

Reglamento por medio del cual se establece el procedimiento para imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

1. INTRODUCCIÓN:

La Ley 91 de 1989 creó: *"...el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica y con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional..."*.

En virtud de lo anterior, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, suscribieron el contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá D.C., prorrogado sucesivamente y a la fecha vigente.

La Ley 91 de 1989 previó la existencia de un Consejo Directivo del Fondo quien, entre otras funciones, tiene la de velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está integrado por el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo preside; El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; el Ministro de La Protección Social o su Delegado; dos (2) representantes del Magisterio designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes, y por la entidad Fiduciaria el Presidente o su delegado, con voz pero sin voto.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. tiene, entre otros, el objetivo de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo, sujetándose, en todo caso, a las disposiciones de la Ley 91 de 1.989, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y demás normas concordantes y pertinentes.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales *"exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado igual exigencia podrá hacerse al garante"*.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 preceptúa los deberes y derechos de los contratistas, estableciendo que estos *"Colaborarán con las entidades"*

contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse”.

Igualmente, el numeral 2º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales *“Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”.*

Por otra parte, el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo señala el carácter ejecutivo y ejecutorio del que gozan los actos administrativos, en virtud de lo cual la administración podrá imponer unilateralmente las multas pactadas en los contratos estatales.

FIDUPREVISORA S.A., no tiene competencia para expedir actos administrativos, toda vez que es una entidad administradora fiduciaria y no, entidad con carácter de autoridad pública, conforme a la sentencia SU-014 de 2002 de la Honorable Corte Constitucional y a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

De otro lado, el artículo 17 de la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, dispone: *“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)”.*

En cumplimiento del Artículo 17 de la ley reformativa de la Ley 80 de 1993, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., pactará en los contratos que celebre, la cláusula penal y multas de acuerdo con lo establecido en este Reglamento.

El párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece que *“Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.*

El párrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, dispone que *“Los artículos 9º y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley”*

En el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Acta No. 2 del 2 de abril de 2008, respecto del Reglamento para la imposición de sanciones en los contratos celebrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., dispuso su adopción para los contratos suscritos con ocasión del proceso de invitación pública No.143 de 2005 y su inclusión como Anexo en los Términos de Referencia del futuro proceso de contratación para la prestación de los servicios médico asistenciales que debe garantizar el Fondo.

Por lo anterior, se hace necesario establecer un procedimiento para la imposición de las sanciones pactadas en los contratos celebrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., en el cual se respete el debido proceso y se garanticen los derechos de los particulares de acuerdo con la normatividad vigente.

2. PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICION DE SANCIONES:

Para la imposición de las sanciones pactadas contractualmente o las establecidas en la ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. y sus contratistas, respetarán y actuarán de conformidad con el procedimiento que se señala a continuación:

1. Durante la ejecución de los contratos, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., realizará control y seguimiento de los contratos a través de supervisiones, auditorias y evaluaciones respectivas.
2. En el evento en que se detecte la existencia de incumplimientos parciales o deficiencias en la prestación de los servicios, bien sea por información del Comité Regional o en forma directa por la Auditoria del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. en sus evaluaciones, o por cualquier otro medio, el contratista deberá presentar un plan de mejoramiento coherente con los hallazgos, para cumplirse a corto plazo, el cual será pactado de manera conjunta con el contratante. Una vez superado el plazo para el cumplimiento del plan de mejoramiento, se realizará auditoria de seguimiento y en caso de no cumplimiento de lo pactado, el contratante elaborará un informe legal y/o técnico - científico en el cual conste la verificación de los hechos u omisiones constitutivos del incumplimiento parcial, tardío o deficiente, la gravedad de los mismos, la reiteración de la conducta y cualquier otra circunstancia relativa al incumplimiento, el cual se comunicará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Ministerio de Educación Nacional en calidad de Fideicomitente.
3. Con base en el informe legal y/o técnico – científico, se requerirá de manera escrita al contratista para que rinda sus descargos y aporte las pruebas que considere

pertinentes y a la compañía de seguros o banco garante, para que adelante las gestiones conducentes y pertinentes.

4. El requerimiento dirigido al contratista debe contener la motivación detallada en la que se expongan los hechos constitutivos, la causal de incumplimiento y la enumeración y especificación de las pruebas con fundamento en las cuales se inicia el proceso sancionatorio.
5. El contratista y/o la compañía de seguros o banco garante deberán presentar por escrito, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del requerimiento sus descargos, junto con las pruebas pertinentes que pretendan hacer valer para su defensa.
6. Una vez presentados los descargos por el contratista y/o la compañía de seguros o banco garante, el contratante deberá rendir su concepto en un término de quince (15) días hábiles contados a partir del recibo de los mismos.
7. Si los descargos y las pruebas allegadas con él, son suficientes a juicio del contratante, se archivarán las diligencias. En caso contrario, se citará al contratista, a la compañía de seguros o banco garante respectivos, o a sus representantes debidamente acreditados a la audiencia del afectado, diligencia que se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la emisión del concepto del contratante.
8. Audiencia del afectado: A continuación se establece el procedimiento para desarrollarla:
 1. Requisitos de la citación por escrito a audiencia:
 - a) Relación de los hechos constitutivos y la causal del incumplimiento,
 - b) Enumeración de las pruebas con fundamento en las cuales se hace la citación a la audiencia,
 - c) Indicación del lugar, fecha y hora en la que se realizará la audiencia,
 - d) Citación al contratista y aseguradora para que comparezca a la audiencia.

Instalada la audiencia y comprobada la personería jurídica y representación legal para actuar de los asistentes, el presidente de la misma, que para el caso será el Vicepresidente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Fidupervisora S.A., o la persona a quien éste delegue, después de leer el requerimiento y sus descargos, seguidamente ofrecerá la palabra, al representante legal de la entidad contratista, al representante de la Compañía de Seguros o banco garante. Una vez finalizadas las intervenciones y de no ser necesario de parte del contratante un análisis o verificación de los argumentos y hechos expuestos en la Audiencia, el competente o su delegado se pronunciará mediante concepto, determinando si existe o no incumplimiento y si procede

la sanción y el monto de la misma. La ausencia de uno o varios de los interesados requeridos no impedirá la celebración de la audiencia. El competente o su delegado velarán porque ésta se celebre de manera organizada sin que se presenten abusos de las partes en las exposiciones. En esta audiencia se contará con la participación de un delegado del Ministerio de Educación Nacional.

En el evento de que el contratante considere necesario un análisis o verificación de los argumentos y hechos expuestos por el contratista, el representante de la Compañía de Seguros o banco garante en la audiencia, la entidad contratante en un término de quince (15) días hábiles, se pronunciará mediante concepto, determinando si existe o no incumplimiento y si procede la sanción y el monto de la misma.

De la actuación adelantada en la audiencia se elaborará un acta donde quedará consignado un relato sucinto de los hechos constitutivos del incumplimiento, la documentación aportada, descargos presentados por el contratista y/o la aseguradora, pruebas aportadas, decretadas y practicadas, concepto del contratante frente a los descargos presentados y la decisión final tomada por el competente o su delegado, aclarando la causal del incumplimiento y la sanción a imponer. El acta servirá de base para la elaboración del acto administrativo sancionatorio, el cual será expedido por el Ministerio de Educación Nacional, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la audiencia.

La resolución sancionatoria será notificada en forma legal y contra ella procede únicamente el recurso de reposición ante el competente dentro de los términos establecidos para ello en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.

El recurso de reposición deberá resolverse de plano, previo concepto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., dicho concepto debe ser emitido en un término de quince (15) días hábiles a partir del conocimiento del mismo, señalándose si la sanción debe confirmarse o revocarse.

Una vez se emita el concepto, será enviado al Ministerio de Educación Nacional para la expedición del acto administrativo que resuelva el recurso interpuesto.

Ejecutoriada la resolución sancionatoria, se enviará copia de la misma a la Vicepresidencia Fondos de Prestaciones de Fiduprevisora; a la subdirección financiera del Ministerio de Educación; se comunicará a la Cámara de Comercio en donde se encuentre inscrito el contratista sancionado y a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

3. CAUSALES Y CUANTIAS:

En los contratos que celebre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., la Cláusula de Multas se referirá a los incumplimientos y cuantías señaladas a continuación:

1. Por el incumplimiento de las obligaciones de constitución o de prórroga de la garantía única o el seguro de responsabilidad civil extracontractual, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
2. Por el incumplimiento de cancelar los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación Pública, si a ello hubiere lugar, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
3. Por el incumplimiento de la obligación de iniciar las actividades a partir de la fecha de la orden de iniciación establecida en los Pliego de Condiciones o Términos de Referencia, el contrato o las instrucciones impartidas por el contratante, el cero punto diez por ciento (0.10%) del valor de un mes del contrato.
4. Por el mal manejo o la inversión incorrecta del anticipo, el uno por ciento (1%) del valor de un mes del contrato, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.
5. Por no presentar oportunamente los documentos, informes y demás requerimientos solicitados por el contratante, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
6. Por ceder parcial o totalmente la ejecución del contrato, sin autorización previa, expresa y escrita por parte de la unidad ejecutora del contrato o el contratante, el uno por ciento (1%) del valor de un mes del contrato.
7. Por no suscribir o incumplir los planes de mejoramiento, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
8. Por el cierre de servicios en la red ofertada, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
9. Por cambiar la red ofertada y aprobada sin autorización del contratante, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
10. Por no remitir incapacidades diariamente de los docentes a las Secretarías de Educación, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
11. Por no pagar oportunamente a la red de prestadores o proveedores, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.

12. Por no atender las decisiones de la Fiduciaria respecto a los asuntos que en virtud de lo definido en los términos de referencia ésta deba dirimir, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
13. Por restricción en el acceso a los servicios, así como por aquellas restricciones que deriven en acciones de tutela, el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de un mes del contrato.
14. Por el incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, la cuantía de la multa se determinará en un valor, no menor del cero punto uno por ciento (0.1%) ni mayor al diez por ciento (10%) del valor de un mes del contrato, por incumplimiento, según la gravedad de éste y la reiteración de la conducta.

El valor de un mes del contrato de que tratan los numerales anteriores, sólo se aplicarán a aquellos que suscriba Fiduciaria La Previsora S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para la prestación de servicios de salud. Para los demás contratos que suscriba Fiduciaria La Previsora S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se aplicarán los porcentajes descritos en los numerales precitados al valor total del contrato.

Para establecer el valor de un mes de contrato de prestación de servicios médicos asistenciales que suscriba el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tendrá en cuenta la facturación por concepto de capitación que presenta el contratista al que se le está aplicando el reglamento y procedimiento de sanciones.

Para la imposición de multas y efectividad de las garantías y la imposición de la cláusula penal pactada en los contratos que celebre Fiduciaria La Previsora S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tendrá en cuenta lo dispuesto en los pliegos de condiciones, términos de referencia, solicitud de oferta o documento equivalente en los casos de contratación directa y en el contrato respectivo.

Sólo se podrá imponer las multas a que se refiere el presente Reglamento en tres (3) oportunidades, de tal manera que en el evento de volver a presentarse un incumplimiento parcial constitutivo de causal de multa, se entenderá que se ha generado un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato, circunstancia que puede conducir a su paralización, razón por la cual se procederá a declarar la terminación unilateral del mismo y/o la declaratoria de caducidad mediante acto administrativo emanado del Ministerio de Educación Nacional. La imposición de multas no libera al Contratista de cumplir a cabalidad el contrato.

En aplicación a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 828 de 2003, en los contratos celebrados por Fiduciaria La Previsora S.A. obrando en nombre y representación del

patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será además, causal de multa el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales, (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF). El valor de la multa por esta concepto corresponderá al 1% del valor de un mes del contrato; podrán imponerse multas sucesivas hasta tanto se de el cumplimiento debido. Para la imposición de la multa se procederá en los términos de la Ley 828 de 2003.

Para los efectos previstos en el presente Reglamento, el contratista autorizará de forma expresa e irrevocable al contratante a deducir de las sumas que le llegare a adeudar por cualquier concepto, el valor de las multas que llegaren a imponerse.

En ningún evento se podrá pactar en las etapas precontractuales o contractuales, que las causales previstas en el presente Reglamento no sean aplicables o que los porcentajes sean reducidos. La inobservancia de lo anterior, acarreará las sanciones de ley a los funcionarios responsables.

Las multas a las cuales hace referencia el presente Reglamento se aplicará sobre el valor del contrato excluido IVA.

Los montos de las sanciones establecidos en este Reglamento, rigen para los contratos suscritos por Fiduciaria La Previsora S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a la fecha de publicación del presente Reglamento, se encuentren vigentes.

En todos los contratos que celebre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., se incluirá la Cláusula de Multas, con el fin de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado o de sancionar el incumplimiento contractual.

Lo establecido en el inciso anterior, se indicará en los pliegos de condiciones, términos de referencia o en la solicitud de oferta o documento equivalente en los casos de contratación directa.

El procedimiento estipulado en el presente Reglamento se aplicará en los casos en que se pretenda hacer efectiva la cláusula penal pactada en los contratos o cuando opere la declaratoria de caducidad, por hechos constituidos de incumplimiento de las obligaciones del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que puede conllevar a la paralización.

El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, faculta y delega en Fiduciaria La Previsora – Vicepresidencia Fondos de Prestaciones, el adelantamiento de los trámites de que trata el presente Reglamento y la proyección de los actos que deba suscribir el Ministerio de Educación Nacional.

Atendiendo lo dispuesto por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, en reunión del 24 de octubre de 2007, todo conflicto entre las Partes relacionado con la existencia, validez e interpretación del presente reglamento, que ellas no puedan resolver directamente, será dirimido por arbitraje. El arbitraje será legal y llevado en la ciudad de Bogotá, D.C., República de Colombia, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y los árbitros serán escogidos de la siguiente manera: cada una de las partes escoge un árbitro y entre los dos designados, se escogerá el tercero. La resolución de Arbitraje obligará a las Partes y será definitiva y obligatoria para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente. Los gastos relacionados con este procedimiento serán solventados por cada una de las Partes. Luego de establecerse el laudo la Parte perdedora reembolsará a la Parte gananciosa el importe que se determine por el Tribunal según lo abonado por éste con motivo del procedimiento.

JORGE E. PERALTA N.
Vicepresidente Fondo de Prestaciones