

SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS **SERVICIOS DE SALUD DEL MAGISTERIO POR NULIDAD PARCIAL DE LOS MISMOS**

Conozca el fundamento para solicitar al Consejo Directivo del FOMAG que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, declare de manera directa la NULIDAD PARCIAL de la obligación financiera referida a la constitución de la reserva técnica, en razón a que se traduce en un traslado o transferencia ilegal del riesgo en salud, efectuada por la Fiduprevisora¹ en contra de las IPS contratistas a las cuales no les corresponde, por razones legales, cumplir tal exigencia exorbitante

Fundación Transparencia

CONSULTORSALUD 2018



consultorsalud

Aportando a la salud Latinoamericana

Bogotá, D.C., Febrero 19 de 2018

Señores

CONSEJO DIRECTIVO

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG

Doctora

SANDRA GÓMEZ ARIAS

Presidenta

Fiduciaria La Previsora – Administradora y vocera del FOMAG

Doctor

CARLOS ENRIQUE RIVAS SEGURA

Presidente

Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación – FECODE

Doctor

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ

Procurador General de la Nación

Doctor

LUIS FERNANDO CRUZ ARAÚJO

Superintendente Nacional de Salud

Doctor

JORGE CASTAÑO GUTIÉRREZ

Superintendente Financiero de Colombia

Doctor

JORGE HUMBERTO BOTERO ANGULO

Presidente Ejecutivo

Federación de Aseguradores Colombianos – FASECOLDA

Doctor

SANTIAGO CASTRO GÓMEZ

Presidente

Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia – ASOBANCARIA

Referencia: Solicitud de modificación de los contratos para la prestación de los servicios de salud por nulidad parcial de los mismos

Respetados Señores:

La **FUNDACIÓN TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y PROBIIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA (con Número de Inscripción S0036712 del 9 de abril de 2010)**, con el propósito de impulsar programas, planes, proyectos, iniciativas y acciones para el mejoramiento de la gestión de la administración pública, por medio de este documento se pone en conocimiento del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –en adelante ‘el FOMAG’– y de las demás instancias competentes, incluidas las de supervisión y control, que en el contrato suscrito entre la Fiduciaria La Previsora –en adelante ‘la Fiduprevisora’– y las IPS contratistas de las 10 regiones adjudicadas el 26 de octubre de 2017 para atender la salud del magisterio colombiano, al hacer mención a las obligaciones financieras que deben cumplir las IPS contratistas, se trasladó de manera ilegal un riesgo que debe radicar en cabeza de la Fiduprevisora.

Ciertamente, en los contratos de salud suscritos, en la Cláusula Quinta, Obligaciones Específicas, acápite de Obligaciones Financieras, Numeral 1, se exige a las IPS contratistas lo siguiente:

- “1. *Mantener durante todo el periodo de ejecución del contrato una reserva técnica equivalente a la sumatoria de una (1) UPCM mensuales por todos sus afiliados de conformidad con el valor estimado del contrato.*”

El proceso de Invitación Pública 002 de 2017, que dio origen a los 10 contratos de salud adjudicados el 26 de octubre de 2017, desde lo precontractual hasta la liquidación definitiva de los mismos, se rigen por los principios constitucionales y legales de la contratación pública y por las demás normas aplicables que regulan la materia, así como por las reglas establecidas en el Pliego de Condiciones para la selección de los contratistas, expedido por la propia Fiduprevisora.

Todo lo anterior sirve de fundamento para solicitar al Consejo Directivo del FOMAG que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, declare de manera directa la **NULIDAD PARCIAL** de la obligación financiera referida a la constitución de la reserva técnica, en razón a que se traduce en un traslado o transferencia ilegal del riesgo en salud, efectuada por la Fiduprevisora¹ en contra de las IPS contratistas a las cuales no les corresponde, por razones legales, cumplir tal exigencia exorbitante.

El traslado ilegal del riesgo en salud por parte de la Fiduprevisora (vocera del FOMAG) se efectuó a través del Pliego de Condiciones para la selección de los contratistas, lo cual conlleva a la modificación de los contratos de salud en lo atinente a la constitución de reservas técnicas, a fin de enervar la **NULIDAD PARCIAL** de los mismos, por las razones que seguidamente se explican:

I. TRASLADO ILEGAL DEL RIESGO EN SALUD – VIOLACIÓN AL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Las violaciones al orden constitucional y legal se aprecian cuando **el CONSEJO DIRECTIVO del FOMAG, administrador por la Fiduprevisora, de forma exorbitante y arbitraria, abusando del poder, extralimitándose en sus funciones y obrando fuera de la legalidad, impuso a las IPS contratistas una obligación económica contraria a derecho**, como lo es la conformación de la

¹ Entidad contratante de servicios de salud que, por mandato expreso de la Ley 91 de 1989 resulta una figura atípica de EPS o aseguradora de salud.

citada reserva técnica, lo que implica un traslado de un riesgo en salud que incumbe de manera exclusiva a Entidades Promotoras de Salud (EPS) o Aseguradoras –cuyo objeto social y propósito es sustancialmente distinto del objeto y fin de las IPS– y que, por lo tanto, conduce a la **NULIDAD PARCIAL** del Numeral 1 del acápite de Obligaciones Financieras contenido en las Obligaciones Específicas de la Cláusula Quinta de los contratos de salud, por las siguientes razones:

- 1.1. La nulidad absoluta palmaria de la obligación financiera citada, establecida *in genere*, que conlleva la **NULIDAD PARCIAL** de los contratos de salud, responde a la imposición de una exigencia financiera a cargo de las IPS contratistas, por medio de la cual debe constituir reservas técnicas (pasivos) equivalentes a una UPCM de un mes, sin que las IPS sean empresas aseguradoras ni EPS, que son las únicas que legalmente están obligadas y tiene tal responsabilidad por la naturaleza de su objeto. La legislación colombiana impone el deber de crear ese pasivo (reserva técnica) a las EPS y a las aseguradoras, acorde con las reglamentaciones establecidas por los entes de supervisión y control, como son la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia Nacional de Salud.
- 1.2. Antes de iniciar la ejecución del contrato, o durante el comienzo del mismo, el grupo de IPS contratistas, sin ser aseguradores ni EPS, deberán contar con una cantidad de dinero equivalente a una cápita mensual a la vista de la Fiduprevisora, durante los 4 años de duración de los contratos de salud, asumiendo las IPS el costo financiero de dicha transacción, afrontando la pérdida de oportunidad financiera y dejando de recibir el porcentaje de intereses o rendimientos de tan extraordinaria cifra monetaria, que irán a manos de la Fiduprevisora, operando una apropiación indebida –despojo económico– por parte de la entidad contratante, en desmedro de los recursos y los derechos económicos y patrimoniales legítimos de las IPS como prestadores de los servicios de salud.
- 1.3. Así las cosas, los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad privada, a la libertad de empresa, al debido proceso, a la buena fe, a la confianza legítima y a la libre iniciativa privada quedan sometidos a un despojo económico, grosero y abusivo, por parte de una entidad fiduciaria que, actuando como administradora de los recursos del FOMAG, debe asumir el riesgo en salud.
- 1.4. De entrada, tal situación configura un claro abuso de poder, de naturaleza totalmente ilícita, es decir, un Hecho del Príncipe que, además de atropellar los precitados derechos fundamentales de las IPS como personas jurídicas, implica una violación al sistema general integral de gestión del riesgo en salud, ya que representa una auténtica situación de sobre-exposición al riesgo operativo, financiero, administrativo y legal, contrariando las políticas del SARLAFT que, en doble sentido, le impone la Superintendencia Financiera (por ser entidad fiduciaria sujeta a vigilancia y control de ese organismo) y por estar sometida a la Superintendencia Nacional de Salud, en tanto la Fiduprevisora es responsable de la administración y ejecución del plan de beneficios de salud de los maestros (aseguramiento en salud y por ser una atípica EPS *ex lege*), razón por la cual debe velar por la eficiente prestación de ese servicio público de la salud que es, al tiempo, un derecho fundamental de los maestros de Colombia.
- 1.5. Igualmente, se aprecia que, de la actuación ilícita y abusiva del poder por parte de la Fiduprevisora, se configura toda una amenaza sobre el cumplimiento del contrato de salud a



cargo de IPS contratistas, que incide directamente en la prestación del servicio por la imposibilidad de que un flujo de caja precario conlleve a restricciones y pérdida de oportunidad, obstruyendo la calidad y accesibilidad tangibles de la prestación del servicio de salud, generando, de entrada, una alarmante situación de descapitalización de las IPS prestadoras, configurando una posibilidad de amenaza de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, que, a todas luces, por ilegal, debe ser evitada por el FOMAG, precaviendo, además, daños patrimoniales que pueden ser igualmente evitados.

- 1.6. De otra parte, la constitución de esas reservas técnicas, abiertamente ilegales, impuestas bajo abuso de poder por la Fiduprevisora, no están especificadas como exigencia contractual dentro del acápite de garantías del Pliego de Condiciones, no debiendo ser creado dicho pasivo, por las IPS en calidad de adjudicatarias, ya que la entidad fiduciaria contratante y el FOMAG omitieron establecer esa exigencia en el mentado segmento de **Garantías, entendiendo por tales únicamente las pólizas** de seriedad de la oferta, cumplimiento, responsabilidad civil, pasivos laborales, responsabilidad civil extracontractual y de responsabilidad médica, que deberán ser expedidas por empresas aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 1.7. La reserva técnica solo aparece mencionada, de forma vaga y tangencial, dentro de las obligaciones financieras² que se le indican al adjudicatario del contrato, sin precisar detalles específicos acerca de su creación, del destino o restitución de los recursos al final del contrato, del régimen de inversiones obligatorio al que serán sometidos los recursos conforme a la ley y la destinación final de los rendimientos financieros que le son escamoteados o arrebatados a las IPS que vayan a conformar tales pasivos o reservas técnicas, siendo que la indeterminación y la opacidad, por falta de planeación y transparencia, dejan campo abierto a que, por este abuso de poder y obrar ilícito de la Fiduprevisora, la arbitrariedad sean el signo que identifica este irregular quehacer administrativo en la gestión de los recursos del FOMAG.
- 1.8. El abuso de poder se refleja en que tampoco se deja claramente establecido cómo serían compensadas las IPS en tanto contratistas, por los costos administrativos y financieros de la conformación de la reserva técnica, ni sobre la pérdida de oportunidad del dinero en el tiempo que el mismo permanecerá a disposición de la Fiduprevisora, **lo cual apareja un nítido actuar ilícito y abuso de poder, mediante la imposición de esta cláusula exorbitante**, ajenas a una entidad que para el contrato de salud se rige por el derecho público, contraviniendo la legalidad i) al trasladar ilegalmente el riesgo en cabeza de la Fiduprevisora hacia las IPS oferentes (posibles adjudicatarias) y ii) producir la irregular conformación de tales pasivos, sin asidero legal, puesto que las reservas técnicas le aplican únicamente a las EPS o las aseguradoras, no siendo ese el objeto de las IPS oferentes del presente proceso.
- 1.9. **Las reservas técnicas que deben constituir las EPS**, se conforman como lo establecen las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, acorde con lo dispuesto en el Decreto Ley 4185 de 2011. Dado que las EPS administran los riesgos en salud, deben contar con la

² Establece el Pliego de Condiciones: “**OBLIGACIONES FINANCIERAS: 1. Mantener durante todo el periodo de ejecución del contrato una reserva técnica equivalente a la sumatoria de una (1) UPCM mensuales por todos sus afiliados de conformidad con el valor estimado del contrato**”. Véase la página 59. En el mismo sentido han sido suscritos los contratos entre las IPS adjudicatarias y la Fiduprevisora.



solvencia y condiciones financieras para tener la capacidad de manejar dichos riesgos. Por esta razón, las EPS deben cumplir normas prudenciales en materia financiera similares a las de las compañías de seguros; bajo esta premisa, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2702 del 23 de diciembre de 2014.

- 1.10. Constituye, tal proceder de la Fiduprevisora, un abuso de poder, debido a que la exigencia de la conformación de la reserva técnica es una cláusula exorbitante, que mal puede aplicarse a los contratos de salud, ya que tales potestades son ejercidas, en forma exclusiva por las autoridades constitucional y legalmente competentes, deviniendo, por ello, en ejercicio ilegal de la figura de la fiducia mercantil y del propio vehículo fiduciario (patrimonio autónomo) para defraudar la ley.
- 1.11. Es antitécnico imponer un sobreseguro al margen de la ley, ya que las reservas técnicas son conformadas por las EPS para garantizar el pago de los servicios o procedimientos de salud por ellas mismas autorizados a favor de las IPS prestadoras, al tiempo que sirven para tener certeza del indicador de solvencia y de patrimonio para honrar servicios o procedimientos de salud ya efectuados a su favor por las IPS y demás prestadores.

Estamos en el mundo al revés: es un absurdo que un grupo de IPS tengan que constituir una reserva técnica para afianzar a la EPS atípica que es el FOMAG, en tanto asegurador de salud por mandato legal cuando, en derecho, es el propio FOMAG el que debe avalar el pago de los servicios que para su población efectúen las IPS contratistas, puesto que está absolutamente prohibido el traslado del riesgo del FOMAG a manos de las IPS contratistas.

Las reservas técnicas operan como un pasivo de las EPS (y de modo similar a las Aseguradoras) sirven para proteger a las IPS prestadoras de salud (y a los agentes del mercado asegurador y de reaseguros en el caso de las Aseguradoras). De acuerdo con el ABC del Ministerio de Salud, las reservas técnicas consisten en:

- Un pasivo por las obligaciones conocidas, por las no conocidas y por las incapacidades por enfermedad general. Esto se hará según la metodología establecida por la Supersalud en la Resolución 4175 de 2014. Esto es, en el momento de efectuar una autorización de un servicio, se debe constituir una reserva en el pasivo que tiene que estar amparada por un activo líquido, esto independientemente de que el servicio haya sido facturado por el Prestador de Servicios de Salud. Así mismo deben realizar estimaciones por las contingencias no conocidas (por ejemplo las urgencias).
- Tienen como propósito fundamental garantizar el adecuado uso de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y **proteger a los prestadores de servicios de salud** para que exista un respaldo financiero de alta disponibilidad en la EPS que cubra el pago de la posible obligación derivada de la atención del Plan Obligatorio de Salud de sus afiliados. Esto, independientemente de la radicación de la cuenta o de si esta es glosada o no.



- Las EPS deben constituir inversiones por las reservas técnicas en activos que cumplan características de seguridad y liquidez. El objeto de las EPS es garantizar el Plan Obligatorio de Salud que se financia con la Unidad de Pago por Capitación (UPC), de tal manera que mientras los servicios son facturados, deben mantenerse recursos en activos de alta liquidez y seguridad. Esto implica que en el momento en que se genere la obligación de pago al prestador de servicios de salud por parte de la EPS se tendrá el recurso que respalda la obligación financiera. Esto con el propósito de contar con la información financiera que permita realizar una adecuada evaluación del riesgo financiero y que se aclaren los valores de los defectos en patrimonio que deberán ser cubiertos por cada Entidad Promotora de Salud³.

1.12. Resulta absurdo, cuando menos, que las IPS adjudicatarias del contrato de salud del magisterio tengan que crear unas reservas técnicas para garantizar el pago de servicios de salud que ellas mismas deben prestar y le deben facturar a la Fiduprevisora. Este pasivo debe conformarlo exclusivamente la Fiduprevisora, que funge como una EPS atípica –por expresa orden legal– para honrar los pagos y las obligaciones derivados de la facturación de servicios que le efectúen las IPS adjudicatarias y no a la inversa.

1.13. EL Pliego de Condiciones para la selección de los contratistas expresamente refiere al capítulo de GARANTIAS y son las allí indicadas las que deben constituir las IPS contratistas, una vez adjudicados los contratos de salud. Sólo las pólizas de seguros deberán ser tenidas como coberturas o amparos de los riesgos del contrato. En tanto en dicho acápite NO se menciona, dentro de las mismas, la creación de las reservas técnicas, debe concluirse que por decisión indubitable de la Fiduprevisora, éstas NO forman parte del catálogo de garantías requeridas o de las exigencias directas para amparar los riesgos del contrato, suficientemente cubiertos con el conjunto de pólizas de seguros enunciados en las páginas 64 y 65, los cuales son:

“5.4. GARANTÍAS

El CONTRATISTA garantizará el cumplimiento de las obligaciones que adquiere con el contrato, mediante la constitución de póliza(s) con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, con matriz aprobada por la Superintendencia Financiera, y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes la fecha de perfeccionamiento del contrato, de una garantía única, que ampare los riesgos que a continuación se mencionan:

5.4.1. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO

El CONTRATISTA deberá constituir y entregar la garantía única por un valor equivalente al 10% del valor total del contrato de acuerdo con la región, vigente por el término de ejecución del contrato y seis (6) meses más.

5.4.2. PÓLIZA DE CALIDAD DEL SERVICIO

³ Véase: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/abc-habilitacion-financiera.pdf>



El CONTRATISTA deberá constituir y entregar la garantía única por un valor equivalente al 2.5% del valor total del contrato de acuerdo con la región, vigente por el término de ejecución del contrato

5.4.3. PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

El CONTRATISTA deberá constituir esta póliza con el amparo a terceros derivada de la ejecución directa del contrato o a través de sus subcontratistas, equivalente al 5% del valor del contrato y el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) SMMLV y la vigencia de esta garantía deberá ser igual al plazo de ejecución del contrato.

5.4.4. PÓLIZA DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES

El CONTRATISTA deberá constituir dicha póliza por el 5% del valor total del contrato, vigente por el término de ejecución del contrato y tres (3) años más.

5.4.5. PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

El CONTRATISTA deberá exigir la póliza de responsabilidad civil medica primaria a las IPS que conforman su red, y se debe constituir la póliza de responsabilidad civil medica secundaria que opere en exceso de la primera, cuyo valor asegurado sea un monto fijo no menor a los \$4.000.000.000, por el año, la cual deberá ser renovada anualmente.

CONDICIONES GENERALES PARA TODAS LAS PÓLIZAS. *Las vigencias de todos los amparos deberán ajustarse a las fechas de suscripción del contrato, y de la terminación del plazo de ejecución del mismo, según sea el caso. El hecho de la constitución de estos amparos no exonera al CONTRATISTA de las responsabilidades legales en relación con los riesgos asegurados. Dentro de los términos estipulados en el contrato, ninguno de los amparos otorgados podrá ser cancelado o modificado sin la autorización expresa de la Sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM.*

El CONTRATISTA deberá mantener vigente las garantías, amparos y pólizas a que se refiere esta cláusula y serán de su cargo el pago de todas las primas y demás erogaciones de constitución, mantenimiento y restablecimiento inmediato de su monto, cada vez que se disminuya o agote por razón de las sanciones que se impongan.

Si el CONTRATISTA no modifica las garantías, éstas podrán variarse por la aseguradora o banco a petición de la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM y a cuenta del CONTRATISTA quien por la firma del contrato que se le adjudique autoriza expresamente a la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM para retener y descontar los valores respectivos de los saldos que hubiere a su favor, sin que por ello se entienda que la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM asume la responsabilidad de la ampliación de los amparos y pago de las primas, los cuales son responsabilidad del contratista.

En la garantía debe quedar expresamente consignado que se ampara el cumplimiento del contrato. Así mismo deberá constar que la aseguradora renuncia al beneficio de excusión.



Estos mecanismos de cobertura son requeridos por la FIDUPREVISORA S.A, actuando como administradora de los recursos de la Cuenta Especial FNPSM teniendo en cuenta que el objeto de las mismas, sirven para respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surgen a cargo del contratista frente a la administración y/o terceros, por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

5.4.6. RESTABLECIMIENTO O AMPLIACIÓN DE LA GARANTÍA

Cuando el contratista incumpla su obligación de obtenerla, ampliarla o adicionarla deberá restablecerla a más tardar dentro de los cinco días siguientes al requerimiento efectuado por el Ordenador del Gasto o Competente Contractual.

El contratista deberá mantener indemne a la sociedad FIDUPREVISORA S.A., administradora de los recursos y vocera de la cuenta especial de la Nación FNPSM, de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones propias de éste, y que se originen como consecuencia de la celebración, ejecución y liquidación del contrato.”⁴

- 1.14. Asimismo, las garantías del contrato, mediante un grueso elenco de pólizas de seguros, son más que suficientes para cubrir los riesgos del cumplimiento del servicio de salud, resultando que la creación del pasivo (reservas técnicas) es una sobre-garantía impuesta, con pleno desconocimiento de la ley, a las IPS contraviniendo la ley especial y la norma reglamentaria sobre la materia y la jurisprudencia vinculante, ya establecida por la Corte Constitucional.
- 1.15. La Corte Constitucional, en Sentencia C-197 de 2012, mediante la cual declaró exequible el artículo 52.1 de la Ley 1438 de 2011 consideró acorde con la normatividad constitucional la prohibición de trasladar el riesgo en salud de las EPS a las IPS, mediante la celebración de contratos de cápita, como es el presente caso. **Las EPS (FOMAG a través de Fiduprevisora funge atípicamente como tal por imperio de la Ley 91 de 1989) no pueden trasladar el riesgo en salud a las IPS, no pudiendo estas últimas empresas entrar a constituir reservas técnicas (porque no son aseguradoras) destinando para ello una cantidad de dinero que bien pudiera servir como capital de trabajo y de flujo de caja para atender cumplidamente los servicios de salud del magisterio.**

En dicha Sentencia, la Corte Constitucional explicó cómo ha operado la contratación por capitación en Colombia e indica que cuando esta modalidad contractual fue adoptada en Colombia, no se precisó para qué tipo de enfermedades se aplicaría, **lo que condujo a una transferencia total del riesgo de las EPS a las IPS.**

También señaló que un problema frecuente en estos acuerdos de voluntades es que las EPS contratan un nivel de atención con las IPS sin tener en cuenta los servicios de salud específicos que las IPS tienen habilitados en el respectivo nivel de complejidad. Explicó que ello conlleva a que las IPS terminen subcontratando los servicios que no tienen, lo que genera una intermediación que es prohibida por la normativa.

⁴Véase: http://www.fiduprevisora.com.co/documents/2017/Invitacion_publica_002_2017/anexos_formularios_13-03-17/DOCUMENTO%20DE%20SELECCION%20DEFINITIVO.pdf



- 1.16. De acuerdo con lo anterior, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 52, establece las siguientes reglas aplicables a la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

“52.1 **Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad**, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación.

52.2 La capitación no libera a las Entidades Promotoras de Salud de su responsabilidad por el servicio **ni de la gestión del riesgo**.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

- 1.17. Así mismo, la Sentencia C-197 de 2012 de la Corte Constitucional ratifica lo establecido en el Decreto 4747 de 2007, artículo 7, Parágrafo 2° **QUE EN LOS CONTRATOS DE CÁPITA PROHÍBE EL TRASLADO DEL RIESGO EN SALUD DE LA EPS A LA IPS**. Dispone la norma en comentario:

“ARTÍCULO 7°. CONDICIONES MÍNIMAS QUE SE DEBEN INCLUIR EN LOS ACUERDOS DE VOLUNTADES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE EL MECANISMO DE PAGO POR CAPITACIÓN. Los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios que celebren las entidades responsables del pago de servicios de salud con prestadores de servicios de salud establecidos en su red para la atención de la población a su cargo, mediante el mecanismo de pago por capitación, deberán contemplar, además de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 6° del presente decreto, las siguientes:

(...)

PARÁGRAFO 2°. Este mecanismo de pago no genera en ningún caso la transferencia de las obligaciones propias del aseguramiento a cargo exclusivo de las entidades responsables de cubrir el riesgo en salud.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

- 1.18. Retomando la Sentencia C-197 de 2012 de la Corte Constitucional, se establece lo siguiente:

“A su turno, el parágrafo 2 del mismo artículo 7 precisó que el mecanismo de pago por capitación ‘(...) no genera en ningún caso la transferencia de las obligaciones propias del aseguramiento a cargo exclusivo de las entidades responsables de cubrir el riesgo en salud’, en otras palabras, que en virtud de estos acuerdos de voluntades, las EPS no pueden trasladar las obligaciones propias del aseguramiento a las IPS.”

Y continúa señalando la Corte:



“En el trámite del proyecto se reiteró la preocupación por impedir que a través del contrato de pago por capitación, las EPS transfieran la responsabilidad de aseguramiento a las IPS y se generen obstáculos para el acceso efectivo a los servicios. En este sentido, en la ponencia para primer debate conjunto, los ponentes aseguraron:

‘Dentro de la política de prestación de servicios de salud que adelanta el Gobierno Nacional se considera importante generar reglas que le permitan mejorar las condiciones de accesibilidad, calidad, oportunidad en la prestación de los servicios, con eficiencia en el uso de los recursos y sostenibilidad de las instituciones y satisfacción del usuario.

*Para tal fin, se proponen un conjunto de artículos que regulan las condiciones aplicables a los contratos por capitación, **de manera que este mecanismo de pago no implique la transferencia del riesgo a los prestadores, ni genere barreras de acceso a los usuarios.** Por lo anterior, se restringe la aplicación de este mecanismo solamente a la prestación de servicios de baja complejidad, quedando por fuera de manera implícita los servicios de mediana y alta complejidad, ya que estos **son menos predecibles en su frecuencia y costo lo cual conlleva mayor posibilidad de transferencia del riesgo hacia los prestadores y el desborde de los costos asociados.** La propuesta limita la capitación en actividades de prevención y promoción, las intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de las enfermedades de interés en salud pública que deben hacerse bajo un esquema de inducción de la demanda, con el fin de incentivar este tipo de acciones como elementos centrales de la estrategia de atención primaria en salud.*

El proyecto busca hacer más expedito el flujo de los recursos. Ante las dificultades observadas en el pago de los servicios por parte de las EPS a las IPS. Pese a la normatividad que regula esta relación, los problemas persisten (...).

Como se puede aceptar, los ponentes que suscribieron el informe para primer debate propusieron limitar el contrato a solamente los servicios de baja complejidad. Con esta modificación, el texto fue aprobado en sesión del 25 de noviembre de 2010, en primer debate conjunto. El texto fue presentado a segundo debate sin nuevas propuestas y aprobado en segundo debate sin novedad.”

Igualmente, sobre la prohibición de traslado de riesgo de la EPS a la IPS, la Corte Constitucional indica en la misma Sentencia citada:

“2.6.3.1. *El antiguo Ministerio de la Protección Social aseveró que las limitaciones descritas en el acápite anterior han buscado que las EPS no trasladen a las IPS sus responsabilidades en materia de gestión del riesgo y que la subcontratación se convirtiera en un nuevo eslabón del aseguramiento o en un mecanismo de intermediación que conduzca (i) a la reducción de los recursos que deben ir a la prestación del POS y (ii) al traslado de los costos de administración del sistema a las IPS. Al respecto, el Ministerio expresó lo siguiente en respuesta a las preguntas formuladas por esta Corporación:*

‘(...) Es indudable que el Sistema concebido en la Ley 100 de 1993 parte de la base de una diferenciación clara entre IPS y EPS que en ningún momento pueden llegar a confundirse o mutar, en dado caso, en otro operador en virtud de la contratación. No



se pierde de vista que, para el caso de las EPS, se requiere una autorización de funcionamiento, en la cual se deben cumplir una serie de requerimientos. Por lo anterior, es preciso entender el sentido de la subcontratación excepcional de servicios por parte de la IPS, dirigido a las situaciones fortuitas en las cuales las instituciones prestadoras de servicios de salud no pueden asumir temporalmente obligaciones adquiridas respecto a servicios habilitados y no al cobro de administración de los subcontratos, porque estaríamos frente a una irregularidad’.

La entidad también aseguró que para evitar las consecuencias negativas que ha traído la transferencia del aseguramiento de la EPS a la IPS, en especial respecto de servicios de mediana y alta complejidad, se introdujo el artículo 53 de la ley 1438, el cual dispone:

‘ARTÍCULO 53. PROHIBICIÓN DE LIMITACIONES AL ACCESO. Están prohibidos aquellos mecanismos de pago, de contratación de servicios, acuerdos o políticas internas que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad, calidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios.’

Así mismo, indicó que la contratación por capitación ha dado lugar a múltiples distorsiones, como las siguientes:

“a. Las EPS imponían tarifas en la contratación por capitación que no correspondía con el costo de producción de los servicios de las IPS.

b. No se suscribía el contrato mediante la metodología de concertación definida en la Resolución 3253 de 2008.

c. Las entidades responsables del pago, expresaban la baja gestión de parte de los prestadores, en cuanto a coberturas, resolutivez y oportunidades de atención.

d. Implicaba restricciones en el acceso a servicios prioritarios por parte de los prestadores de servicios de salud como mecanismo de control del gasto.

e. Inducía una baja ejecución de actividades de protección específica y prevención de la enfermedad que impacta directamente en la frecuencia de patologías de alto costo y deterioran los indicadores de salud de la población.

f. Así mismo, la contratación por capitación de actividades de mediana y alta complejidad, por tratarse de servicios de menor frecuencia y con baja predictibilidad, aumentan el riesgo financiero para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, lo cual, genera la posibilidad de quiebras y cierres de dichas instituciones.

g. En el conflicto de prestadores y aseguradores, quienes cargaban con las consecuencias de dichas diferencias, eran los afiliados, puesto que el prestador respondía generando listas de espera con tiempos prolongados e incluso negando el acceso a los servicios, especialmente de medicina especializada y de alto costo.

h. Contratar los servicios de alto costo por capitación, se constituye en un factor de riesgo, ya que el prestador buscará controlar el gasto para lo cual podría negar los servicios



imponiendo barreras de acceso. No se requiere mayor análisis para suponer que un prestador que cuenta con una cama disponible de Unidad de Cuidados Intensivos, y recibe simultáneamente dos solicitudes para su uso, estará inclinado a asignarla a aquella entidad con quien el contrato es por una modalidad que genere un ingreso adicional y no aquella que entidad (sic) que contrató por capitación y de la cual no sólo no obtendrá ingreso adicional, sino que deberá asumir el costo adicional que se genera con la atención a un paciente de alto costo, razón por lo que la ley dispuso que ellos deberían ser reasegurados o que las EPS debieran hacer provisiones directamente para asumir el impacto financiero de tales servicios, el cual no se ve reflejado en el ingreso a la IPS en el contrato por capitación. Así las cosas contratar los servicios de alto costo por capitación, se constituye en una contradicción a la propia definición de servicios de alto costo.

i. Con la misma lógica, los costos de las cirugías de segundo y tercer nivel o las hospitalizaciones de estos niveles de complejidad, al contratarlos por capitación tienen un incentivo negativo para el prestador quien estará tentado a generar barreras de acceso para reducir los costos.

j. El nicho natural de contrato por capitación debe estar alrededor de los servicios de baja complejidad para la atención curativa, ya que por su sencillez y bajo costo, representan una oportunidad para el Hospital de disminuir costos administrativos en cuanto a facturación y no se asumen riesgos financieros que pueden inducir a la generación de barreras de acceso por parte del prestador, obteniendo además el beneficio de pago anticipado. Incluso para este tipo de servicios la Ley exige que esta modalidad sólo podrá ser usada, si las partes están en capacidad de generar y reportar la información de los servicios prestados con calidad y oportunidad.

2.6.3.2. *Por otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud y la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas explicaron de la siguiente forma las razones por las cuales era necesario limitar el contrato de pago por capitación a los servicios de baja complejidad, con el fin de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud:*

*En primer lugar, indicaron que esta modalidad contractual demanda un amplio conocimiento de las características de la población atendida, para poder calcular la demanda de servicios y, así, el costo por usuario. En consecuencia, en tanto dicha información solamente está disponible para los servicios médicos de baja complejidad, es importante restringir la posibilidad de celebrar el contrato para cobijar solamente estos servicios, **con el fin evitar el traslado de la administración del riesgo a las IPS.**" (Negritas y subrayado fuera del texto original).*

Y, finalmente, concluye la Corte Constitucional lo siguiente:

*“En este caso, la Sala observa que si bien es cierto por medio del artículo 52.1 el Legislador limitó la libertad económica de las EPS e IPS, especialmente su libertad contractual, en tanto dispone que en adelante solamente podrán celebrar contratos de pago por capitación en relación con servicios médicos de baja complejidad, **dicha limitación es proporcionada**, por las siguientes razones:*

*En primer término, de conformidad con las consideraciones previas, la medida contenida en el precepto acusado es **idónea**, pues, de un lado, se dirige a garantizar el goce efectivo*



del derecho a la salud, es decir, un fin no solamente importante sino imperioso a la luz de la Constitución, y, de otro, emplea un medio adecuado para el efecto.

Ciertamente, la medida (i) busca que evitar que mediante la celebración de este tipo de contratos, las EPS trasladen a las IPS la gestión del riesgo, en particular respecto de los servicios de los niveles medio y alta de complejidad, y de esta manera aumenten de costos de administración del sistema. (ii) *Por esta misma vía, persigue la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios médicos tanto de baja complejidad, como de mediana y alta. En el caso de los servicios de mediana y alta complejidad, mediante la prohibición de su contratación por la modalidad de pago por capitación, con el fin de impedir la subcontratación no necesaria y evitar prácticas lesivas de los derechos de los pacientes, tales como la dilación en la asignación de citas con especialistas o la negación del servicio. Respecto de los servicios de baja complejidad, mediante la promoción de precisamente esta modalidad contractual, la cual ha demostrado ser muy útil para estos casos, ya que incentiva a las IPS a realizar actividades de promoción y prevención para disminuir la demanda de servicios.* (iii) **También se dirige a preservar la estabilidad financiera de las IPS** y, de esta manera, a asegurar la pluralidad de oferentes de servicios médicos –requisito para la realización del principio de libre elección, debido a que evita que las IPS asuman costos de servicios médicos de media y alta complejidad que no fueron previstos en el contrato original.

Por otra parte, el medio elegido por el Legislador es apropiado, pues impide que en lo sucesivo el contrato de pago por capitación se celebre para los servicios médicos para los que no fue diseñado.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

- 1.19. Finalmente, cabe anotar que la Superintendente de Salud Delegada para la Supervisión Institucional, doctora Eva Carrascal Cantillo, se pronunció sobre este particular en desarrollo del Proceso de Invitación Pública No. 002 de 2016 adelantado sin éxito por la Fiduprevisora, lo cual es de pleno conocimiento del Consejo Directivo del FOMAG.

II. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SALUD EN LO ATINENTE A LA CONSTITUCIÓN DE RESERVAS TÉCNICAS A FIN DE ENERVAR EL VICIO DE **NULIDAD PARCIAL**

La exigencia a las IPS contratistas en torno a la constitución de una reserva técnica, violando la ley y la Constitución Política de Colombia, dentro de un esquema de transferencia del riesgo en salud en contravención a la legalidad, por parte de la Fiduprevisora, implica que el contrato de salud resulta viciado de **NULIDAD PARCIAL**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, en materia de contratación pública, la existencia de una **NULIDAD PARCIAL** puede sanearse en la medida en que las demás cláusulas y, en general, el objeto del contrato pueda existir y ejecutarse sin aplicación de la parte viciada.

La **NULIDAD PARCIAL** del contrato de salud, a la que se hace referencia en este escrito, tiene fundamento en la nulidad de un acto previo (el Pliego de Condiciones); es decir que el contrato de salud es parcialmente nulo porque la ilegalidad de un acto previo inspira la ilegalidad de este⁵.

El numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2° de la misma ley, ordena que el pliego de condiciones contenga reglas claras, justas y completas que definan el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y obligaciones de las partes y dispone que todo esto realice en cumplimiento de la normatividad vigente.

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de licitación como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas por la administración pública, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en el procedimiento de contratación, todo lo cual ha de hacerse con pleno apego a la legalidad y en cumplimiento de las normas que resulten aplicables al objeto y fines generales del contrato resultante⁶.

Así, la ilegalidad de una de las reglas o exigencias establecidas en el Pliego de Condiciones que rige un procedimiento de contratación, trae como consecuencia la **NULIDAD** del contrato celebrado, ya que es la contradicción que existe entre dichos actos y la ley en sentido genérico, lo que determina su efectividad:

“Esto es claro, cuando un acto en el trámite de contratación es violatorio del ordenamiento jurídico, se debe desplegar una actuación que puede ser en principio administrativa, pero que fundamentalmente es contencioso administrativa, ya que la misma se refleja en la facultad de acudir a la jurisdicción para controvertir o impugnar el acto contrario a la legalidad, con fundamento en el derecho de acción que le asiste a las personas y que se trata de un derecho público abstracto, con sustento constitucional, que en caso de ser vulnerado, el mismo tendría carácter sustancial.”⁷

Como puede verse, la actuación inicialmente administrativa se determina en la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de los actos expedidos con antelación al contrato celebrado, bien sea de manera directa o como consecuencia de la interposición de las respectivas acciones judiciales.

La **NULIDAD PARCIAL** de los contratos de salud, que nace de la ilegalidad de una exigencia contractual establecida en el Pliego de Condiciones, mediante la cual se imponen obligaciones financieras al margen de la legalidad aplicable a las IPS contratistas, impone a la Fiduprevisora el deber de realizar todas las actuaciones que resulten necesarias para suprimir las transgresiones groseras, como en el caso, al orden constitucional y legal, que afectan derechos patrimoniales de las

⁵ Cfr. **DÁVILA VINUEZA, L.** (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis Editores. Página 752.

⁶ Cfr. **EXPEDIENTE No. 12344** [Mayo 3 de 1999]. *Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho*: Germán Torres Salgado vs. Instituto de Desarrollo Urbano y Valorización. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).

⁷ Cfr. **GÜECHA MEDINA, C.** (2015). *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Página 514.

IPS contratistas y ponen en riesgo la prestación de salud al alterar el sistema de gestión integral del riesgo en salud y las regulaciones del SARLAFT.

Por consiguiente, procede de pleno derecho, de oficio, no requiriendo petición de alguna de las partes, teniendo el FOMAG o, en su defecto, el juez administrativo, la potestad para actuar de oficio. **En materia de contratación estatal, la debe decretar, aun de oficio y en cualquier estado o grado del proceso contractual, el funcionario u órgano legalmente facultado para ello o quien haga las veces de representante legal de la entidad o el ordenador del gasto, sí, como en el caso, se encuentran demostradas las causales para la declaratoria. En su defecto, el superior jerárquico.**

En el caso del FOMAG –ente colegiado–, le corresponde proceder conforme a lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Primera de los contratos de salud⁸, con el fin de modificarlos de manera unilateral a efecto de sanear de manera directa el vicio de nulidad emanado de la ilegalidad del Pliego de Condiciones.

En el evento en que el FOMAG no proceda en lo pertinente, es posible que el Pliego de Condiciones sea controlable a través de las acciones de legalidad (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), por iniciativa del Ministerio Público, las Veedurías Ciudadanas, la Contraloría o las IPS contratistas resultantes del proceso de contratación estatal.

Ahora bien, de la contundente ineficacia de la obligación financiera nula, es probable que las partes del contrato de salud **PARCIALMENTE NULO** no le hayan podido dar ejecución material a la exigencia financiera, en razón a la excepcional imposición que escapa a la naturaleza jurídica de las propias IPS contratistas. La obligación de constituir una reserva técnica a favor de la Fiduprevisora, es ineficaz porque contiene una estructura anómala que le impide a las IPS contratistas cumplir con lo ilegalmente exigido, ya que no es algo normal y ordinario dentro del objeto social de estas.

En otras palabras, dada la ineficacia de la exigencia contractual contenida en el Numeral 1 del acápite de Obligaciones Financieras de las Obligaciones Específicas de la Cláusula Quinta de los contratos de salud, es inútil predicar un juicio o valoración de incumplimiento del contrato por parte de las IPS contratistas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, al señalar lo siguiente:

*“...[N]o podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido –total o parcialmente– al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y **resultaría un contrasentido**, según lo dicho, **sostener que uno de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales**, se repite, **por la existencia de la patología de ineficacia**.”*

⁸ La Cláusula Trigésima Primera dispone lo siguiente: “**APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TERMINACIÓN, MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES.** Se entienden incorporados al presente Contrato los principios unilateral de terminación, modificación e interpretación, así como la declaratoria de caducidad del contrato, de que tratan los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993.”



En el caso concreto, no podría desde la perspectiva expuesta abrirse paso la pretensión de incumplimiento, habida consideración de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, que ha originado el presente proceso.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

La **NULIDAD PARCIAL** que afecta los contratos de salud, con relación a la conformación de reservas técnicas a cargo de las IPS contratistas y la transferencia ilegal del riesgo de la contratante a las IPS, viola el artículo 44, numerales 2º y 3º de la Ley 80 de 1993, cuyos principios aplican a la Invitación Pública 002 de 2017 por mandato del legislador y por así establecerlo la propia Fiduprevisora en el Pliego de Condiciones. Dispone la norma en comentario:

“De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...)

2o. **Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.**

(...)

4o. **Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;** y

(...).” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Dicha **NULIDAD PARCIAL** que afecta los contratos de salud, se pueden declarar de oficio o, en su defecto, se solicitan cuando el grave vicio de que adolecen (aun la etapa pre-contractual) no puede ser saneado, puesto que la irregularidad es factible que sea corregida por la administración pues la Ley 80 de 1993 permite que se subsane, al tenor de lo dispuesto en el artículo 47:

“De la nulidad parcial. La nulidad de alguna o algunas cláusulas del contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada.”

Como puede verse, la norma citada establece una salvaguarda a la vigencia y ejecución de los contratos de salud, pues dispone que será ineficaz solo en aquellas cláusulas nulas y, por lo tanto, las demás cláusulas serán eficaces, si con estas últimas se configuran los presupuestos de existencia de los propios contratos.

Por surgir tales vicios contra mandatos vinculantes de la ley, su efecto directo es que las cláusulas contractuales resultantes de un acto previo nulo pierden toda validez, haciendo imposible su ejecución o exigencia de cumplimiento.

En el presente caso, la **NULIDAD PARCIAL** de los contratos de salud puede ser saneada por parte del FOMAG mediante la modificación unilateral de los mismos, en atención a lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Primera de dichos contratos.

⁹ Cfr. **EXPEDIENTE No. 12085** [Junio 28 de 1999]. *Acción Contractual*: Inversiones Córdoba Ltda. vs. Departamento de Córdoba. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).

III. PETICIONES

Con fundamento en lo expuesto, y en atención en lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, se solicita al Consejo Directivo del FOMAG y a la Fiduprevisora, proceder a resolver las siguientes peticiones:

3.1. Peticiones de fondo:

3.1.1. Que el FOMAG – FIDUPREVISORA, declare la ilegalidad de la exigencia contenida en el Pliego de Condiciones de la Invitación Pública No. 002 de 2017, la cual exige a las IPS contratistas la constitución de una reserva técnica, en razón a que tal exigencia es contraria a las normas en que debe prestarse el servicio de salud, ya que impone obligaciones económicas al margen de la legalidad, afectando derechos patrimoniales de las IPS contratistas y poniendo en riesgo la prestación del servicio de salud al alterar el sistema de gestión integral del riesgo en salud y las regulaciones del SARLAFT.

3.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, el FOMAG – FIDUPREVISORA, declare la nulidad absoluta del Numeral 1 del acápite de Obligaciones Financieras de las Obligaciones Específicas de la Cláusula Quinta de los contratos de salud, la cual exige a las IPS contratistas la constitución de una reserva técnica a favor de la Fiduprevisora y cuyo texto es del siguiente tenor:

“1. Mantener durante todo el periodo de ejecución del contrato una reserva técnica equivalente a la sumatoria de una (1) UPCM mensuales por todos sus afiliados de conformidad con el valor estimado del contrato.”

3.1.3. Que como consecuencia de lo anterior, el FOMAG – FIDUPREVISORA haga uso de la facultad contractual establecida en la Cláusula Trigésima Primera de los contratos de salud y, en tal virtud, disponga la modificación unilateral de dichos contratos, con el fin de suprimir la exigencia establecida en el Numeral 1 del acápite de Obligaciones Financieras de las Obligaciones Específicas de la Cláusula Quinta, a efecto de sanear la nulidad parcial que los afecta.

3.1.4. Que el FOMAG – FIDUPREVISORA declare que las únicas garantías requeridas para amparar los riesgos de los contratos de salud son las pólizas expedidas por empresas aseguradoras, teniendo en cuenta los amparos y riesgos establecidos en la Cláusula Décima Segunda de los mismos.

3.1.5. Que el FOMAG – FIDUPREVISORA se abstenga de exigir a las IPS contratistas la constitución de las reservas técnicas exigidas en el Numeral 1 del acápite de Obligaciones Financieras contenidas en las Obligaciones Específicas de la Cláusula Quinta de los contratos de salud, hasta tanto no exista una decisión de fondo que resuelva sobre la ilegalidad de tal exigencia y la nulidad parcial de la obligación contractual.

3.2. Peticiones de trámite:

- 3.2.1. Que el Consejo Directivo del FOMAG incluya en el orden del día de la sesión más próxima lo relacionado con las peticiones de fondo indicadas en el numeral 3.1.1., 3.1.2. y 3.1.3. de este documento y, en consecuencia, que se reúna de manera urgente a fin de que se formulen las deliberaciones que correspondan y que resulten necesarias para evitar daños patrimoniales previsibles al FOMAG y, obrando como *bonus pater familias*, se disminuyan los riesgos legales, administrativos y operacionales en la prestación del servicio de salud.
- 3.2.2. Que la FIDUPREVISORA corra traslado de esta petición a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la ASOBANCARIA y a FASECOLDA, así como a los OFICIALES DE CUMPLIMIENTO encargados de velar por la aplicación del SARLFAT de cada Banco, Compañía de Financiamiento, Fiduciaria y Aseguradora del sector comercial o solidario de Colombia, para que en la debida oportunidad emitan opinión sobre la presente solicitud.
- 3.2.3. Que como consecuencia de lo anterior, se corra traslado de esta solicitud, de modo particular, a los OFICIALES DE CUMPLIMIENTO –o los revisores fiscales que hagan sus veces– encargados de velar por la aplicación del SARLFAT en cada una de las IPS contratistas, ya que por mandato de la Superintendencia Nacional de Salud, sobre estos recae el deber de prevenir y controlar el riesgo en el sector salud, incluyendo el riesgo legal, el administrativo y el financiero. Igual traslado pido efectúen al OFICIAL DE CUMPLIMIENTO de la propia FIDUPREVISORA para lo de ley.
- 3.2.4. Finalmente, que la FIDUPREVISORA convoque a mesa técnica sobre la presente solicitud a FECODE, la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la Nación y las IPS contratistas, con el fin de valorar la pertinencia de la modificación de los contratos, como mecanismo para sanear la nulidad parcial que los afecta.

Atentamente,

CRISTIAN DAVID PITTA VARGAS

CC # 79.954.630 de Bogotá

Miembro Principal del Consejo de Administración

FUNDACIÓN TRANSPARENCIA – PUBLICONTROL

Inscripción No.: S0036712 del 9 de abril de 2010

NIT. 900.350.701-0

e-mail: transparencia.publicontrol@gmail.com



consultorsalud

Aportando a la salud Latinoamericana



www.consultorsalud.com

Conoce aquí nuestro [PORTAFOLIO](#)