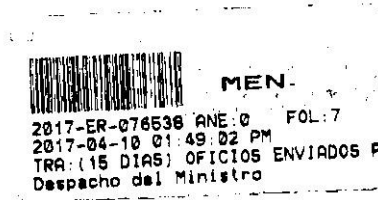


**LOS COMENTARIOS LOS EFECTUÉ SOBRE
EL TEXTO DEL DOCUMENTO DE LA
PROCURADURIA RESALTADOS EN COLOR
AMARILLO.**



**PROCURADOR GENERAL DE LA NACION
DESPACHO**

Bogotá, 07 ABR 2017

Doctora
JANETH GIHA TOVAR
Presidente Consejo Directivo
CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DE MAGISTERIO - FOMAG
Calle 43 No 57 — 17 Centro Administrativo Nacional CAN
Bogotá D.C.

Referencia: Solicitud de suspensión de la Invitación Pública No. 2 de 2017

Respetada Ministra Giha:

En atención al asunto de la referencia, la Procuraduría General de la Nación se permite presentarle, en su condición de Presidente del Consejo Directivo del FOMAG solicitud de suspensión de la invitación pública No 2 de 2017, la cual deberá resolverse en la menor brevedad en razón del cronograma publicado e informado a los interesados y con la finalidad de precaver daños antijurídicos. La presente solicitud se fundamenta en los siguientes aspectos:

1. Antecedentes.

La Procuraduría General de la Nación ha venido ejerciendo una vigilancia frente al proceso de contratación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tal sentido encontró una serie de inconsistencias y anomalías respecto del proceso de invitación pública No. 2 de 2016, las cuales fueron puestas de presente como consta mediante los oficios: 132896 de 16-082016, 179670 de 01-1 1-2016 191225 de 21-1 1-2016 194009 de 24-1 1-2016, 194983 de 25-1 1-2016 197154 de 29-1 1-2016 y 201208 de 06-12-2016.

En el año 2017, este proceso Invitación Pública No. 2 fue declarado desierto debido a que ninguno de los proponentes cumplió con los requisitos técnicos establecidos, lo cual dio lugar a la apertura de un nuevo proceso, la Invitación Pública No. 2 de 2017, lo que a nuestro juicio no refleja integral y sustancialmente ajustes que superen definitivamente las falencias observadas en el proceso adelantado en el año inmediatamente anterior.

Frente a este punto, el Procurador Delegado de la Función Pública estará atento para precisarles estos aspectos.

De igual forma, este Ente de control recibió un escrito presentado por la Dra. Juliana Santos Ramírez, Vicepresidente Jurídica de la Fiduprevisora S.A., a través del cual solicita acompañamiento a la Invitación de la referencia, es decir, la No. 2 de 2017, cuyo objeto consiste en "CONTRATACIÓN DE ENTIDADES QUE GARANTICEN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL PLAN DE ATENCIÓN INTEGRAL YA LA ATENCIÓN MÉDICA DERIVADA DE LOS RIESGOS LABORALES PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO EN EL TERRITORIO NACIONAL, ASUMIENDO Y GESTIONANDO EL RIESGO EN SALUD, OPERATIVO Y FINANCIERO QUE DEL CONTRATO SE DERIVE", adelantado por FIDUPREVISORA S.A.

Bajo el mismo propósito también se recibió la solicitud presentada por el señor Fernando Villa Uribe, a través de escrito con fecha 21 de febrero del presente año.

Asimismo, se han recibido copias de los escritos dirigidos a FIDUPREVISORA por el Dr. Camilo Alberto Enciso Vanegas, Secretario de Transparencia, mediante oficio No. OF117000081 15/JMSC1110300 de 30 de enero de 2017, a través de los cuales se presentan recomendaciones al proceso de contratación de servicios de salud para los usuarios del Magisterio.

De este modo, en el marco de lo actuado por la Procuraduría, es importante reiterar el alcance de la actuación preventiva integral en materia de contratación estatal, cuyo objeto principal es proteger y promover los derechos fundamentales, en pro del cumplimiento de los pilares institucionales como la protección del ordenamiento jurídico y la salvaguarda de los recursos públicos, y evitar en lo posible, la comisión de faltas disciplinarias.

Dicha actuación preventiva, conforme al artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, no implica en modo alguno la coadministración o injerencia en las decisiones administrativas, financieras, técnicas o jurídicas de las entidades públicas o de los particulares que ejercen funciones públicas. Tampoco, en esta órbita, la Procuraduría General expide conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos producidos o actuaciones desplegadas por los sujetos de la vigilancia: de allí que las recomendaciones efectuadas no obliguen a los sujetos de vigilancia.

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

Para este organismo de control, el proceso contractual en curso, no cumple los principios de la Función Administrativa, la Contratación Estatal y la Gestión Fiscal, aspectos que fueron evidenciados desde el año 2016 pero que en su gran mayoría sustancialmente no tuvieron un tratamiento integral y efectivo por lo cual persisten en el proceso que se adelanta durante el presente año.

Por esta razón, se les solicita a Ustedes en el marco de lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, su intervención inmediata a efectos de analizar y resolver esta solicitud de suspensión de la Invitación Pública No. 2 de 2017, de manera oportuna y en todo caso antes del cierre del proceso previsto para el próximo 17 de abril de 2017, la cual fundamenta este Ministerio Público en el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 37 del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, y se sustenta a continuación.

- A. En atención al principio de planeación y economía, y en aras de precaver una mayor estimación o un déficit en el presupuesto oficial asignado, debe soportarse, razonarse y justificarse la cuantía de la convocatoria actual, esto es \$5,277 billones de pesos, en comparación con el monto de la contratación del anterior proceso el cual ascendió a 4,9 billones de pesos. Recientemente, se modificó dicho valor, pero el incremento realizado no tiene una justificación que se exprese para la adenda y se armonice con las demás piezas y actuaciones contractuales.

COMENTARIO: Al respecto, el incremento del 6.67% de la cuantía del presupuesto oficial asignado, corresponde a la actualización del valor de la UPCM según los valores aprobados por el MSPS en la Resolución 6411 de 2016, que determina el valor de la UPC para el régimen contributivo para la vigencia 2017. Este parámetro no se disponía en el marco del proceso anterior.

- B. En razón del principio de planeación, teniendo en cuenta los conceptos del Consejo de Estado, Radicados 1391 del 25 de abril de 2002 y 1614 del 13 de diciembre de 2004 el plazo del contrato de fiducia 83 de 1990, suscrito entre la Nación — Ministerio de Educación Nacional y FIDUPREVISORA ya expiró, toda vez que superó el plazo máximo de 20 años fijado por las normas mercantiles.

Esta Procuraduría ha solicitado al Consejo Directivo del FOMAG y a FIDUPREVISORA la remisión de las prórrogas, modificaciones o de cualquier otro instrumento que hubiere ampliado el plazo del contrato, a partir del 31 de diciembre de 2015, sin que a la fecha se hubiere recibido respuesta. Al respecto, se conmina a que dichos documentos sean enviados en el término de la distancia o se certifique que no se ha suscrito ninguno con esta intención o propósito.

La Procuraduría General de la Nación, desde una dimensión legal, advierte como riesgo para la buena ejecución del negocio jurídico que se pretende contratar por parte del FIDUPREVISORA (mediante la Invitación Pública 2 de 2017), que durante su ejecución no exista el contrato de fiducia mercantil, lo que impediría al Consejo Directivo del FOMAG y a los ciudadanos destinatarios de esta atención, contar con una entidad independiente que asegure la vigilancia, control y pago de los servicios desarrollados.

Adicionalmente, llama la atención que 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 en temas como el presente, u otros que han sido informados a la opinión pública como las pensiones o el pago oportuno de las cesantías.

COMENTARIO: Al respecto, se debe explicar lo discutido en las Sesiones del Consejo directivo del FOMAG, y acerca del proceso de renovación del contrato de Fiducia. En cuanto la “no se ha evidenciado hasta la vigencia 2016, un equipo de supervisión o interventoría...” , es necesario informar que el Contrato de supervisión fue suscrito para la vigencia 2017, esto consta en las actas de las sesiones del Consejo Directivo del FOMAG.

- C En razón de los principios de responsabilidad, de participación y publicidad se advierte la necesidad de dar a conocer a la opinión pública, a los veedores y a los entes de control, los mecanismos anticorrupción que permitirán blindar el presente proceso contractual y su correlación con los planes anticorrupción de las entidades involucradas en la realización de la Invitación Pública No. 02 de 2017.

COMENTARIO: En este aspecto, se debe explicar los mecanismos de veedurías, la invitación y participación con organismos de supervisión y control, las certificaciones que deben firmar los oferentes interesados en relación con inhabilidades, antecedentes judiciales, responsabilidad fiscal, antecedentes disciplinarios; y en la carta de presentación el compromiso anticorrupción.

- D En relación con el principio de planeación, se echa de menos la existencia de diagnósticos en salud específicos para cada una de las 10 regiones establecidas para la prestación del servicio. Lo cual repercute ostensiblemente en los niveles de calidad del mismo.

Lo anterior, posibilitaría estructurar el modelo de atención a implementar bajo un enfoque territorial, orientado a la obtención de resultados en salud concretos para cada una de las regiones y en consecuencia, el pliego debió establecer condiciones que permitieran la materialización de dicho modelo en razón de las particularidades del territorio y de la población.

Máxime si se tiene en cuenta que existen herramientas y bases de datos de autoridades públicas (Ministerio de Salud y Protección Social), que admite la identificación del perfil epidemiológico de la población en las regiones. lo que contribuiría a estructurar el modelo de atención en salud con el enfoque territorial mencionado y considerar, en razón de la morbilidad de la población, una mayor o menor onerosidad de los servicios de salud a prestar, esto es un énfasis más preciso que habilita a su vez identificar, tipificar y distribuir riesgos al interior del contrato.

Por lo que la razonabilidad y justificación de la división del país de 5 a 10 regiones, para el nuevo modelo, debería haber profundizado otros aspectos sustantivos que condujeran a una mejor planeación del esquema contractual, abordando diferentes matices de los riesgos que puede conllevar la entrega de estos servicios.

COMENTARIO: Esta observación se presentó el año pasado, y se dieron las respuestas del caso, sería bueno revisar la respuesta del año pasado y extraer los

pertinente. De otra parte, en el modelo de salud se indican las patologías, prevalencias, y resultados concretos de salud de la población del magisterio.

En cuanto a la división del país de 5 a 10 regiones, se debe incluir la justificación dada por los expertos al respecto.

- E. En razón del principio de publicidad, este Ministerio Público no encontró que se hubieren publicado las adiciones, las prórrogas y/o las modificaciones de los contratos actuales; los que se encuentran en ejecución mientras se adelanta la Invitación Pública No. 2 de 2017. Lo cual impide que los interesados y la ciudadanía en general puedan contrastar de manera integral uno y otro modelo. Lo anterior en aplicación de los principios de la Función Administrativa, la Contratación Estatal y la Ley de Transparencia (1712 de 2014).

COMENTARIO: La FIDUPREVISORA debe publicar los otros sí a los contratos vigentes. Que solo comprenden extensión en la vigencia, y en ningún caso modificaciones a las obligaciones y responsabilidades inicialmente contratadas.

- F Se reitera al Ministerio de Educación, al Consejo Directivo del FOMAG y a la FIDUPREVISORA S A, la imperiosa necesidad de realizar el despliegue de todos los

mecanismos necesarios para el aseguramiento de la evaluación objetiva de los proponentes y sus propuestas.

En el desarrollo de las evaluaciones a las propuestas en este tipo de procesos contractuales, se debe salvaguardar el apego a los principios de la Constitución Política, la Contratación Estatal, la Función Administrativa y la Gestión Fiscal, de tal suerte que el resultado de esta actividad esté libre de sesgos que afecten la idoneidad e imparcialidad de los futuros contratistas y evaluadores.

El Consejo Directivo del FOMAG debe garantizar que, en el trámite de diseño y formulación de los pliegos, así como en el proceso de selección, en especial la evaluación de las propuestas y adjudicación se observe en todo momento, en particular, los principios de imparcialidad y transparencia respecto del cual se han recibido múltiples quejas por parte de la ciudadanía, circunstancias que son conocidas por la entidad.

COMENTARIO: Sobre el particular, reviste suma importancia que la firma evaluadora sea una entidad reconocida, y que no genere riesgo reputacional, como se discutió en la sesión del consejo directivo del FOMAG del pasado 29 de marzo de 2017.

- G En el marco del principio de planeación, preocupa a la Procuraduría la falta de una instancia coordinadora o articuladora de los prestadores de servicios de salud a nivel nacional, independiente a los mismos, distinta a la figura del Defensor del Usuario¹ y a las coordinaciones regionales y departamentales, que organice la forma y mecanismos para que los usuarios puedan acceder a los servicios a través de los prestadores con los cuales haya establecido convenios o contratos la FIDUPREVISORA.

Así mismo, que se encargue de formular y ejecutar los procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios suministrados por las IPS y de esta manera se centralice el control de los prestadores de modo independiente a los mismos, utilizando los elementos tecnológicos disponibles para el contacto permanente con los usuarios.

En este sentido el principio de planeación debe asegurar los elementos, procedimientos e instancias que garanticen una debida y eficiente ejecución del contrato.

COMENTARIO: En este punto, se debe explicar lo decidido por el Consejo Directivo del FOMAG con relación a la contratación del esquema de auditoría integral a los contratos de prestación de servicios de salud, que iniciarán a la par con los nuevos contratos. La FIDUPREVISORA debe demostrar la preparación para iniciar el proceso de selección de dichas empresas, tal como se le solicitó en la sesión del consejo directivo del FOMAG del pasado 29 de marzo de 2017. De igual manera, explicar por qué se decidió no contratar auditoría por el periodo final de los contratos, aspectos que también fueron discutidos por los Consejeros del FOMAG y consta en las actas de las reuniones.

- H En el marco del principio de planeación no se ha evidenciado que la entidad hubiere retroalimentado el actual proceso con el aprendizaje que debió obtenerse de los 21 planes de mejoramiento conocidos por este Ente de control efectuados al contrato actual, lo cual podría contribuir a una mejor prestación del servicio en el futuro.

De otra parte, es importante resaltar que conforme a lo preceptuado en la Ley 87 de 1993, es responsabilidad del representante legal o máximo directivo de cada entidad

- I Acuerdo 09 de 2016, punto 11 / Numeral 1 .5 del documento de invitación

y de los jefes de cada una de las respectivas dependencias, establecer y desarrollar el Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas, y en este sentido les corresponde "definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos," y además "I Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que la afecten".

1. A efectos de garantizar el derecho a la salud y obtener los mejores resultados en el proceso contractual, recomendamos que el Consejo Directivo del FOMAG se ocupe de los siguientes aspectos:

- 1.) Al no existir una institucionalidad que garantice la provisión de los servicios, se recomienda evaluar con las instancias de Gobierno pertinentes la creación o el fortalecimiento de un andamiaje institucional que sea responsable de la administración del Fondo.

COMENTARIO: Resulta necesario explicar la propuesta de fortalecimiento del FOMAG, como se explicó en la sesión del consejo directivo del FOMAG del pasado 29 de marzo de 2017. Detallar el impacto del fortalecimiento y demás aspectos.

- 2.) Evaluar un cambio estructural al funcionamiento del régimen de salud de los docentes y al manejo de los recursos, permitiendo una articulación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que mantenga los beneficios y condiciones particulares que otorga el Plan de Atención en Salud de los educadores cuya no regresividad debe garantizarse, en armonía con las instituciones vigentes para todo el país las cuales podrían garantizar principios tales como la libre elección y estándares de calidad. entre otros.

COMENTARIO: Se debe explicar que se trata de un régimen especial, que observa los lineamientos generales del sistema general de seguridad social en salud, pero que adoptó un modelo de prestación propio a las características de los docentes y sus beneficiarios, y basado en un modelo de salud que tiene en cuenta las patologías y morbilidad propia de los usuarios del magisterio. Y todo lo demás relacionado con los principios y estándares de calidad.

- 3.) Además de ello se reitera la necesidad de revisar y ajustar el manual de contratación del proceso, en aras de garantizar la transparencia y objetividad en la selección de los evaluadores de la invitación pública y los proponentes de la misma, siendo recomendable seguir la lógica de cómo deben adelantarse los procesos de selección cuando de por medio están involucrados recursos públicos, es decir mediante modelos que garanticen la vigencia de los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siendo recomendable, inclusive, seguir los procedimientos de selección allí previstos.

COMENTARIO: Se debe ilustrar acerca de la existencia del manual de contratación que comprende todos los procesos, actividades y plazos necesarios para garantizar los procesos de contratación y el cumplimiento de los lineamientos propios del FOMAG.

- 4.) En el mismo sentido se recomienda que los ajustes que se implementen al proceso contractual comprendan las medidas necesarias que garanticen la plena aplicación de la Ley 80 de 1993 y que en un término suficiente se adopten los ajustes sustanciales y de fondo especialmente en lo que respecta a la organización institucional y al modelo de salud.

COMENTARIO: Se debe explicar que el proceso licitatorio se incluye en la sección 1.6 FUNDAMENTOS JURIDICOS Y NORMATIVIDAD APLICABLE “En el mismo sentido y con sujeción al manual de contratación los principios aplicables a la contratación Fidupervisora S.A. como vocera y administradora de los recursos del Fomag adelantará la contratación en concordancia con lo señalado en la Constitución Política de Colombia, los principios de la Ley 80 de 1993, economía, igualdad, selección objetiva, libre concurrencia,

transparencia y pluralidad de oferentes y el marco de las normas de derecho privado. En relación con el derecho a la salud, se tendrá en cuenta el carácter progresivo del mismo, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 5º literal h) de la Ley 1751 de 2015”.

- 5.) Es pertinente fortalecer todos los mecanismos de control que garanticen el derecho a la salud de los usuarios, en los procesos de verificación y seguimiento para la correcta prestación del servicio de salud dentro de la ejecución de los contratos suscritos entre la Fiduciaria y los prestadores.

Es necesario garantizar la participación de organismos reconocidos y especializados en evaluaciones de esta clase de propuestas, como pueden ser instituciones universitarias u organizaciones internacionales; quienes a partir de su experiencia y conocimiento pueden aportar al proceso en aplicación de los principios de transparencia e imparcialidad, por ende, se debe revisar y ajustar el manual de contratación del proceso, con el fin de permitir este tipo de mecanismos.

COMENTARIO 1: En este punto, se debe explicar lo decidido por el Consejo Directivo del FOMAG con relación a la contratación del esquema de auditoría integral a los contratos de prestación de servicios de salud, que iniciarán a la par con los nuevos contratos. La FIDUPREVISORA debe demostrar la preparación para iniciar el proceso de selección de dichas empresas, tal como se le solicitó en la sesión del consejo directivo del FOMAG del pasado 29 de marzo de 2017. De igual manera, explicar por qué se decidió no contratar auditoría por el periodo final de los contratos, aspectos que también fueron discutidos por los Consejeros del FOMAG y consta en las actas de las reuniones.

COMENTARIO 2: Sobre el particular, reviste suma importancia que la firma evaluadora sea una entidad reconocida, y que no genere riesgo reputacional, como se discutió en la sesión del consejo directivo del FOMAG del pasado 29 de marzo de 2017.

En consecuencia, esta solicitud de suspensión debe considerarse teniendo en cuenta la adopción de medidas pertinentes que garanticen la continuidad y la idoneidad de los servicios del Sistema de Salud del Magisterio para todos los usuarios y sus familias.

Adicionalmente, debe tener en cuenta la necesidad de que las instancias competentes revoquen todos los actos precontractuales cuando se encuentre que ello es procedente e indispensable a efectos de garantizar la prevalencia del orden jurídico, la defensa del patrimonio público y la garantía del derecho a la salud.