

Bogotá D.C.,

Doctor

FERNANDO CARRILLO FLOREZ

Procurador General de la Nación

Carrera 5 No. 15 – 80

Teléfono: 5878750 EXT. 12096 – 12024 a 12034

Bogotá

Asunto: Solicitud Suspensión de la Invitación Pública No. 2 de 2017

Respetado Señor Procurador:

En atención a su comunicación de fecha 7 de abril de 2017, a través de la cual solicita la suspensión del proceso de invitación pública No.2 de 2017, de la manera más atenta procedemos a sustentar cada una de las temáticas por Usted planteadas, de la siguiente manera:

CONSIDERACIONES PREVIAS

Sea lo primero precisar que dentro del presente proceso de invitación pública, intervienen varios actores, los cuales ejercen su rol de la manera en que se presenta a continuación.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, creada mediante la Ley 91 de 1989, con independencia patrimonial, sin personería jurídica cuyos recursos son manejados por una Fiduciaria Estatal con participación mínima del 90% y de Economía Mixta.

El Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es un órgano rector de creación legal, el cual se encuentra integrado por los siguientes miembros: el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá; el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado; dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes y el Gerente de la entidad fiduciaria con

voz y sin voto; dicho órgano tiene funciones determinadas en la Ley 91 de 1989.

A su turno, el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con la citada normatividad, ejerce su rol, en primera instancia como delegado para la celebración del contrato de fiducia y por tanto, a la luz del Decreto 222 de 1983, se celebró el Contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990 con la Fiduprevisora S.A.. En este sentido, su condición se encuentra dada como fideicomitente.

Así mismo, el Ministerio de Educación Nacional hace parte del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual preside. Fiduprevisora S.A., como Fiduciaria y en ejercicio del contrato de fiducia mercantil No 83 de 1990, actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene entre otras, la obligación de proveer la prestación de los servicios médico - asistenciales a los docentes afiliados y sus beneficiarios, y para tal efecto contratará dichos servicios con entidades públicas y privadas, de acuerdo con las instrucciones que en ese sentido imparta el Consejo Directivo del Fondo.

En consideración a lo expuesto, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, El Consejo Directivo, el Ministerio de Educación y la Fiduprevisora S.A., tienen sus funciones claras y detalladas en la Ley.

DE LAS INVITACIONES PÚBLICAS

Teniendo en cuenta que los contratos de servicios médico – asistenciales que venían en ejecución finalizaban el 15 de enero de 2017, Fiduprevisora S.A., previa autorización del Consejo Directivo del FOMAG, dio inicio al proceso de invitación pública No. 2 de 2016, desde el pasado 11 de octubre y como fecha límite de cierre del proceso de invitación se estipuló el día 28 de noviembre de 2016.

Posteriormente, el juez único penal del circuito especializado de Yopal, como medida cautelar dentro de la acción de tutela No. 2016 - 276, resolvió suspender el procedimiento contractual de la invitación pública No. 2 de 2016. El efecto de la medida generó retraso en el cronograma previsto, por lo que los contratos de servicios médico – asistenciales debieron ser prorrogados hasta el 15 de febrero de 2017, previa autorización del Consejo Directivo del FOMAG. Finalmente, el pasado el 26 de enero de 2017, se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación del proceso de invitación pública No. 2 de 2016, el cual finalizó con declaratoria desierta, toda vez que ninguno de los

proponentes cumplió con las condiciones técnicas establecidas en la invitación pública.

Como consecuencia de lo anterior y con el fin de garantizar la prestación de los servicios médico - asistenciales a los docentes afiliados y sus beneficiarios, el Consejo Directivo del Fondo, autorizó prorrogar la vigencia de dichos contratos hasta el próximo 31 de mayo de 2017.

Así las cosas, Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y fundamentada en los principios de publicidad y transparencia, dio inicio al proceso de invitación pública No. 002 de 2017, el 18 de febrero de 2017, el cual fue publicado en la página WEB www.fomag.gov.co, www.fiduprevisora.com.co y www.contratos.gov.co.

Al respecto es del caso mencionar que el cronograma del proceso de invitación pública No.2 de 2017, ha sido modificado a través de diferentes adendas, donde la última modificación fue a través de la adenda No. 4, la cual modificó en su integridad el cronograma previsto, siendo así que la fecha prevista para el cierre del proceso mencionado en su comunicación, no es la correcta, toda vez que con la última adenda dicha fecha se prorrogó hasta el 20 de abril de 2017.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS TEMATICAS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE SUSPENSION DEL PROCESO DE INVITACION PUBLICA No. 2 DE 2017

- A. Para el proceso de invitación pública No. 2 de 2016, publicado el pasado 3 de noviembre de 2016, en su numeral 2.3, Presupuesto Estimado, se estableció un presupuesto estimado en cuantía de \$4.9 billones, teniendo como base, entre otros, lo siguiente:
- ✓ Estudio de suficiencia y de los mecanismos de ajuste de riesgo para el cálculo de la unidad de pago de capitación para garantizar el plan de beneficios en salud para el año 2016 (ver anexo)
 - ✓ Análisis financiero del modelo de salud del fondo (ver anexo)
 - ✓ UPC promedio real del SGSSS de 779.330 para 2016
 - ✓ Factor del Magisterio equivalente al 59,88% de la UPC del régimen contributivo
 - ✓ Porcentaje para servicios de salud derivados de enfermedad laboral y accidente de trabajo del 2,79% de la UPC del régimen contributivo

- ✓ Se estimó un incremento anual de la UPC en 6% durante 4 años, esto es 2017 – 2020. (negrilla y subrayado nuestro).

Ahora bien, para el nuevo proceso de invitación No. 2 de 2017, publicado el pasado 18 de febrero, se hizo necesario ajustar el valor del presupuesto estimado en la vigencia 2016, toda vez que con la expedición de la Resolución 6411 del 26 de diciembre de 2016¹ (ver anexo), se estableció un incremento del 8.2% de la UPC del régimen contributivo para el 2017, porcentaje que modificó claramente el estimado para la vigencia 2016, el cual como se indicó había sido previsto en 6.0%.

Por lo anteriormente expuesto, y en consideración a las observaciones efectuadas por los posibles proponentes en audiencia de aclaración y de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles y audiencia de aclaración de términos, celebradas el pasado 15 y 16 de marzo respectivamente y en observaciones a pliegos definitivos², relacionadas con presupuesto, mediante adenda No. 2 del 28 de marzo de 2017, se procedió a ajustar el presupuesto estimado en el documento de selección definitivo, el cual quedó por un valor total de \$5.277.518.385.626 pesos.

- B. Se menciona que de conformidad con los conceptos del Consejo de Estado Rad. 1391 del 25 de abril de 2002 y 1614 del 13 de diciembre de 2004, el contrato de fiducia No. 83 de 1990, expiró, toda vez que fue superado el límite máximo de 20 años.

Sobre el particular, es muy importante precisar que con ocasión a la expedición de la Ley 1328 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, se derogó el numeral 3 del artículo 1230 del código de comercio, que señalaba que estaban prohibidos los negocios fiduciarios cuya duración sea mayor de 20 años.

¹ "Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017 y se dictan otras disposiciones"

² "NUMERAL 2.3 PRESUPUESTO ESTIMADO. Si bien se trata de una estimación del presupuesto por región, se solicita confirmar si fue tenido el incremento del 8.2% que tuvo la Upc del contributivo, para la vigencia 2017. (Resolución 6411 del 30 de diciembre de 2016) y "El presupuesto para el año 2017 se la toma con 6 meses cuando debe realizarse con 7".

En cuanto a la remisión de las prórrogas, modificaciones o cualquier otro instrumento que hubiere ampliado el plazo del contrato a partir del 31 de diciembre de 2015, atentamente remitimos seis (6) otrosíes celebrados a partir del 29 de diciembre de 2015, donde queda plenamente demostrado la existencia del contrato de fiducia mercantil, celebrado entre Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional. (ver anexo otrosíes)

Debemos resaltar que el contrato de fiducia mercantil No. 83 de 1990, se encuentra vigente hasta el 30 de abril de 2017, mediante otrosí suscrito el 10 de abril de 2017, sin que exista ninguna limitación legal a sus extensiones o prórrogas.

De otro lado y con relación a la manifestación “no se ha evidenciado hasta la vigencia 2016 un equipo de supervisión o interventoría al interior del Ministerio de Educación que ejerza la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil...” consideramos importante mencionar que el Ministerio de Educación desde el año 2014 suscribe contratos de prestación de servicios profesionales para contar con el apoyo de un equipo externo de supervisión del presente Contrato. En la siguiente tabla se relacionan los contratos que ha suscrito para esto (anexos):

Número de contrato	Contratante	Término de ejecución
73 de 2014	Consultoría Estratégica Integral – CEINTE S.A.	30 de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2014
494 de 2015	Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia	2 de marzo de 2015 a 31 de marzo de 2016
897 de 2016	Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia	22 de abril de 2016 a 31 de enero de 2017
309 de 2017	Gintep S.A.S.	En ejecución

- C. El proceso de invitación pública No. 2 de 2017 se encuentra estructurado y fundamentado en las disposiciones consagradas en la Constitución Política de Colombia, la Función Administrativa, los Principios de la Contratación Estatal y los Mecanismos Anticorrupción contenidos en la Ley 1474 de 2011, y Manual de Contratación FOMAG, Acuerdos de Consejo Directivo Fomag, entre otras.

En ese sentido, dentro de las condiciones planteadas en el proceso de invitación pública No. 2 de 2017, se prevé que los proponentes no

podrán encontrarse incursos dentro de alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para contratar a que se refieren la Constitución Política, el Artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el Artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, Artículos 3º, 5º y 90 de la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción”, el Artículo 2.2.1.1.2.2.8. del Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del Artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) y en concordancia con el Artículo 60 de la Ley 610 de 2000. El proponente declarará en la Carta de Presentación de la propuesta que no se encuentra incurso dentro de dichas inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, en el anexo 4 de las condiciones del proceso de invitación pública los proponentes deben anexar un compromiso anticorrupción, en el cual manifiesten su intención de no ofrecer ni dar sobornos, ni ninguna otra forma de halago a ningún funcionario público en relación con su propuesta con el proceso de invitación pública o desarrollar acciones conducentes a la colusión entre proponentes.

Ahora bien, frente al principio de transparencia y publicidad, es muy importante precisar que dentro del proceso de invitación pública No. 02 de 2016 y 02 de 2017, iniciados por Fiduciaria la Previsora en calidad de vocera y Administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se han garantizado dichos principios y la participación de la ciudadanía interesada, a través de las actuaciones, adendas y comunicaciones que han sido debidamente publicadas en las páginas web: www.contratos.gov.co, www.fiduprevisora.com.co y www.fomag.gov.co, como se puede apreciar en los anexos que se aportan.

- D. Frente a los diagnósticos, razonabilidad y justificación de la división del país de 5 a 10 regiones para el nuevo modelo de salud, consideramos importante señalar que en la vigencia 2016, Fiduprevisora S.A., previa revisión de las hojas de vida y autorización del Consejo Directivo del Fondo, se contrató un grupo de expertos para la estructuración del nuevo modelo de salud. En junio de 2016, el grupo de expertos presentó al Consejo Directivo del FOMAG la “*propuesta de mejoramiento al modelo de salud del magisterio*”, en el que hubo un consenso en aumentar el número de regiones para la contratación del servicio de salud. Esta conclusión (que se podrá ver ampliamente en el anexo) obedece a: i) la experiencia no exitosa de la contratación 2012-2016 por la agrupación de los servicios en grandes regiones; ii) se

acerca a los afiliados de la cabeza responsable de los servicios en cada región y la administración o de los operadores-proveedores; iii) se mejora la capacidad de negociación de tarifas con las IPS por el número de afiliados; iv) las regiones responden a la organización natural de los departamentos que se agrupan, en términos de comunicaciones, mercados y servicios de salud, con sus sistemas de referencia y contra-referencia y ruta de la salud. Se anexa diagnóstico, razonabilidad y justificación, del incremento de regiones a nivel nacional.

- E. Frente a la falta de publicación de los contratos de los prestadores de servicios de salud en la página WEB del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, www.fomag.gov.co, servicios de salud - contratos médicos, <http://www.fomag.gov.co/seccion/servicios-de-salud/contratos-medicos.html> se encuentran publicados los contratos y otrosíes, celebrados con los actuales prestadores de servicios médico - asistenciales.
- F. Respecto a la evaluación objetiva e imparcial de las ofertas, nos permitimos informar que el pasado 30 de marzo de 2017, inició un proceso de invitación para conformar un equipo evaluador para realizar la evaluación de las propuestas. Para el efecto, se invitaron las siguientes firmas:
- KPMG
 - PRICEWATERHOUSE
 - BDO
 - ERNST & YOUNG
 - AMEZQUITA
 - HAGGEN AUDIT LTDA
 - JARAMILLO Y PEREZ CONSULTORES ASOCIADOS
 - JAHVMCGREGOR
 - SAC CONSULTING
 - APLISALUD SAS
 - AGS COLOMBIA SAS
 - ACIEL COLOMBIA
 - VCO
 - UNIVERSIDAD NACIONAL

Una vez concluya dicho proceso, se garantizará que la firma encargada de realizar la evaluación de la totalidad de los requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas que llegaren a presentarse por los oferentes

dentro de la invitación pública No. 2, sea seleccionada con anterioridad a la fecha de calificación de las propuestas. (ver anexo, OFERTA CERRADA CALIFICADOR)

G. En lo que tiene que ver con las normas que rigen el proceso de selección, es preciso señalar que dentro del nuevo proceso de invitación publicado el 18 de febrero del 2017, el marco regulatorio general está dado por la siguiente normativa:

- *Constitución Política de Colombia*
- *Ley 91 de 1989*
- *Los principios de la Ley 80 de 1993*
- *Código de Comercio*
- *Código General del Proceso*
- *Decretos reglamentarios de salud aplicables al régimen exceptuado de los afiliados al Fondo*
- *Acuerdos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (ver anexo)*
- *Resoluciones y circulares cuyo destinatario sea el régimen exceptuado de los afiliados al Fondo*
- **Manuales de Contratación y de Supervisión e interventoría del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** (negrilla y subrayado nuestro). (ver anexo de cada manual)
- *Las normas actualmente vigentes que resulten pertinentes de acuerdo con la Ley colombiana, se presumen conocidas por todos los proponentes."*

Ahora bien, dentro del marco de las obligaciones de los nuevos contratistas, se introdujo en cada minuta, una serie de obligaciones puntuales (ver anexo minuta contrato) que tienden a garantizar la adecuada prestación del servicio, así como el control efectivo para el cumplimiento de las mismas.

De otra parte, para el proceso de cumplimiento, control y seguimiento de los contratos del nuevo modelo de salud, el Consejo Directivo recomendó agrupar las 10 regiones del modelo de salud en dos grandes grupos para efectos de contratar el modelo de auditorías integrales (médicas, financieras y administrativas). Es así como se tuvo el criterio de población de afiliados y beneficiarios para su agrupación. Este mismo esquema se adoptó para la auditoría de eventos de Alto Costo.

- H. Sobre la mención frente a los planes de mejoramiento, es necesario señalar que los expertos que diseñaron el nuevo modelo de salud revisaron dicha documentación y la tuvieron en cuenta frente a las acciones a adoptar para el mejoramiento de la calidad del servicio.

Debemos observar que el esquema de prestación de servicio a contratar introduce mejoras fundamentales en la prestación del servicio de salud, obtenidas de la experiencia anterior contenidas en los planes de mejoramiento. Estas se materializan en la distribución demográfica más equitativa por zonas del país, supervisión, seguimiento y control de los contratos, auditorías especializadas e integrales, y de alto costo a los servicios de salud, así como los requerimientos jurídicos, experiencia, financiero y técnico de los potenciales prestadores, cambios en la estructura sancionatoria a nivel contractual, y la determinación por parte de la Fiduciaria de implementar una red de reemplazo que garantice la prestación de los servicios en caso de falla de la red primaria y alterna de los prestadores.

- I. Sobre este capítulo, es preciso señalar que el Consejo Directivo del FOMAG estudiará a la brevedad posible las recomendaciones que imparte la Procuraduría siendo necesario hacer varias precisiones:

1. La institucionalidad que garantiza la provisión de los servicios está dada por un conjunto de medidas y herramientas contractuales, tal como lo prevén los términos de referencia de la invitación pública No. 02 de 2017, como se señala a continuación.

- Se cambia totalmente la estructura interna del Fondo para apalancar los procesos de supervisión y control de los prestadores de servicios de salud, así como todos los procesos que lleva a cabo el FOMAG y se contará con presencia regional a través de centros de atención al usuario.
- Un proceso de auditorías externas que realizarán una auditoría integral: calidad, administrativa y financiera. Así mismo, un esquema de auditoría de alto costo para las cuentas médicas. Ambas auditorías serán provistas por firmas especializadas.
- Se crea un proceso de supervisión a cargo del Fondo a los contratos de los operadores y de las firmas de auditoría. (ver anexo manual de supervisión e interventoría Fomag)

2. La invitación pública No. 02 de 2017 contempla un cambio fundamental en el modelo de salud para los docentes, que mantiene los beneficios y

condiciones de éstos. En la construcción de este modelo participaron expertos contratados para este fin, así como los voceros del magisterio y expertos de los Ministerios del Trabajo, Hacienda, Salud y Educación.

Como sugiere la Procuraduría, la armonización con el Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones será evaluada por el Consejo Directivo y los estamentos anteriormente mencionados.

3. La invitación pública No. 02 de 2017 tiene su fuente legal en el Manual de Contratación del Fondo, específicamente diseñado para las particularidades propias de su manejo, el cual involucra los principios de contratación, del derecho público y la ejecución contractual a través de la normativa del derecho privado, régimen aplicable a la invitación en mención, y data del pasado 19 de septiembre del 2016, previa autorización del Consejo Directivo del Fomag. (Ver anexo manual contratación Fomag).

4. Con relación a la plena aplicación de la Ley 80 de 1993, especialmente en lo que respecta a la organización institucional y al modelo de salud, es muy importante resaltar que la citada Ley no es oponible al régimen de contratación del Fomag, toda vez que el Fondo por creación legal es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica y cuyos recursos son administrados por Fiduprevisora S.A., quien a su vez es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. (Ver anexo aplicación régimen privado).

5. y 6. El Consejo Directivo acogió la participación de organismos reconocidos y especializados para la evaluación de las propuestas que se presenten en este proceso de invitación pública No. 02 de 2017, ya que se invitaron a las firmas antes indicadas. (Ver respuesta literal F)

En consideración a lo expuesto, y teniendo en cuenta que la suspensión del proceso de invitación pública 02 de 2017, genera la prórroga de los actuales contratos de salud y toda vez que la prestación del servicio en la actualidad es deficiente, es necesario someter a consideración del Consejo Directivo dicha prórroga o extensión de tales contratos, lo cual se presentará en la próxima sesión del día 19 de abril.

En este entendido, y con el propósito fundamental de garantizar el derecho fundamental a la salud del magisterio, objetivo de la invitación pública No. 02 de 2017, el proceso se suspenderá por el término de diez días hábiles

contados desde la fecha en que el Consejo Directivo del Fomag apruebe la prórroga de los contratos de los actuales prestadores de servicios de salud. Esto con el fin de que la Procuraduría pueda disponer del tiempo suficiente para tomar nota de las consideraciones y documentación expuesta en la presente comunicación.

Sin perjuicio de la información suministrada con esta respuesta y los anexos aquí remitidos, queremos también pedirle señor Procurador considerar la posibilidad de llevar a cabo sesiones de trabajo en las que podamos aclarar ampliamente las dudas que persistan, en tanto que es nuestro interés y el mío propio continuar trabajando de la mano con ese ente de control, y solo estaremos seguros del éxito de este proceso si la Procuraduría General de la Nación está completamente convencida de nuestros argumentos.

Cordialmente,



YANETH GIHA TOVAR
Ministra de Educación Nacional
Presidenta del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales
del Magisterio