



DESPACHO PROCURADOR GENERAL

Bogotá, 10 MAY 2017

00198

Doctora  
**YANETH 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:** *Observaciones y consideraciones de cierre acción preventiva – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora - Invitación Pública No. 2 de 2017*

Respetada Ministra:

En atención al asunto de la referencia y conforme a lo indicado por este Despacho mediante los oficios de fechas 7 y 24 de abril de 2017, la Procuraduría General de la Nación se permite presentar las siguientes observaciones y consideraciones sobre el proceso antes referido en el estado actual del proceso de vigilancia preventiva adelantado por este órgano de control.

Es del caso indicar que según adenda No. 6 del 4 de mayo de 2017, el proceso se encuentra suspendido conforme lo indicó la Señora Ministra en su comunicación del pasado 18 de abril de 2017 y según hemos sido informados, a la fecha no se han recibido propuestas por parte de proponentes interesados.

Solicitamos que las observaciones y consideraciones se pongan en conocimiento de los integrantes del Consejo Directivo del FOMAG con el propósito de que sean analizadas en su integridad y se adopten aquellas decisiones que, no solo persigan el respeto por la legalidad y la defensa del patrimonio público, sino también la contratación conforme a condiciones que aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios de salud a los docentes y sus familias.



El objetivo de la acción preventiva de la Procuraduría General de la Nación no es otro que el de observar posibles falencias e inconsistencias y proponer su corrección, con el fin de evitar posibles afectaciones a derechos fundamentales o al patrimonio público, o al orden jurídico, sin interferir con la competencia que le atañe a las autoridades, ni entrar en colisión con las funciones de intervención judicial y ejercicio de la potestad disciplinaria que son propias también por mandato Constitucional al Ministerio Público.

Así las cosas, a continuación exponemos las observaciones y consideraciones de la Procuraduría General de la Nación en relación con el proceso de Invitación pública No. 2 de 2017 y al modelo de salud adoptado para administrar el régimen especial del Magisterio, las cuales buscan en el corto plazo asegurar la transparencia y la selección objetiva en el proceso de contratación, empero también la mejora en los estándares y calidad del servicio de salud que reciben los docentes y sus familias, y en un tiempo más extendido la mayor articulación del modelo, conclusiones a las que este ente de control arriba producto del acompañamiento preventivo que desde 2016 ha realizado.

### **Recomendaciones**

#### **1. En relación con el proceso contractual FOMAG Invitación Pública 2 de 2017.**

En relación con el proceso de invitación pública No. 2 de 2017 se exhorta al Consejo Directivo del Fomag para que como cuerpo colegiado y en desarrollo de sus sesiones ordinarias o extraordinarias, adopte las decisiones formales tendientes a considerar, evaluar y acoger, según su criterio administrativo, las siguientes recomendaciones:

- 1.1. **Garantías para la selección objetiva del evaluador:** Teniendo en cuenta que no se ha formalizado la contratación del evaluador, se considera lo siguiente:
  - 1.1.1 Que se proceda de manera inmediata con el proceso de selección objetiva del evaluador, previa publicación de las condiciones económicas y los soportes del caso.
  - 1.1.2 Contratación mediante un proceso de invitación abierta, no cerrada, que permita la pluralidad de proponentes, de trayectoria y reconocimiento, cuya participación se determine por su experiencia y especialidad, y no se condicione por la selección discrecional que se haga de unos pocos mediante invitación directa en un proceso cerrado.
  - 1.1.3 Contar con un estudio de mercado que permita tener los elementos suficientes para cotejar los requisitos y objetivos de participación de



- los proponentes en el proceso, así como con una definición clara, previa y sustentada del valor a contratar.
- 1.1.4 Establecimiento de condiciones de participación de proponentes, que permitan asegurar la concurrencia de entidades idóneas al proceso, tales como organismos internacionales o universidades, tal y como lo dispone en términos generales el Acuerdo No. 09 de 2016.
  - 1.1.5 Condiciones que garanticen la reserva del evaluador seleccionado respecto de los proponentes. Para futuros procesos es indispensable que el evaluador sea seleccionado de manera anticipada, con el fin de dar celeridad a la actuación y asegurar una gestión más integral del seleccionado.
  - 1.1.6 Publicidad y transparencia en relación con todo el proceso, los proponentes y sus propuestas, hojas de vida del personal evaluador, la evidencia que acredita su idoneidad e imparcialidad, y definición de reglas clara para evitar conflicto de intereses entre el evaluador y los proponentes que puedan poner en duda la imparcialidad de su actividad.
- 1.2. **Adopción de criterios objetivos de evaluación:** Teniendo en cuenta la problemática que hoy se alerta con los servicios de salud para los docentes y sus familias, así como las dificultades que se han venido presentando con varios de los prestadores actuales, se exhorta al Consejo Directivo del Fomag para que incluya dentro de los parámetros de evaluación de los proponentes criterios objetivos que permitan evaluar el comportamiento contractual de los proveedores que actualmente operan dichos servicios, tales como: número de requerimientos administrativos, número de peticiones, quejas y reclamos, número de tutelas por violaciones al derecho a la salud, número de sanciones impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, entre otros, con el fin de adoptar medidas que impacten la calificación de proveedores que hayan incumplido sus obligaciones contractuales y afectado el derecho a la salud de los docentes y sus familias.
- 1.3. **Proceso de empalme:** El proceso de empalme entre los prestadores actuales del servicio de salud y los que asumen como resultado de la convocatoria debe garantizar la prestación de los servicios en condiciones de calidad y sin solución de continuidad.

Por esta razón, se considera que el término de 7 días previsto dentro del proceso de invitación pública No. 2 de 2017, de acuerdo con la adenda No. 5



del 19 de abril de 2017, es insuficiente y por lo tanto debe considerarse un plazo prudencial, que no afecte la transición del servicio de salud para los docentes y sus familias.

En los estudios contratados de expertos por parte de Fiduprevisora en torno a la evaluación general del sistema de salud del Magisterio se hace referencia a un término prudencial de 30 días para dicho empalme, pero esta recomendación no fue tomada en cuenta dentro de los términos que enmarcan el proceso en curso.

- 1.4. **Inclusión del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo:** Se observa con preocupación la ausencia del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo dentro de los términos que enmarcan el proceso de invitación pública No. 2 de 2017.

Dicho servicio no sería contratado en este proceso, por lo tanto no aplicaría la prevención de los riesgos laborales, lo cual puede generar incrementos de los mismos, afectaciones a la salud de los docentes e incluso mayores costos por la atención de las prestaciones médico asistenciales requeridas para atender tales riesgos.

En todo caso esta omisión también supone un desconocimiento de la Acuerdo No. 9 de 2016 en el cual se establece la conformación de una mesa de trabajo para la definición de la contratación de este modelo, la que sesionaría en los meses de noviembre de 2016 a marzo de 2017, sin que a la fecha se tenga evidencia de dicha gestión o resultado frente a la contratación de este servicio.

En este orden de ideas, la falta de un Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo para los docentes trabajadores contraría lo previsto en el Decreto 1655 de 2015, y conlleva a una regresividad del plan de beneficios, teniendo en cuenta los servicios actuales, y en todo caso, una falencia en el modelo ante la ausencia de actividades de: i) higiene, ii) prevención y, iii) seguridad en el trabajo, que favorezcan la calidad de vida y la salud de esta población.

De esta manera, se hace indispensable la adopción de medidas que permitan la contratación de este servicio, garantizando la continuidad del sistema y por ende de las actividades de higiene, prevención y seguridad en el trabajo. Para tal fin se sugiere evaluar la implementación de un proceso de



contratación paralelo que busque la atención de este servicio especializado o un ajuste en el término a contratar previsto en la invitación pública No. 2 de 2017, a efectos de liberar recursos que permitan la atención de este sistema de manera simultánea con la operación de los nuevos proveedores.

- 1.5. **Reglamentación del Defensor del Usuario:** El Acuerdo No.9 de 2016 establece la necesidad de crear la instancia del Defensor del Usuario para contribuir a la mejora de la calidad de los servicios de salud y a la mayor satisfacción de los derechos de los docentes y sus familias. Se evidencia que para el proceso de invitación pública No. 2 de 2017 tan sólo se cuenta con una propuesta sobre la implementación del Defensor del Usuario, pero no se encuentra la definición final de esta instancia, ni tampoco la aprobación de la misma por parte del Consejo Directivo del Fomag, lo cual genera incertidumbre en cuanto a sus condiciones e inicio de operación. Por estas razones, se hace indispensable se adopten las decisiones necesarias en este aspecto con el fin de que se garantice la idoneidad y eficiencia de la figura, así como su entrada en operación simultánea con la de los nuevos proveedores a contratar. El Defensor del Usuario debe estar presente y actuando oportunamente desde el primer día del proceso de empalme.
- 1.6. **Formalidad de las directrices del Consejo Directivo del Fomag:** Se ha evidenciado la falta de formalidad de las decisiones del Consejo Directivo del Fomag y la ausencia de un reglamento complementario del Decreto 2831 de 2005.

En efecto, en el acompañamiento preventivo se evidenció la falta de actas y acuerdos formalizados y suscritos por parte del Consejo Directivo del Fondo, en lo corrido de 2017 y tales decisiones están disponibles en audios y en papeles de trabajo.

Por tanto, consideramos indispensable adoptar disposiciones reglamentarias especiales y específicas para el funcionamiento integral y pleno de este Consejo, toda vez que sus decisiones y directrices demandan de procedimientos para su seguimiento, implementación y validación de resultados, también a efectos de actuar preventiva y correctivamente.

En este sentido la Procuraduría enfatiza la necesidad de que dichas decisiones no solo sean formalizadas sino que se hagan públicas, salvo las excepciones de datos sensibles o sometidos a expresa reserva legal.



La transparencia en la gestión pública es un principio inquebrantable para el Ministerio Público, la falta de organización de los archivos, la no formalización de las decisiones y la falta de seguridad jurídica en temas tan sensibles como la definición de criterios, directrices y lineamientos en torno a la contratación de los servicios por parte del Fondo es una actividad que debe ser resuelta y superada a la menor brevedad.

- 1.7. **Contrato de Fiducia:** Teniendo en cuenta las múltiples prórrogas, que por períodos cortos, ha sido objeto el actual contrato de fiducia, se exhorta al Consejo Directivo del Fomag y al Ministerio de Educación Nacional para que adopte las medidas necesarias tendientes a adelantar el proceso de contratación de la fiduciaria, conforme a los presupuestos del Estatuto de la Contratación Pública, para que de una manera estable y con la vigencia suficiente se dé cobertura a la contratación de los prestadores de los servicios de salud del régimen especial del Magisterio, se garantice la gestión de la fiduciaria en calidad de contratante y se asegure la no afectación a la continuidad de los servicios de salud para los docentes y sus familias, así como de los otros servicios prestacionales y asistenciales a cargo del FOMAG.

Es importante que este proceso de contratación cuente con un estudio de precios y de mercado y se garantice la transparencia y la selección objetiva.

## **2. En relación al modelo de salud del Magisterio:**

En relación con el modelo de salud y frente a procesos futuros, se presentan las siguientes recomendaciones tendientes a generar una mejora sustancial en el servicio que garantice los postulados de acceso, oportunidad y calidad para los docentes y sus familias.

Cada una de estas recomendaciones demanda un análisis particular a efectos de determinar la temporalidad de la misma y la forma más expedita y eficiente de materializarla.

Para tal fin, se insta al Consejo Directivo de FOMAG para que diseñe y ponga en marcha un plan de trabajo, que en un término razonable y prudencial, permita adoptar las medidas necesarias para la mejora del modelo de salud del Magisterio.



- **Estudios suficientes para determinar UPCM:** Se exhorta al Consejo Directivo del FOMAG que adelante los estudios necesarios para que, a partir de información confiable y actualizada, se determine la UPCM, garantizando la suficiencia de la misma de acuerdo con la integralidad que demanda el régimen especial de salud del Magisterio, y se eviten desequilibrios económicos en los contratos que puedan afectar la continuidad e idoneidad de los servicios y generar un detrimento patrimonial para el Estado y para los prestadores.

En este aspecto se hace necesaria una actualización del precitado Acuerdo No. 9 de 2016 y el desarrollo de un plan de trabajo que en un término prudencial permita tener este análisis fundamentado.

- **Perfil epidemiológico:** En concordancia con lo dispuesto por el Acuerdo No. 9 de 2016 el modelo de salud debe fundamentarse y responder a un perfil epidemiológico especial para los docentes, trabajadores y pensionados, que responda a criterios regionales, que tenga en cuenta las enfermedades de mayor prevalencia y adopte otros criterios relevantes como la media de edad, sin que este sea el único a tener en cuenta.

Del acompañamiento preventivo adelantado por la Procuraduría, se encuentra que a 2014 sólo dos de las cinco regiones que se tenían previstas, contaban con perfil epidemiológico y demográfico consolidado, y ninguna cuenta con este perfil para poblaciones especiales.

Es importante adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en el comentado Acuerdo No. 9, toda vez que este perfil permite una mejor caracterización de la población, la medición del estado de salud y la identificación de los determinantes y factores de riesgo.

Sobre este aspecto recaba el Ministerio Público al Consejo Directivo del FOMAG que su función no es solo dar directrices y políticas para el buen funcionamiento del Fondo, sino además hacer seguimiento a la forma como se cumplen y materializan.

Nuestra recomendación en este punto es, que una vez formalizadas y extendidas las decisiones y memorias de las deliberaciones en las respectivas actas y acuerdos, el Consejo Directivo revise si sus políticas y directrices se encuentran traducidas y son acogidas y cumplidas en los servicios a contratar de acuerdo con los procesos de contratación que se lleven a cabo para tal fin.



- **Flexibilidad de ajustar la nueva contratación:** Los contratos de los nuevos prestadores que se lleguen a celebrar en virtud del proceso de invitación pública No. 2 de 2017, deben estipular medidas contractuales que permitan gradual y equilibradamente la implementación de los ajustes que al modelo se vayan adoptando en concordancia con el plan de trabajo desarrollado para tal fin. Las mejoras al modelo deben ser implementadas gradualmente una vez se cuente con la definición de cada una de ellas, garantizando la continuidad del servicio y la no afectación a la idónea ejecución contractual.
- **Participación de las aseguradoras de salud:** Para garantizar la mayor articulación entre el régimen especial de salud del magisterio y el sistema de salud, se sugiere evaluar la participación y experiencia de las entidades que en Colombia se encuentran habilitadas para asegurar el riesgo de salud, con el fin de aprovechar la experiencia y capacidad instalada, así como procurar la no traslación del aseguramiento del riesgo al prestador, tal como lo dispone la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 de 2012.

De igual forma, bajo un análisis de modelo integral y bajo la garantía de los beneficios que ostenta el régimen especial de salud del Magisterio, se debe evaluar la conveniencia de la participación de las aseguradoras de salud actuales, aquellas que bajo criterios objetivos puedan ser calificadas como las mejores del país, a efectos de que asuman la cobertura del riesgo en salud de esta población bajo la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, garantizando la materialización de principios tales como la libre elección, la especialidad, la continuidad, la oportunidad, la calidad, y condiciones particulares como sedes exclusivas y clasificadas, sin perjuicio de que la entidad fiduciaria funja como pagador y supervisor.

- **Fortalecimiento de la estructura del FOMAG:** Se ha evidenciado la necesidad de crear una estructura propia y autónoma para el FOMAG, a efectos de que exista claridad en las responsabilidades, equipos operativos, funciones y la garantía y auditoría de los servicios a su cargo.

Inclusive que se analice su transformación en una persona jurídica de derecho público, que tenga la autonomía y el régimen especial que la prestación de sus servicios demanda, empero en un entorno empresarial y asegurador, propio de esta clase de entidades prestadoras de servicios de la seguridad social y cesantías, o un grupo empresarial.





Para tal fin se recomienda al Ministerio de Educación adelantar los estudios jurídicos necesarios para llevar a cabo el anterior análisis que de acuerdo con su evaluación mejor garantice la función pública.

De igual forma, se considera necesario que la adecuación estructural del FOMAG tenga en cuenta la participación de los maestros pensionados en la composición del Consejo Directivo, en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-1053 del 05 de diciembre de 2012, proferida por la Corte Constitucional, toda vez que se reconocen como un actor muy importante dentro del sistema de salud del régimen exceptuado.

- **Concordancia con las disposiciones de la Ley 80 de 1993:** Aunque es indiscutible la importancia de la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal, se hace necesario el fortalecimiento del proceso en futuras contrataciones, a través de la aplicación integral de los postulados legales de la Ley 80 de 1993 que garantizan la transparencia, la selección objetiva y las prerrogativas contractuales que se le otorgan a la administración pública.

En este sentido se recomienda que el manual de contratación aplicable acoja las mejores prácticas de la legislación contractual pública, a efectos de que en dichos procesos contractuales y en los contratos mismos a ejecutar se materialicen las garantías y prerrogativas públicas, con el fin de asegurar la idónea ejecución de los servicios contratados y en caso contrario poder adoptar las medidas correctivas pertinentes.

En armonía con lo expuesto se reitera que la actuación preventiva de la Procuraduría General de la Nación que culmina con la formulación de las recomendaciones finales expuestas, se ha llevado a cabo bajo cuatro grandes objetivos: i) la garantía y efectividad del derecho fundamental a la salud para los docentes y sus familias, ii) transparencia y selección objetiva en el proceso de contratación, iii) protección por los recursos destinados a atender el régimen especial de salud del magisterio y, iv) mejora frente a los problemas actuales en la prestación de los servicios.

De esta manera, es importante resaltar la conveniencia y pertinencia de las recomendaciones presentadas, las cuales han sido producto del análisis y de un plan de trabajo que da fundamento a estas exhortaciones, a partir de los hallazgos, mejoras e inconsistencias encontradas durante el proceso de vigilancia preventiva.



Asimismo, se considera indispensable que el Consejo Directivo del FOMAG actualice los acuerdos 03 y 09 de 2016, a efectos de que a través de los mismos se impartan las directrices vigentes y claras en torno a los ajustes y medidas a adoptar como consecuencia de las recomendaciones plasmadas a través de esta actuación preventiva.


En todo caso, para concretar la adopción de las recomendaciones finales aquí planteadas se requiere de planes de trabajo que contemplen: i) las acciones inmediatas tendientes a ajustar el proceso de contratación y, ii) las acciones a mediano plazo tendientes a ajustar estructuralmente el modelo de salud.

En relación con el proceso de contratación en curso una vez se valore por parte de la Administración, en cabeza del Consejo Directivo del FOMAG, las evidencias encontradas por el Ministerio Públicas, se deberán adoptar las medidas administrativas que permitan corregir cualquier vicio de legalidad, proteger el patrimonio del Estado, y asegurar la plenitud de los principios de la función pública, en especial los que iluminan la contratación estatal, dentro del cual se destaca para el caso los de transparencia, planeación y economía, en el marco de la prestación de un servicio de salud oportuno y de calidad para los docentes y sus familiares, que garantice sus derechos.

Cabe resaltar, la importancia de llevar a cabo un análisis que determine la pertinencia de revisar, en concordancia con el plan de trabajo diseñado para la adopción de los ajustes estructurales al modelo, la vigencia de esta contratación, toda vez que se estima que el término de 48 meses puede llegar a ser muy prolongado para la adopción de los ajustes, en caso tal de que los mismos sólo puedan ser implementados a la finalización de los contratos que se lleguen a suscribir con ocasión del proceso de invitación pública No. 02 de 2017, salvo que se trate de cumplimiento de normas imperativas las cuales no pueden en ningún momento dejar de observarse.

Finalmente, la Procuraduría General estará atenta y vigilante de las decisiones que se adopten por parte de las autoridades administrativas y por parte de la Fiduciaria La Previsora a efecto de salvaguardar en todo momento el imperio de la ley, la defensa del patrimonio del Estado y la efectividad y salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

De la Señora Ministra,

  
**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**  
Procurador General de la Nación