0. LISTA DE VERSIONES

VERSIÓN	FECHA	RAZÓN DE LA ACTUALIZACIÓN
PRELIMINAR	[FIDUPREVISORA]	[FIDUPREVISORA]

1. OBJETO

Establecer los procedimientos que rigen para la aplicación de la Cláusula Penal y para la imposición de sanciones por incumplimientos contractuales, ya sean totales o parciales, en los contratos celebrados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

PARÁGRAFO: Se iniciará el proceso de aplicación de la cláusula penal, en los casos en que el incumplimiento NO se encuentre tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción del respectivo contrato. Si el incumplimiento SI se encuentra tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción del respectivo contrato, se iniciará el proceso sancionatorio, con excepción de los casos en los cuales se declare la terminación del contrato, caso en el cual se aplicará el 100% de la cláusula penal, sin importar las sanciones contempladas en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción.

2. ALCANCE

La cláusula penal no eximirá al Contratista del cumplimiento de la obligación principal, ni del pago de los perjuicios que superen el valor de la totalidad de la cláusula penal que se pacte para el efecto, en los términos del artículo 1594 y siguientes del Código Civil y demás normas concordantes.

Las sanciones no eximirán al Contratista del cumplimiento de la obligación principal.

El presente Instructivo establece las condiciones que aplican a la totalidad de los contratos que el Fondo del Magisterio – FOMAG con posterioridad a la fecha de su publicación y de forma complementaria a los contratos celebrados por el FOMAG con anterioridad a la publicación del Instructivo, cuando en dichos contratos no se establezca procedimiento de aplicación de la cláusula penal o las sanciones, o en los cuales dichos procedimientos requieran ser complementados por decisión del FOMAG.

3. GLOSARIO

Asegurado(a): Es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo, siendo el titular del interés asegurable.

Asegurador: Es la sociedad comercial que se enmarca en definición que se establece en el artículo 1037 del Código de Comercio.

Anexo de Graduación de la Cláusula Penal: Es el Anexo 1 del presente Instructivo, el cual establece los criterios para calcular el porcentaje de valor o valor monetario de la cláusula penal que se aplicará en caso de incumplimientos parciales o totales, según corresponda, que no deriven en la terminación del contrato respectivo.

En caso de terminación del contrato por incumplimientos del Contratista, se aplicará el valor total de la cláusula penal pactada en el respectivo contrato.

Anexo de Graduación de la Sanción: Es el Anexo 2 del presente Instructivo, el cual establece las sanciones, sus hechos generadores y su porcentaje de valor o valor monetario, para contratos celebrados por el FOMAG.

Contratante: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Contratista: Persona natural o jurídica que celebre un contrato con el FOMAG.

Cláusula Penal: Es una penalidad representada en un porcentaje sobre el valor total del Contrato o un valor fijo, que las Partes pactan a favor del Contratante y en contra del Contratista, por el incumplimiento parcial o total de una o varias obligaciones contenidas en el Contrato celebrado con el Contratista, sin que la misma sea una tasación anticipada de perjuicios.

Incumplimiento total: Es un incumplimiento que abarca la completitud de las obligaciones que se pactan en un contrato, ya sea por: **i)** el cumplimiento de las obligaciones por fuera de su término, **ii)** el incumplimiento de las obligaciones por prestación deficiente del servicio, **iii)** el incumplimiento de las obligaciones por la desatención de las condiciones del bien o servicio que se debía proveer, **iv)** cualquier otra actuación un omisión del contratista que vulnere directa o indirectamente cualquier de sus obligaciones contractuales o legales.

Incumplimiento parcial: Es un incumplimiento que abarca una parte de la o las obligaciones que se pactan en el contrato, ya sea por: **i)** el cumplimiento de la obligación por fuera de su término, **ii)** el incumplimiento de la obligación por prestación deficiente del servicio, **iii)** el incumplimiento de la obligación por la desatención de las condiciones del bien o servicio que se debía proveer, **iv)** cualquier otra actuación un omisión del contratista que vulnere directa o indirectamente cualquiera de sus obligaciones contractuales o legales.

Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal: Es el oficio que emite el Vicepresidente del FOMAG con el cual se da inicio a este procedimiento, soportado en el Informe con la documentación y soporte de presuntos incumplimientos parciales o totales por parte del Supervisor.

Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio: Es el oficio que emite el Vicepresidente del FOMAG, con el cual se inicia el procedimiento sancionatorio, soportado en el Informe con la documentación y soporte de presuntos incumplimientos parciales o totales por parte del Supervisor.

Siniestro: Es la realización del riesgo asegurado.

Supervisor: Es el funcionario identificado en el numeral 4 de este Instructivo.

4. RESPONSABLES

Vicepresidente del FOMAG
Supervisor del contrato
Vicepresidencias de Apoyo
Vicepresidencia Jurídica

5. DOCUMENTOS RELACIONADOS

ML-GAD-01-003 Manual De Contratación Bienes Y Servicios De Fiduciaria La Previsora S.A
MP-GAD-01-002 Contratación De Bienes Y Servicios
MP-GAD-01-015 Supervisión De Contratos
MP-GNE-05-001 Contratación Derivada
MP-GNE-05-009 Supervisión de Contratos y Órdenes de Adquisición de Bienes y/o Servicios Derivados
ML-GNE-05-001 Manual de Contratación FOMAG
ML-GNE-05-002 Manual de Supervisión e Interventoría FOMAG

6. DESARROLLO

6.1. **CONSIDERACIONES**

PRIMERO: **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** publicó el día 30 de enero de 2020 el Instructivo para la APLICACIÓN CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA E IMPOSICIÓN DE SANCIONES

SEGUNDO: El FOMAG celebra contratos de diferente tipo y objeto contractual, los cuales pueden incluir en su clausulado una "cláusula penal pecuniaria". Para los contratos que incluyen la cláusula penal, pero no establezcan su forma de aplicación total o parcialmente, se hace necesario implementar el presente procedimiento.

TERCERO: El FOMAG celebra contratos de diferente tipo y objeto contractual, los cuales requieren de un procedimiento sancionatorio aplicable a todos sus contratos.

CUARTO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. es una sociedad de economía mixta, con carácter de

entidad financiera estatal, a la cual le es aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y las disposiciones legales del derecho privado.

QUINTO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. se encuentra exenta de aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que establece: (...) *"Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades**. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley*". (Subraya y negrilla por fuera de texto), extendiéndose esta condición a los contratos celebrados por el FOMAG.

SEXTO: Que sumado a las normas referidas anteriormente, **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** se encuentra sujeta a desarrollar sus actividades conforme a las reglas de derecho privado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 de la Ley 489 de 1990, que establece: *"Las Sociedades de Economía Mixta son organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de Sociedades Comerciales, con aportes Estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial **conforme a las reglas del derecho privado**, salvo las excepciones que consagra la ley.*" (Subraya y negrilla por fuera de texto), extendiéndose esta condición a los contratos celebrados por el FOMAG.

SÉPTIMO: Los actos que expida **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** para el desarrollo de su actividad, son de carácter privado, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, que establece lo siguiente: *"Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica **se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado**. (…)"*. (Subraya y negrilla por fuera de texto), extendiéndose esta condición a los contratos celebrados por el FOMAG.

OCTAVO: La cláusula penal está permitida por el ordenamiento civil y comercial y su inclusión, ha sido válidamente reconocida por la jurisprudencia del Consejo de Estado1 , como un ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes (artículos 1601 y 1602 del Código Civil), en armonía con lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil.

NOVENO: El presente Instructivo establece las condiciones que aplican a la totalidad de los contratos que el Fondo del Magisterio – FOMAG con posterioridad a la fecha de su publicación, y de forma complementaria a los contratos celebrados por el FOMAG con

[1] Sección tercera. Expediente 16367. Sentencia del 23 de junio de 2010. CP. Enrique Gil Botero

anterior dad a la publicación del Instructivo, cuando en dichos contratos no se establezca procedimiento de aplicación de la cláusula penal o las sanciones, o en los cuales dichos procedimientos requieran ser complementados por decisión del FOMAG.

6.2. **PRINCIPIOS**

Son principios rectores de este Instructivo:

6.2.1 El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

6.2.2 El principio de legalidad, de manera que la aplicación de penalidades o sanciones a los Contratistas, se sujeta a las reglas contenidas en el contrato respectivo, en el Instructivo que se emita específicamente para dicho contrato y/o en el presente Instructivo.

6.2.3 La debida motivación de la decisión que establezca la aplicación de la cláusula penal para los Contratistas o una sanción para los Contratistas.

6.2.4 La publicidad de este Instructivo, el Anexo de Graduación de la Cláusula Penal, el Anexo de Graduación de la Sanción y el Anexo de Transición de los Contratos de Prestación de Servicios de Salud, en la página web con dirección [].

6.2.5 La publicidad e imparcialidad en el curso del trámite estipulado en este Instructivo para la imposición de la cláusula penal o de una sanción contractual.

6.2.6 La satisfacción del derecho a la defensa y contradicción en todas las etapas del procedimiento establecido en este Instructivo. El FOMAG tendrá en cuenta los descargos que hagan las personas naturales, jurídicas, consorcios o uniones temporales a quienes se les formuló el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, y la contradicción de las pruebas allegadas regular y oportunamente.

6.2.7 La proporcionalidad en la aplicación parcial de la cláusula penal, en caso de incumplimientos parciales que no tengan como consecuencia la terminación del contrato respectivo. La gradualidad de la cláusula penal, deberá ser proporcional a su incumplimiento.

6.2.8 La proporcionalidad de la sanción, según la cual la sanción deberá ser proporcional al incumplimiento generado.

6.2.9 La finalidad de la aplicación de la cláusula penal, es penalizar al Contratista por el incumplimiento acontecido.

6.2.10 La sanción que se imponga tiene como objetivo conminar al Contratista a cumplir a futuro la totalidad de sus obligaciones contractuales, y penalizar al Contratista por el incumplimiento acontecido.

6.2.11 La Cláusula Penal y las sanciones contractuales, contenidas en el Anexo 1 de Graduación de la Cláusula Penal y en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción, se graduarán atendiendo los criterios que a continuación se señalan, en cuanto resulten aplicables:

6.2.11.1. La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de los fideicomitentes y de los usuarios finales del servicio contratado.

6.2.11.2. La reincidencia en el incumplimiento.

6.2.11.3. El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido las obligaciones por parte del Contratista.

6.3. **ACTORES DEL PROCESO SANCIONATORIO**

6.3.1. SUPERVISOR DEL CONTRATO: Cada contrato que el FOMAG ha suscrito o suscriba, tiene previsto un supervisor quien se designa por su competencia e idoneidad para monitorear el contrato, quien además es el responsable de la verificación de la ejecución de las obligaciones contractuales.

El Supervisor será el responsable de suministrar el Informe con la documentación y soporte de presuntos incumplimientos parciales o totales al Vicepresidente del FOMAG, para que el Vicepresidente del FOMAG emita el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio.

6.3.2. SUJETO ACTIVO: El FOMAG, quien actúa como sujeto activo de la potestad sancionadora.

6.3.3. SUJETO PASIVO: Son los Contratista de los contratos que celebra el FOMAG.

6.3.4. El Vicepresidente del FOMAG.

6.3.5. VICEPRESIDENCIAS DE APOYO: Son las diferentes vicepresidencias de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. que tienen la obligación de apoyar la gestión del Supervisor y del Vicepresidente del FOMAG, en los diferentes aspectos que el Supervisor y del Vicepresidente del FOMAG requieran en el desarrollo del proceso sancionatorio.

6.4. **NOTIFICACIÓN**

6.4.1. La notificación de las actuaciones adelantadas en virtud de este Instructivo, deberá efectuarse por parte del Vicepresidente del FOMAG por escrito a la dirección física y a la dirección

electrónica registradas por el Contratista en su respectivo contrato y en la dirección de notificación establecida en el Certificado de Existencia y Representación del Contratista. Igualmente se realizará la notificación a la compañía aseguradora que emitió la póliza del cumplimiento del contrato respectivo, dejando constancia del recibo por parte de la Aseguradora.

6.4.2. Toda notificación se remitirá vía correo certificado y correo electrónico.

6.4.3. Si durante el desarrollo del procedimiento el Contratista señala expresamente y por escrito, una dirección para que se le notifiquen las actuaciones correspondientes, el FOMAG deberá adicionar a las direcciones de notificación, la manifestada por el Contratista.

6.4.4. La notificación se entenderá surtida en la fecha de su recibo de acuerdo con la fecha que certifique la compañía de correos a cargo, y los términos establecidos en este Instructivo se iniciarán en el día hábil siguiente. Todos los términos establecidos en este Instructivo se deben entender como días hábiles.

En los casos en que el Contratista autorice expresamente y por escrito la notificación electrónica, esta se entenderá realizada el día en que el programa (software) de seguimiento de recepción de correos electrónicos confirme la apertura del correo electrónico o el día siguiente a la recepción del correo certificado, lo que suceda primero.

6.5. **PROCESO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y PROCESO SANCIONATORIO**

6.5.1. El Vicepresidente del FOMAG iniciará el proceso de aplicación de la cláusula penal, en los casos en que el incumplimiento NO se encuentre tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción del respectivo contrato. Si el incumplimiento SI se encuentra tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción del respectivo contrato, el Vicepresidente a Cargo se abstendrá de iniciar el proceso de aplicación de la cláusula penal, e iniciará el proceso sancionatorio, con excepción de los casos en los cuales se declare la terminación del contrato, caso en el cual se aplicará el 100% de la cláusula penal, sin importar las sanciones contempladas en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción.

6.5.2. INICIO DEL PROCESO: Las reglas que rigen el inicio del proceso de aplicación de la cláusula penal y el inicio del proceso sancionatorio, son:

6.5.2.1. El Vicepresidente del FOMAG podrá iniciar el proceso correspondiente de oficio, por informes o comunicaciones recibidas de terceros, por traslado de otras autoridades

públicas, por quejas de personas naturales o jurídicas y, en general, por cualquier medio que ofrezca credibilidad.

6.5.2.2. El Vicepresidente del FOMAG, si lo considera necesario y sin que esté obligado a ello, podrá practicar las pruebas que considere relevantes para determinar la existencia del incumplimiento.

6.5.2.3. El Supervisor del Contrato presentará el Informe con la documentación y soporte de presuntos incumplimientos parciales o totales, para que el Vicepresidente del FOMAG emita el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio. El Informe del Supervisor deberá incluir como mínimo lo siguiente:

6.5.2.3.1. La identificación del contrato.

6.5.2.3.2. La identificación del Contratista.

6.5.2.3.3. Las direcciones de notificación.

6.5.2.3.4. La tipificación de la acción u omisión que en concepto del Supervisor constituye un incumplimiento contractual.

6.5.2.3.5. La síntesis de los hechos constitutivos de los posibles incumplimientos.

6.5.2.3.6. La identificación de la norma Legal o contractual que en concepto del Supervisor fue vulnerada o incumplida.

6.5.2.3.7. La identificación de la cláusula en la cual se establece la cláusula penal.

6.5.2.4. Sustentado en los elementos anteriores, el Vicepresidente del FOMAG, una vez evaluados los elementos aportados por el Supervisor y de considerar que existe mérito, procederá a emitir el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio; los cuales, además de los elementos indicados en el numeral anterior, incluirá como mínimo:

6.5.2.4.1. Copia de las pruebas que soportan el incumplimiento alegado.

6.5.2.4.2. Los comentarios que considere debe complementar.

6.5.2.4.3. La gradualidad de la cláusula penal o la sanción que se pretende imponer, de acuerdo con el Anexo de Graduación de la Cláusula Penal o el Anexo Sancionatorio que sea aplicable.

6.5.2.5. Todas las actividades relacionadas con el Vicepresidente del FOMAG, serán apoyadas por el Supervisor y las demás Vicepresidencias de Apoyo de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

6.5.2.6. El Vicepresidente del FOMAG deberá remitir el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal al Contratista o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, según corresponda, con copia a la compañía aseguradora que emitió las pólizas de cumplimiento del contrato en cuestión, en cualquiera de sus modalidades, y al Vicepresidente Jurídico de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. para lo de su competencia.

6.5.2.7. Este procedimiento es divisible, motivo por el cual se podrán formular y notificar el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal de manera separada. Sin embargo, cuando se trate de unos mismos hechos o de hechos conexos, se procurará dar traslado a los Contratistas involucrados en forma simultánea, con el fin de poder confrontar sus descargos, precisando en cada caso cuáles cargos se proponen a título individual, hasta la concurrencia de los limites contractuales o previsto en el respectivo contrato.

6.5.3. <u>TRASLADO DEL OFICIO DE ACTIVACIÓN DEL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL O DEL PROCESO SANCIONATORIO, Y PRESENTACIÓN DE DESCARGOS:</u>

6.5.3.1. Las reglas que rigen el traslado del Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal, el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, y la presentación de descargos son:

6.5.3.1.1. Término de traslado del acto del Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o del Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, para el Contratista y la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento del contrato respectivo, será de hasta diez (10) días contados a partir del día siguiente a su notificación.

6.5.3.1.2. Durante el término del traslado, el expediente del Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o del Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, estará a disposición del Contratista y la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento, en las oficinas del área jurídica que soporta al Funcionario Competente.

6.5.3.1.3. El término de traslado es la única oportunidad en que el Contratista y la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento, puedan presentar los descargos y

pruebas que controviertan el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, según corresponda.

6.5.3.1.4. Durante el término de traslado, el Contratista o la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento, podrán solicitar una ampliación de dicho término hasta por cinco (5) días adicionales, caso en el cual el Supervisor estará obligado a otorgarla y aplicará para el Contratista y la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento, indistintamente de quien hubiera solicitado la ampliación.

6.5.3.1.5. Si el Contratista o la aseguradora guardare silencio frente al Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, emitido por el Funcionario Competente, o contestare de manera extemporánea, se entenderá aceptado el incumplimiento del contrato y desde luego, la aplicación de la cláusula penal pactada o de la sanción correspondiente.

6.5.4. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS Y DECISIÓN POR EL FUNCIONARIO COMPETENTE:

Las reglas que rigen el análisis de los descargos por el Vicepresidente del FOMAG son:

6.5.4.1. El Vicepresidente del FOMAG estudiará los descargos y pruebas presentados, conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza de la cláusula penal, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por la cláusula penal o la sanción, según corresponda.

El Vicepresidente del FOMAG se apoyará para tomar su decisión en el análisis que realice el Supervisor del Contrato y en las demás Vicepresidencias de Apoyo de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

6.5.4.2. El Vicepresidente del FOMAG si así lo considera, podrá convocar al comité de asuntos legales de negocios fiduciarios de Fiduprevisora, como órgano consultivo en la toma de su decisión.

6.5.4.3. Realizado el estudio y análisis de los descargos y pruebas presentados, el Vicepresidente del FOMAG soportado por el Supervisor y las demás Vicepresidencias de Apoyo de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., proyectará una decisión sobre el Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal o sobre el Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio, según corresponda, la cual puede ser: i) aplicar la cláusula penal o la sanción, ii) reformarla o iii) archivar el expediente y terminar el procedimiento.

6.5.4.4. El Vicepresidente del FOMAG tendrá un término de hasta diez (10) días, contados desde el día siguiente a la finalización del término definitivo para presentar descargos, para: i) análisis de los descargos y pruebas presentados, y ii) proyectar su decisión, con apoyo del Supervisor del Contrato.

6.5.4.5. El Vicepresidente del FOMAG emitirá su decisión y procederá a notificarla al Contratista y a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato.

6.6. **RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES DERIVADAS DEL INSTRUCTIVO**

6.6.1. Contra la decisión del Vicepresidente del FOMAG, procederá únicamente el recurso de segunda instancia, ante el presidente de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**. o ante el funcionario en que el presidente delegue dicha función.

6.6.2. El recurso de segunda instancia deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación al Contratista.

6.6.3. El Presidente de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. o su delegado, evaluará la decisión tomada por el Funcionario Competente, sujeto a las mismas reglas, procedimientos y con los mismos términos, a los establecidos para el Vicepresidente del FOMAG en el desarrollo los procesos a cargo.

6.6.4. Proferida la decisión del Presidente de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. o su delegado, se aplicará la sanción correspondiente o se archivará la actuación.

6.6.5. La decisión del presidente de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. o su delegado, se le deberá notificar al Contratista y a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados del respectivo contrato.

6.6.6. El FOMAG podrá bajo su exclusiva potestad: (i) cobrar directamente el valor de la cláusula penal parcial o las sanciones al Contratista, (ii) reclamar el valor de la cláusula penal parcial o las sanciones a la compañía aseguradora que expidió la póliza de cumplimento respectiva o (iii) descontar el valor de la cláusula penal parcial o las sanciones, del pago inmediatamente siguiente que deba realizar en favor del Contratista. Si no existen saldos a favor del Contratista, se cobrará a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato, dentro de los límites y coberturas contractuales. Si el pago inmediatamente siguiente no es suficiente para cubrir el pago de la cláusula penal parcial o la sanción, se realizar el descuento a los pagos subsiguientes, hasta alcanzar el valor de la cláusula penal parcial o de la sanción.

6.7. **JUEZ DEL CONTRATO**

6.7.1. El FOMAG reconoce el derecho de los Contratistas y las compañías de seguros que amparen riesgos derivados de los contratos, de acudir al juez del contrato para controvertir la decisión derivada de la aplicación de la cláusula penal o del proceso sancionatorio.

6.7.2. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. constituirá un encargo fiduciario, en el cual consignará los valores resultantes de las decisiones sancionatorias derivadas del presente Instructivo, con el objetivo de cubrir las eventuales sentencias que puedan revocar sus decisiones. Liberará los recursos una vez las eventuales sentencias queden ejecutoriadas o vencidos los términos correspondientes.

6.8. **OTROS**

6.8.1. El Anexo 3 "Transición de los Contratos de Prestación de Servicios de Salud" del presente Instructivo, establece las condiciones que rigen para los contratos de prestación de servicios de salud celebrados por el FOMAG, con anterioridad a la fecha de publicación de este Instructivo y que se encuentre vigentes en dicha fecha.

6.8.2. El presente Instructivo tendrá vigencia a partir de su fecha de promulgación y en lo sucesivo; los contratos que hubieren iniciado con antelación a la fecha de entrada en vigencia de este Instructivo, se regirán por las reglas establecidas en este Instructivo, desde su fecha de promulgación.

ANEXO 1
GRADUACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

[FIDUPREVISORA]

ANEXO 2
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
[FIDUPREVISORA]

ANEXO 3
TRANSICIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

1. OBJETO

Establecer y complementar, los procedimientos que rigen para la aplicación de la Cláusula Penal y para la imposición de sanciones por incumplimientos contractuales, de los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-012-2017	UNO
12076-006-2017	DOS
12076-011-2017	TRES
12076-002-2018	CUATRO
12076-008-2017	CINCO
12076-007-2018	SEIS
12076-003-2018	SIETE
12076-010-2017	OCHO
12076-009-2017	NUEVE
12076-013-2017	DIEZ

2. APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

En relación con los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-012-2017	UNO
12076-006-2017	DOS
12076-011-2017	TRES
12076-002-2018	CUATRO
12076-008-2017	CINCO
12076-007-2018	SEIS
12076-003-2018	SIETE
12076-010-2017	OCHO
12076-009-2017	NUEVE
12076-013-2017	DIEZ

El Vicepresidente del FOMAG iniciará el proceso de aplicación parcial de la cláusula penal, en los casos en que el incumplimiento NO se encuentre tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción o en que el contrato no establezca la existencia de multas. Si el incumplimiento SI se encuentra tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción del respectivo contrato, el Vicepresidente a Cargo se abstendrá de iniciar el proceso de aplicación de la cláusula penal, e iniciará el proceso sancionatorio, con excepción de los casos en los cuales se declare la terminación del contrato, caso en el cual se aplicará

el 100% de la cláusula penal, sin importar las sanciones contempladas en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción.

3. PROCEDIMIENTO A PARA LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

3.1. Este procedimiento es aplicable a los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-012-2017	UNO
12076-006-2017	DOS
12076-011-2017	TRES
12076-008-2017	CINCO
12076-007-2018	SEIS
12076-003-2018	SIETE
12076-009-2017	NUEVE
12076-013-2017	DIEZ

3.2. En los casos en que sea aplicable la Cláusula Penal y solo en relación con los contratos identificados en el numera 3.1 anterior, el FOMAG iniciará el proceso de aplicación de la cláusula penal, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 de los respectivos contratos, en especial en su parágrafo primero.

3.3. La graduación de la Cláusula Penal se sujetará al Anexo 1 Graduación de la Cláusula Penal.

3.4. Toda decisión relacionada con el inicio y la finalización del procedimiento, estará a cargo del Vicepresidente del FOMAG.

3.5. Una vez el Vicepresidente del FOMAG tome la decisión final en los términos del numeral 3 del parágrafo primero de la cláusula 14 y se la comunique al Contratista en las condiciones del mismo numeral, se dará inicio a la aplicación del procedimiento establecido en el numeral 5.2 de las garantías de cumplimiento de los respectivos contratos. Para ello, se adjuntará a la notificación de la decisión al Contratista, la citación que se establece en el literal (A) del párrafo cuarto del numeral 5.2 de las garantías de cumplimiento de los respectivos contratos.

3.6. Realizada la citación señalada en el numeral 3.5 anterior, se continuará con el procedimiento establecido en el numeral 5.2 de las garantías de cumplimiento de los respectivos contratos, hasta la expedición por parte del Vicepresidente del FOMAG de la decisión motivada sobre la imposición de la cláusula penal o el archivo del procedimiento.

3.7. Frente a la decisión motivada establecida en el numeral 3.6 anterior, procederá el procedimiento de segunda instancia establecido en el numeral 6.6 del Instructivo.

3.8. Para efecto de la ejecución del procedimiento establecido en el numera 3.5 anterior, y de acuerdo con el Manual de Funciones del FOMAG, el cargo de "Subgerente de Contratación" señalado en las garantías de cumplimiento, es realizado por el Funcionario a cargo definido al interior de la Vicepresidencia Jurídica de FIDUPREVISORA S.A.

3.9. En virtud de los establecido en el numeral 6.6.6 de este Instructivo y el numeral 5.4 de las garantías de cumplimento de los contratos respectivos, el FOMAG descontará el valor de la cláusula penal parcial, del pago inmediatamente siguiente que deba realizar en favor del Contratista. Si no existen saldos a favor del Contratista, se cobrará a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato, dentro de los límites y coberturas contractuales. Si el pago inmediatamente siguiente no es suficiente para cubrir el pago de la cláusula penal parcial o la sanción, se realizar el descuento a los pagos subsiguientes, hasta alcanzar el valor de la cláusula penal parcial o de la sanción.

3.10. Los numerales del Instructivo aplicables al presente procedimiento, son: 1, 2, 3 (con excepción de las definiciones de "Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal" y "Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio"), 4, 5, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7 y 6.8.

4. PROCEDIMIENTO B PARA LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA PENAL

4.1. Este procedimiento es aplicable a los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-002-2018	CUATRO
12076-010-2017	OCHO

4.2. En los casos en que sea aplicable la Cláusula Penal y solo en relación con los contratos identificados en el numera 4.1 anterior, el FOMAG iniciará el proceso de aplicación de la cláusula penal, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14 de los respectivos contratos, en especial en su parágrafo primero.

4.3. La graduación de la Cláusula Penal se sujetará al Anexo 1 Graduación de la Cláusula Penal.

4.4. Toda decisión relacionada con el inicio y la finalización del procedimiento, estará a cargo del Vicepresidente del FOMAG.

4.5. Una vez el Vicepresidente del FOMAG tome la decisión final en los términos del numeral 3 del parágrafo primero de la cláusula 14 y se la comunique al Contratista en las condiciones del mismo numeral, se realizará una audiencia final en la cual el Contratista podrá presentar sus descargos y el Vicepresidente del FOMAG podrá confirmar o revaluar su decisión. Para ello, se adjuntará a la notificación de la decisión al Contratista, la citación para la audiencia anteriormente señalada.

4.6. La audiencia identificada en el numeral 4.5. anterior, se sujetará como mínimo a las condiciones a continuación: a) el Vicepresidente del FOMAG leerá la decisión que le fue notificada por escrito al Contratista, b) el Contratista presentará verbalmente los descargos que considera se deben tener en cuenta en relación con la decisión tomada por el Vicepresidente del FOMAG en un tiempo máximo de treinta (30) minutos, y c) el Vicepresidente del FOMAG evaluará los descargos en la audiencia, para lo cual la puede suspender, y confirmará, modificará o archivará la decisión que había sido notificada en virtud del numeral 4.5 anterior. La decisión del Vicepresidente del FOMAG se le comunicará verbalmente al Contratista en la audiencia.

4.7. Frente a la decisión motivada establecida en el numeral 3.6 anterior, procederá el procedimiento de segunda instancia establecido en el numeral 6.6 del Instructivo.

4.8. En virtud de los establecido en el numeral 6.6.6 de este Instructivo, el FOMAG descontará el valor de la cláusula penal parcial, del pago inmediatamente siguiente que deba realizar en favor del Contratista. Si no existen saldos a favor del Contratista, se cobrará a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato, dentro de los límites y coberturas contractuales. Si el pago inmediatamente siguiente no es suficiente para cubrir el pago de la cláusula penal parcial o la sanción, se realizar el descuento a los pagos subsiguientes, hasta alcanzar el valor de la cláusula penal parcial o de la sanción.

4.9. Toda mención a “acto administrativo” realizada en las garantías de cumplimientos de los contratos en cuestión, se entenderá como una decisión motivada del Vicepresidente del FOMAG, de acuerdo con el régimen de contratación y operación al que están sometidos FIDUPREVISORA S.S. y el FOMAG, de acuerdo con las consideraciones del Instructivo.

4.10. Los numerales del Instructivo aplicables al presente procedimiento, son: 1, 2, 3 (con excepción de las definiciones de “Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal” y “Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio”), 4, 5, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7 y 6.8.

5. APLICACIÓN DE LAS MULTAS

En relación con los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-012-2017	UNO
12076-006-2017	DOS
12076-011-2017	TRES
12076-008-2017	CINCO
12076-007-2018	SEIS
12076-010-2017	OCHO
12076-009-2017	NUEVE
12076-013-2017	DIEZ

El Vicepresidente del FOMAG iniciará el proceso de aplicación de multas, en los casos en que el incumplimiento SI se encuentre tipificado en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción. En este caso Vicepresidente a Cargo se abstendrá de iniciar el proceso de aplicación de la cláusula penal, e iniciará el proceso sancionatorio, con excepción de los casos en los cuales se declare la terminación del contrato, caso en el cual se aplicará el 100% de la cláusula penal, sin importar las sanciones contempladas en el Anexo 2 de Graduación de la Sanción.

El Anexo 2 de Graduación de la Sanción complementa lo establecido en la cláusula 15 de los contratos en cuestión, graduando las multas en estricta armonía a los principios establecidos en el Instructivo, en protección de los Contratistas.

En virtud de lo establecido en el Instructivo y en los contratos anteriormente identificados, las expresiones “Sanción” y “Multa” se consideran sinónimos.

6. PROCEDIMIENTO A PARA LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS

6.1. Este procedimiento es aplicable a los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-012-2017	UNO
12076-006-2017	DOS
12076-011-2017	TRES
12076-008-2017	CINCO
12076-007-2018	SEIS
12076-009-2017	NUEVE
12076-013-2017	DIEZ

6.2. En los casos en que sean aplicables las Multas y solo en relación con los contratos identificados en el numera 6.1 anterior, el FOMAG iniciará el proceso de aplicación de las Multas, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 15 de los respectivos contratos.

6.3. El proceso de imposición de multas se realizará siguiendo lo establecido en el numeral 5.2 de las garantías de cumplimiento de los respectivos contratos, hasta la expedición por parte del Vicepresidente del FOMAG de la decisión motivada sobre la imposición de la Multa respectiva o el archivo del procedimiento.

6.4. La graduación de la Multa se sujetará al Anexo 2 Graduación de la Sanción.

6.5. Toda decisión relacionada con el inicio y la finalización del procedimiento, estará a cargo del Vicepresidente del FOMAG.

6.6. Frente a la decisión motivada establecida en el numeral 6.3 anterior, procederá el procedimiento de segunda instancia establecido en el numeral 6.6 del Instructivo.

6.7. Para efecto de la ejecución del procedimiento establecido en el numera 6.3 anterior, y de acuerdo con el Manual de Funciones del FOMAG, el cargo de "Subgerente de Contratación" señalado en las garantías de cumplimiento, es realizado por [FIDUPREVISORA INCLUIR CARGO].

6.8. En virtud de los establecido en el numeral 6.6.6 de este Instructivo y el numeral 5.4 de las garantías de cumplimento de los contratos respectivos, el FOMAG descontará el valor de las Multas, del pago inmediatamente siguiente que deba realizar en favor del Contratista. Si no existen saldos a favor del Contratista, se cobrará a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato, dentro de los límites y coberturas contractuales. Si el pago inmediatamente siguiente no es suficiente para cubrir el pago de las Multas, se realizar el descuento a los pagos subsiguientes, hasta alcanzar el valor de las Multas.

6.9. Los numerales del Instructivo aplicables al presente procedimiento, son: 1, 2, 3 (con excepción de las definiciones de "Oficio de Activación del Proceso de Aplicación de la Cláusula Penal" y "Oficio de Activación del Proceso Sancionatorio"), 4, 5, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7 y 6.8.

7. PROCEDIMIENTO B PARA LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS

7.1. Este procedimiento es aplicable a los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-010-2017	OCHO

7.2. En los casos en que sea aplicable una o varias Multas y solo en relación con los contratos identificados en el numera 7.1 anterior, el FOMAG iniciará el proceso de aplicación de las Multas, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.5 del Instructivo.

7.3. La graduación de la Multa se sujetará al Anexo 2 Graduación de la Sanción.

7.4. Toda decisión relacionada con el inicio y la finalización del procedimiento, estará a cargo del Vicepresidente del FOMAG.

7.5. Una vez el Vicepresidente del FOMAG tome la decisión final en los términos del numeral 6.5.4.5 del Instructivo y se la comunique al Contratista en las condiciones del numeral 6.4 del Instructivo, se realizará una audiencia final en la cual el Contratista podrá presentar sus descargos y el Vicepresidente del FOMAG podrá confirmar o revaluar su decisión. Para ello, se adjuntará a la notificación de la decisión al Contratista, la citación para la audiencia anteriormente señalada.

7.6. La audiencia identificada en el numeral 7.5 anterior, se sujetará como mínimo a las condiciones a continuación: a) el Vicepresidente del FOMAG leerá la decisión que le fue notificada por escrito al Contratista, b) el Contratista presentará verbalmente los descargos que considera se deben tener en cuenta en relación con la decisión tomada por el Vicepresidente del FOMAG en un tiempo máximo de treinta (30) minutos, y c) el Vicepresidente del FOMAG evaluará los descargos en la audiencia, para lo cual la puede suspender, y confirmará, modificará o archivará la decisión que había sido notificada en virtud del numeral 4.5 anterior. La decisión del Vicepresidente del FOMAG se le comunicará verbalmente al Contratista en la audiencia.

7.7. Frente a la decisión motivada establecida en el numeral 7.6 anterior, procederá el procedimiento de segunda instancia establecido en el numeral 6.6 del Instructivo.

7.8. En virtud de los establecido en el numeral 6.6.6 del Instructivo, el FOMAG descontará el valor de las Multas, del pago inmediatamente siguiente que deba realizar en favor del Contratista. Si no existen saldos a favor del Contratista, se cobrará a la compañía de seguros que haya amparado los riesgos derivados de respectivo contrato, dentro de los límites y coberturas contractuales. Si el pago inmediatamente siguiente no es suficiente para cubrir el pago de las Multas, se realizar el descuento a los pagos subsiguientes, hasta alcanzar el valor de las Multas.

7.9. Toda mención a “acto administrativo” realizada en las garantías de cumplimientos de los contratos en cuestión, se entenderá como una decisión motivada del Vicepresidente del FOMAG, de acuerdo con el régimen de contratación y operación al que están sometidos FIDUPREVISORA S.S. y el FOMAG, de acuerdo con las consideraciones del Instructivo.

7.10. Los numerales del Instructivo aplicables al presente procedimiento, son: 1, 2, 3, 4, 5, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8.

8. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD SIN MULTAS

Los contratos identificados a continuación:

# CONTRATO	REGIÓN
12076-002-2018	CUATRO
12076-003-2018	SIETE

No establecen en su clausulado la existencia de multas o sanciones para los contratistas, motivo por el cual, sus incumplimientos contractuales se sujetarán al procedimiento de imposición de la cláusula penal por incumplimientos parciales, que se establece en este anexo.