentencia impugnada, en cuanto denegó el petitum de la demanda.

También concluye la Sala, por razón de todo lo anterior, que en la presente causa no se demostró la ilegalidad de los actos acusados, mucho menos la invalidez de ningún contrato suscrito con ocasión de la Invitación Pública N° 143 de 2005.

3. Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*–, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de mayo de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y



Radicación 250002326000-200502117-02 (59917)
Demandante: Red Salud S.A. y otros
Demandado: FOMAG, Fidupervisora y otros
Referencia: Acción de controversias contractuales

autenticidad del presente documento en el link
<http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Aclaración de voto

VF