

Bogotá D.C., 24 de febrero de 2016

Doctora
SANDRA GÓMEZ
Presidenta
FIDUPREVISORA
Ciudad

stino: VICEPRESIDENCIA FONDO DE PRESTACIONES



No. 20170320457892

Fecha Radicado: 2017-02-24 08:36:35

Anexos: 10F//MARTNEZ/MRUSNQUE.

(fiduprevisora)

Cordial saludo.

En atención al cronograma establecido en la invitación pública 002 de febrero de 2017, la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN -FECODE- fundamentadas en el contenido de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez analizados los documentos en mención, hace llegar las siguientes observaciones:

1. En el documento mencionado, numeral 1.6. Titulado "Fundamentos Jurídicos y Normatividad Aplicable" páginas 11 a 14, luego de transcribir algunas disposiciones de orden legal, se expresa que:

"Por ser la FIDUPREVISORA S.A. una entidad estatal financiera con naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta y por serle aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el mismo Estatuto General de Contratación exceptuó su actividad contractual y en consecuencia la misma se rige por las normas del derecho privado. Por lo anterior, no le son aplicables las modalidades de selección de contratistas ni los principios de contratación pública previstos en la Ley 80 de 1993. No obstante, al no perder la calidad de entidad estatal, en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 la actividad contractual de la Previsora S.A. se encuentra sometida a los principios que rigen la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley".

A continuación del párrafo anterior se enuncian las normas que constituyen el marco jurídico legal que regirá el proceso de selección de los contratistas que se presenten en virtud de la Invitación Pública No. 002, entre los cuales se incluyen "los principios de la Ley 80 de 1993.

2. Dada la contradicción que se acaba de anotar en cuanto en el primer párrafo se afirma que la contratación se rige por el derecho privado y no se incluyen los principios que informan la Ley 80 de 1993 y, en tanto en el enunciado de la normatividad aplicable se incluyen los principios de la ley mencionada, consideramos necesario reiterar las observaciones que fueron realizadas al “Proyecto de Manual de Contratación”, que sirvió de fundamento a la expedición de dicho manual de obligatoria aplicación en este caso, respecto de los principios aplicables a esta contratación cuyo objeto y finalidad se encuentran expresamente señalados por la Ley 91 de 1989 para regular lo atinente a la garantía del derecho a la salud del magisterio, que por decisión del legislador tiene regulación específica, conforme a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989.

Por esta razón, cobran actualidad y vigencia las observaciones que entonces se formularon al proyecto por cuanto en su numeral 1.5. se incluían con ambigüedades los “principios aplicables a la contratación”.

Se dijo entonces y hoy lo reiteramos:

“6. La redacción de los textos transcritos, podría inducir a confusión con respecto a las normas que deberán ser aplicadas y la jerarquía de las mismas.

Por esta razón, la enunciación que se hace en el rubro 1.4. “Normatividad aplicable” en el cual inmediatamente después de la Constitución Política se mencionan el Código de Comercio y el Código Civil, no indican jerarquización de las normas que rigen estos contratos, sino una simple enunciación normativa que no impone por sí misma que inmediatamente después de la Constitución Política deban ser aplicadas las normas de derecho privado como se establece en el numeral 1.5. que ya se mencionó, por cuanto los contratos que se celebren para la prestación del servicio de salud a los maestros y a sus familias son de carácter especial y tienen como objeto según lo dispuesto por el Acuerdo 03 de 2016 ya mencionado, que se garantice un modelo específico y un régimen de salud especial para el magisterio.

Es decir, se trata entonces de contratos especiales, *sui generis* y, en consecuencia, para su celebración habrán de ser tenidos en cuenta los principios generales que informan la Ley 80 de 1993, así como en virtud del principio de la autonomía contractual también serán aplicables algunas normas del derecho privado, lo que no significa en manera alguna que esos contratos se rijan exclusivamente por este.

Téngase en cuenta para este efecto que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 los contratos a que se refiere el artículo 2 de la misma entre los cuales se encuentran los celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado, “se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. Esto significa que si la Fiduprevisora es una empresa industrial y comercial del Estado para la celebración y ejecución de un contrato de

fiducia mercantil, así como para el establecimiento de sus obligaciones en el mismo, se habrá de regular por lo dispuesto en el Código de Comercio, pero sin embargo, en este contrato además de las normas que rigen la fiducia mercantil se deberán aplicar los principios que orientan la contratación pública conforme a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, armonización que habrá de hacerse por expreso mandato del Acuerdo No. 03 de 2016 y que en el propio proyecto del Manual de Contratación en la sección I, párrafo quinto, se acoge a plenitud cuando se ordena que el Manual de Contratación que ahora se analiza “deberá ser interpretado de manera integral y sistemática en concordancia con las normas de derecho privado”, lo que es distinto a que la contratación se adelante en el marco de las normas del mismo.

En todo caso sobre este asunto medular para la interpretación y eficacia del contrato, lo trascendente es que se sujetará a una interpretación integral de las normas contractuales que rigen en el derecho colombiano, sin exclusividad para que este contrato se rija por las que regulan los contratos estatales, ni tampoco por las que rigen los contratos que celebran entre sí los particulares.

Agregase además, que la Ley 1450 de 2011 en sus artículos 13 y 14, este último con las modificaciones que se le introdujeron luego por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, de manera expresa estableció que a las entidades estatales no sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, les serán aplicables en su contratación las normas específicas que sean pertinentes en desarrollo de su actividad contractual y, en todo caso, se someterán a lo dispuesto por los artículos 209 y 267 de la Constitución Política. Es decir, les son aplicables íntegramente los principios que rigen la función pública, de una parte; y, de otra, se encuentran sometidas a la vigilancia de su gestión fiscal por la Contraloría General de la República. Esto resulta aplicable a los contratos que se celebren por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dada la naturaleza de los recursos que administra la Fiduprevisora en virtud del contrato especial que para ello se celebra.”

3. A lo anteriormente expuesto ha de agregarse que mediante Acuerdo No. 03 de 22 de febrero de 2016 se adoptó un nuevo texto, que hoy está vigente, en virtud del cual se subrogó el numeral 8º del Acuerdo No. 1 de 8 de febrero de 2012 que regula lo atinente a la selección de contratistas para garantizar el cumplimiento de los fines señalados respecto de la prestación de los servicios de salud al magisterio conforme a lo preceptuado por la Ley 91 de 1989.

4. En desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo acabado de mencionar, se expidió el Manual de Contratación en el cual de manera expresa se acogieron las observaciones de carácter jurídico que se dejaron transcritas anteriormente, por lo que las observaciones formuladas y acogidas por el Manual de Contratación aludido, hoy son normatividad de obligatorio acatamiento.

OTROS ACÁPITES A AJUSTAR:

En la página 18 del referido "DOCUMENTO", se encuentra.

REGIONES

Son aquellos grupos de departamentos establecidos en este documento de selección de contratistas, dentro de cuya jurisdicción el CONTRATISTA debe ejecutar el objeto contratado.

Al respecto llama la atención que en la página 8 aparece ubicados los departamentos de VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, en la REGION 2; pero en página 36, numeral **2.3 PRESUPUESTO ESTIMADO**, se le asigna PRESUPUESTO a esta REGIÓN por valor de \$314.228.645.344, pero no aparece relacionado el CAUCA.

A la par de lo anterior, en esa misma página aparece incluido en la REGIÓN 3, NARIÑO – CAQUETA – PUTUMAYO Y CAUCA, es notorio que en la fila del Departamento del CAUCA no aparece si éste está incluido en el **PRESUPUESTO ESTIMADO**, asignándole a esta REGIÓN como PRESUPUESTO \$503.585.675.286.

Exigimos se aclare y respete las regiones definidas por el Consejo Directivo del FOMAG para la región 2 y 3, por cuanto el departamento del Cauca hace parte de la REGIÓN 2 y no de la 3.

Esto tiene su fundamento en que en el Pliego de Condiciones Definitivo de la INVITACIÓN PÚBLICA No. 2 (noviembre 2016) en página 36 de 178, numeral **2.3 PRESUPUESTO ESTIMADO**, aparece:

En REGIÓN 2 – VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, con **PRESUPUESTO** \$ 466.684.928.001.

En REGIÓN 3 – NARIÑO, CAQUETA Y PUTUMAYO, con **PRESUPUESTO** \$ 326.479.785.733.

Este comparativo indica que en el "DOCUMENTO", se está estipulando de acuerdo con el PRESUPUESTO que el departamento del CAUCA se ubica en la REGION 3, lo que no se corresponde con lo acordado. Esperamos se efectúen las correcciones correspondientes.

En página 24, (2.1.7) PRESENTACION Y ENTREGA DE LAS PROPUESTAS, en la página 25 aparece:

La propuesta ya sea individual o por tomos, deberá ser presentada por escrito en:

UN (1) ORIGINAL, que contenga la propuesta integral o los tomos de la propuesta ORIGINAL completa, con todos los documentos, anexos y formatos relacionados en el documento de selección de contratistas debidamente firmada por el representante legal del proponente. De la cual sus primeras hojas, debe contener el índice del contenido total de la propuesta identificando Tomos y páginas y cuyo contenido debe coincidir con los requisitos para la oferta contemplados en el presente documento.

Todas las hojas deben presentarse foliadas, si es un documento con información en ambas caras, deben foliarse ambas.

UNA (1) COPIA de la propuesta integral, exactas a la propuesta original y de la cual deberá dejarse manifestación escrita (en la 1 hoja de cada tomo de las copias), por parte del proponente, bajo la gravedad del juramento que es fiel copia tomada del original y,

UNA (1) COPIA EN MEDIO MAGNÉTICO; en esta copia lo que corresponde a formularios se deberán anexar en archivo Excel que permita su verificación y escaneado del original de la cual deberá dejarse manifestación escrita en la propuesta por parte del proponente, bajo la gravedad del juramento que es fiel copia tomada del original. El o los medios magnéticos deberán venir en un tomo aparte cada uno debidamente rotulado y acompañado de un índice en medio físico que indique el contenido de cada CD o medio extraíble aportado; en el cual cada contenido o documento deberá relacionar el tamaño del mismo (Gb, Mb) y firmado en original por el representante legal como certificado del contenido; donde lleva la expresión bajo la gravedad del juramento que es fiel copia tomada del original y el tamaño del mismo. Los documentos que no vengán relacionados en el índice certificado por el representante legal no serán tenidos en cuenta.

Solicitamos se precise por qué solo se exige el Original y UNA (1) COPIA de la propuesta, cuando mínimamente debe ser ORIGINAL y DOS (2) COPIAS, en consideración a que nuestra Federación exige, y tal como debe ser, se nos haga llegar como organización representativa del magisterio una vez y al tiempo de presentadas las propuestas UNA COPIA anexándole el MEDIO MAGNETICO correspondiente a cada una, esto como mecanismo para conocer y ser verificadores de cada una de ellas.

En la página 37 de 68, numeral **3.1.3 PROPONENTES PLURALES** y página 38 del mismo numeral (3.1.3), solo se hace relación a las condiciones que deben cumplir del Anexo 05, sin tener en cuenta las normas de lo previsto del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, no exigiendo que todos los integrantes de la UNIÓN o CONSORCIO, deben desarrollar la actividad directamente relacionada con el proceso o sea que presten Servicios Integrales en Salud, Ítem este que debe así mismo cumplirse en cualquier certificado de habilitación o contrato que se tome como válido para el cumplimiento de la experiencia.

En la página 38, numeral **3.1.4 GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA A FAVOR DE PARTICULARES.**

El PROPONENTE garantizará el cumplimiento de las obligaciones que adquiere con su oferta, mediante la constitución de póliza con una **compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, con matriz aprobada por la Superintendencia Financiera.**

Solicitamos se demande que esta exigencia sea GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, porque esto representa que debe cumplirse con las normas de la Ley 80 de 1993, que no puede ser superada por el denominado MANUAL DE CONTRATACION DEL FOMAG.

En página 44 y 45, numeral **3.3. DOCUMENTOS DE EXPERIENCIA,**

3.3.1. EXPERIENCIA GENERAL

3.3.2. EXPERIENCIA ESPECÍFICA

Para los proponentes y los conformantes de la propuesta plural, la experiencia específica se acreditará en el territorio nacional, con Certificación de Contratos en el consolidado de los últimos cinco (05) años, contados hasta la fecha de apertura del proceso.

Con un valor que sea como mínimo equivalente al treinta por ciento (30%) del presupuesto anual del primer año para la región a ofertar (columna TOTAL PRESUPUESTO 2017 del ítem presupuesto estimado); mediante el diligenciamiento del Anexo respectivo.

El proponente deberá diligenciar y aportar el Anexo 11 y Anexo 12 firmado por el representante legal o apoderado del proponente. Este formulario se suscribirá bajo la gravedad de juramento que se entenderá prestado con la respectiva firma, la cual debe ser consistente con la estampada en el documento de identificación, para ser aceptable el formulario.

Cuando se presente la propuesta plural, la experiencia en valor, se verificará de acuerdo con el porcentaje de participación de los miembros en la misma.

Nota: No se admitirá para acreditación de experiencia, certificaciones a las cuales se les haya hecho efectivas las garantías por incumplimiento total o se les haya aplicado la caducidad.

Para CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR la experiencia general y específica deberá demostrarse con contratos en prestación de servicios de salud. No se aceptan contratos de aseguramiento u otras unidades de negocio.

En la lectura del contenido de este aparte, surge el interrogante del por qué no se precisa lo de la experiencia específica, en el sentido que esta debe ser en lo relacionado con los servicios integrales y de excepción que contempla la Ley 91; pero de igual forma, tampoco se establece ningún condicionamiento respecto a la clase de Contrato que debió ejecutar el oferente para que sirva como prueba de su desempeño en este tipo de riesgo.

Por lo que solicitamos se exija que las certificaciones y los contratos deban cumplir con las siguientes condiciones:

OBJETO: Prestación de servicios mínimos en el tercer nivel de complejidad y para grupos poblacionales similares a los que se les va a prestar.

TIEMPO DE EJECUCIÓN: Mínimo un (1) año, como prueba de solvencia, de cumplimiento en este tipo de población.

TIEMPO DE EJECUCIÓN A EVALUAR: Más del 50% de ejecución del contrato principal o matriz a la fecha en que se expida la certificación. Este aspecto hacia parte del pliego definitivo anterior, y durante las sesiones de la mesa técnica no fue discutido. La inclusión de esta condición permite que los oferentes demuestren experiencia real y evita la inclusión de certificaciones sin lleno de requisitos que confirmen la experiencia real del proponente.

FORMA DE PAGO: Deben especificarse valores precisos y no indeterminados.

En el **Ítem 3.3.3.1. CERTIFICACION DE EXPERIENCIA EN CONTRATOS.** Se debe incluir la precisión que estaba incluida en el anterior pliego relacionada con "En caso necesario, con el fin de complementar los datos solicitados podrá anexar copia de los contratos y señalar en ellos los datos que pretenden acreditar excepto el porcentaje de ejecución".

Esto con el interés de aclarar el porcentaje de ejecución de los contratos en curso que se pretendan aportar como experiencia según este Ítem y el 3.2.2.

Estos contratos así mismo, estarán sujetos a verificación por parte del Grupo Evaluador o por quien haga sus veces.

OBSERVACION GENERAL

Solicitamos se exija independientemente de 3.2.5 INDICADORES DE CAPACIDAD FINANCIERA (página 42). 3.2.6 INDICADORES DE CAPACIDAD ADMINISTRATIVA, que los oferentes de manera individual o en Consorcio o en Unión Temporal deben tener un patrimonio mínimo

correspondiente a 4 cuotas de lo que deba percibir mensualmente, ello tomado de manera ponderada de acuerdo a su participación.

Finalmente, consideramos que se deben organizar y ajustar los siguientes apartes:

- a) En el **ítem 1.1. OBJETO DEL PRESENTE PROCESO DE INVITACIÓN PÚBLICA**. Actualizar la Tabla de afiliados por región y departamento con corte como mínimo al 31 de diciembre de 2016, por cuanto a la fecha se está presentando la misma información que en el anterior de pliego de condiciones.
- b) En el **Anexo No. 21 POBLACION POR MUNICIPIOS**, trabajar la misma actualización de la población con corte a 31 de diciembre de 2016.
- c) En el archivo "**POBLACION POR GRUPO ETARIO POR MUNICIPIO**", la misma situación de actualización de la población con corte a 31 de diciembre de 2016.
- d) En los **Anexos 14 CARTA DE INTENCION PROPONENTE UNICO y 15 CARTA DE INTENCION PROPONENTE PLURAL**, se debe aclarar o ampliar el texto de la columna 6 "COMPROMISO OFERTAR SERVICIO PARA LA", se presume que el texto de la celda quedó cortado lo cual impide la claridad para su diligenciamiento.
- e) En el **ítem 3.6 FACTORES DE PONDERACION**. Se incluye en el primer párrafo "El contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta". Consideramos que esta es una obligación específica que debe estar incluida en la sección 4.3.2 OBLIGACIONES ESPECIFICAS DEL CONTRATISTA en el acápite OBLIGACIONES DEL SISTEMA DE SALUD. Así como también en la minuta del contrato.
- f) **SEDES EXCLUSIVAS**. En el documento no se expresa la obligación de contar con sedes exclusivas y los tipos de los mismos, aspecto que si bien está contenido en el Anexo No. 3 numeral 5 SEDES EXCLUSIVAS. Por lo que consideramos pertinente se incluya en el pre-pliego dicho capítulo SEDES EXCLUSIVAS, toda vez que se relaciona con el ofrecimiento de tipo habilitante.

En el entendido que tanto el Ministerio de Educación como fideicomitente y en representación del Gobierno nacional, así como la Fiduprevisora responsable del contrato de fiducia, el propósito en esta nueva licitación es corregir y ajustar los pliegos de condiciones recogiendo la experiencia del anterior proceso, en aras de obtener un texto lo más preciso y objetivo que garantice que la prestación del servicio de salud al magisterio y sus familias se dignifique y otorgue en los términos de ley, radicamos este documento que recoge de manera global nuestras observaciones al documento de invitación pública 002 de febrero de 2017.

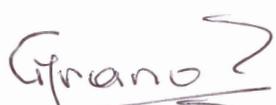
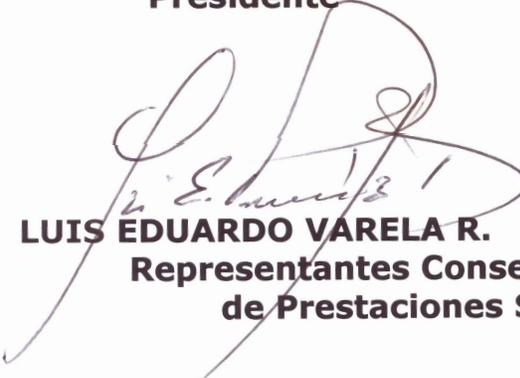
Atentamente,

COMITÉ EJECUTIVO



CARLOS RIVAS SEGURA
Presidente

RAFAEL CUELLO RAMÍREZ
Secretario General



LUIS EDUARDO VARELA R.
Representantes Consejo directivo Fondo Nacional
de Prestaciones Sociales del Magisterio

PEDRO LUIS ARANGO S.