

Bogotá, 05 de septiembre de 2025.

Señores

Aseguradora Solidaria de Colombia.

Atn Dr. Diego Pérez.

ASUNTO: CONCEPTO JURÍDICO DE VIABILIDAD PARA INTERPOSICIÓN DE MEDIO DE CONTROL – CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

A continuación, presentamos el concepto jurídico conclusivo que define la posibilidad de promover los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por parte de la compañía, con fundamento en el proceso de incumplimiento contractual que terminó con la expedición de la Resolución N. 333 del 2025, mediante la cual se resolvieron los recursos interpuestos contra la Resolución N. 275 del 2025, por la cual la Secretaria General del Fondo de Adaptación declaró el incumplimiento total del Contrato No. FP-LP-I-S-003-2021, imponiendo al contratista una sanción de \$919.550.192 y declarando la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza única de cumplimiento No. 465-47-994000003594.

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. FP-LP-I-S-003-2021.

- El Contrato de Interventoría No. FA-LP-I-S-003-2021 fue suscrito el 14 de mayo de 2021 por el FONDO ADAPTACIÓN y JASCOM INGENIERÍA SAS, cuyo objeto fue: “*Reconstrucción de redes de alcantarillado en la Avenida La Paz del Casco Urbano del municipio de Cimitarra – Santander*”.
- El mencionado contrato contempló un valor inicial de \$3.783.843.228 y un plazo inicial de 9 meses contados a partir del acta de inicio suscrita el 15 de julio de 2021, así: Etapa 1 (Pre - construcción – 1 mes). Etapa 2 (Construcción – 7 meses) y Etapa 3 (Post construcción – mes).
- El 14 de febrero de 2022 se suscribió acta de suspensión N. 1 de la etapa de pre – construcción con el fin de lograr la apropiación de los estudios y diseños del proyecto. Por lo anterior, el 26 de abril de 2022 se suscribió Otro Sí N. 1 en donde se prorrogó el plazo por el término de 5 meses aplicables a la etapa de construcción, teniendo como fecha de terminación el 14 de noviembre de 2022. De igual forma, se modificó el valor del contrato disminuyendo el valor por el balance definitivo de mayores y menores cantidades de obra, quedando en el valor de \$3.678.200.768.

- En virtud del referido contrato, se suscribió la Garantía Única de Cumplimiento – Póliza Única de Cumplimiento No. 465-47-994000003594 expedida por la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

- El Fondo de Adaptación mediante comunicaciones Nos. E-2024-004187 y E-2024-004185 del 16 de octubre de 2024 dirigidas al contratista y su garante respectivamente, el Fondo Adaptación convocó a la Audiencia Pública de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por el presunto incumplimiento, efectividad de cláusula penal pecuniaria y exigibilidad de la garantía única de cumplimiento otorgada en virtud del Contrato nro. FA-LP-I-S-003-2021.
- La diligencia se instaló el 24 de octubre de 2024 y fue suspendida por la solicitud de nulidad presentada por la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C exponiendo la imposibilidad de acceder a los anexos de la citación, por lo que se desconocía el informe de incumplimiento y demás documentos que respaldaban el inicio del proceso. La diligencia se reanudó el 28 de octubre de 2024 en donde se resolvió la solicitud de nulidad y se reprogramó para la presentación de los descargos.
- La audiencia de presentación de descargos y solicitudes probatorias del contratista se llevó a cabo el 31 de octubre de 2024 y el 05 de noviembre de 2024 se presentaron los descargos de la aseguradora. El día 06 de noviembre se notificó el auto que decreta y resuelve solicitudes probatorias.
- En audiencias del 27 de diciembre de 2024 y del 10 de enero de 2025 se dio traslado de las pruebas practicadas en cada fecha, sobre las cuales no se presentaron solicitudes de aclaración o complementación. Finalmente, en audiencia del 11 de febrero de 2025 se presentaron los alegatos de conclusión de las partes.
- El día 04 de junio de 2025, el Fondo de Adaptación emitió la Resolución N. 275 de 2025 “Por la cual se decide sobre la imposición de la sanción a título de cláusula penal pecuniaria por el presunto incumplimiento de las obligaciones descritas en el Contrato nro. FA-LP-I-S-003-2021 suscrito entre el Fondo Adaptación y Jascom Ingeniería SAS”. Dicha resolución estableció, entre otras cosas, lo siguiente:

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento total del Contrato nro. FA-LP-I- S-003-2021 suscrito entre el FONDO ADAPTACIÓN y JASCOM INGENIERÍA SAS, con NIT: 800.131.966-3, cuyo objeto fue: “Reconstrucción de redes de alcantarillado en la Avenida La Paz del Casco Urbano del municipio de Cimitarra – Santander”, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS derivados del incumplimiento del Contrato nro. FA-LP-I-S-003-2021 y en consecuencia, IMPONER SANCIÓN a JASCOM INGENIERÍA SAS, con NIT: 800.131.966-3, a título de CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA, por la suma de NOVECIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS M/Cte (\$919.550.192,00).

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR LA OCURRENCIA DE SINIESTRO amparado por la Póliza Única de Cumplimiento No. 465-47-994000003594 y todos sus anexos expedida por la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.

- En el término concedido, la Aseguradora Solidaria de Colombia presentó recurso de reposición contra la resolución N. 275 del 2025, el cual fue resuelto el 07 de julio de 2025 en audiencia de lectura de la resolución N. 333 del 2025, la cual dispuso, entre otras cosas:

“ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO TOTAL del Contrato no. FA-LP-I-S-003-2021 suscrito entre el FONDO ADAPTACIÓN y JASCOM INGENIERÍA SAS, con NIT: 800.131.966-3, cuyo objeto fue: “Reconstrucción de redes de alcantarillado en la Avenida La Paz del Casco Urbano del municipio de Cimitarra – Santander por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES, la Resolución No. 275 de 2025, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

- En ese sentido, el proceso sancionatorio contractual terminó con la declaratoria de incumplimiento parcial del Contrato No. FA-LP-I-S-003-2021, impuso al contratista la multa de NOVECIENTOS DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS M/Cte (\$919.550.192,00) y declaró la ocurrencia del siniestro.

ANÁLISIS DE VIABILIDAD DE INCOAR EL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

A. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES ORDINARIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la resolución sancionatoria indicó

“Se aclara que el acta a la que hace referencia del 14 de octubre de 2022 corresponde a la de terminación de la etapa de construcción, más no a la del contrato, que en efecto es, el 14 de

noviembre de 2022, ante lo cual, es pertinente aclarar al garante la diferencia de éste con lo que se conoce como el plazo de vigencia del contrato.

Así las cosas, la entidad tiene plena facultad según lo señalado antes, para proceder a la declaratoria de incumplimiento y luego de ello ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, no siendo entonces de recibo las argumentaciones que pretender inhabilitar tal ejercicio por parte de la administración, pues como lo ha reiterado el Consejo de Estado, la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que no sólo puede ejercerse durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria.

En efecto, en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento, por lo que la presente actuación se adelantó y ahora culmina, considerando que la entidad mantiene incólume su potestad para liquidar el contrato durante el plazo de vigencia del mismo, y por tal, hasta esa término, puede adelantar el proceso administrativo sancionatorio de naturaleza contractual, sin perjuicio que por la habilitación del artículo 52 del CPACA, la potestad sancionatoria opera luego de transcurridos tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, plazo dentro del cual el acto administrativo sancionatorio debe quedar expedido y notificado”.

Sin embargo, lo mencionado en dicha resolución no hace referencia a la defensa presentada por la garante, dada la confusión de conceptos por la entidad, pues si bien es cierto que la administración cuenta con la facultad sancionadora que el artículo 52 del CPACA le confiere, no es cierto que dicha normativa lo faculte para iniciar la acción ordinaria del contrato de seguro en los mismos términos, pues recordemos que la prescripción que se debe tener en cuenta es la que se indica en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual prevé 2 tipos de prescripción respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, de la siguiente manera:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Para el caso en concreto se mencionó que el acta de terminación del contrato se suscribió por el Fondo de Adaptación el 14 de octubre de 2022, fecha que a pesar de lo mencionado en la Resolución N. 275 del 2025 (al decir que fue la liquidación de la etapa de construcción), fue en la que efectivamente la administración tuvo conocimiento real del supuesto incumplimiento en la ejecución del contrato por el contratista por un porcentaje del 71,83%.

Se infiere que conocía el incumplimiento, pues de esta manera optó por terminar la etapa contratada; no puede indicar que el conocimiento fue posterior, como lo pretende hacer al mencionar la fecha de terminación del contrato total (14 de noviembre de 2022), máxime cuando se trata de la ejecución de una obra pública la cual por naturaleza es palpable y cierta. En ese orden de ideas, tenía hasta el 14 de octubre de 2024 para haber reclamado de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio o haber expedido acto administrativo declarando el incumplimiento y afectando el siniestro de cumplimiento de la Póliza mencionada. Teniendo en cuenta que la administración optó por afectar el seguro mediante el proceso sancionatorio contractual, a la fecha de emisión del Acto Administrativo que declara el siniestro (Res. N. 275 de 2025) fue emitido el 04 de junio de 2025; es decir que han pasado más de los 2 años para hacerlo, y sin tener un acto administrativo en firme.

Aunado a lo anterior, así se considere que el conocimiento fue el 14 de noviembre de 2022, el término bienal para declarar el siniestro fue superado, como se expuso anteriormente.

B. SE EVIDENCIÓ LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DEL FONDO DE ADAPTACIÓN

De acuerdo al material probatorio que obra en el proceso sancionatorio, se logró evidenciar que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a las demoras injustificadas del Fondo de Adaptación y de la interventoría del contrato. Por lo tanto, la supuesta inejecución de las obligaciones del contratista no le son imputables a su responsabilidad, sino al Fondo de Adaptación. Así, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículos 1594 y 1615 ibidem, para poder exigir perjuicios o la cláusula penal se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

Lo anterior, teniendo en cuenta que toda vez que:

- 1) Los diseños primigenios no fueron apropiados por el contratista. Al momento de ejecutar el contrato, la entidad contratante ya tenía unos diseños sobre la obra. En ese sentido, el contratista se vio en la necesidad de realizar ajustes técnicos a los diseños, lo que lo conllevó a una demora para la ejecución. Dicha situación fue puesta en conocimiento mediante el Oficio No. CT-FA-003 del 27 de junio de 2021; a lo cual se debe agregar que, si bien dicha obligación se encontraba en los documentos contractuales, es una falta al principio de planeación llevada a cabo por el Fondo de Adaptación, en donde no se revisaron aquellos estudios y diseños posteriores a la fase 1 del proyecto en Cimitarra; los cuales eran completamente necesario actualizar para iniciar la fase 2 la cual licitaron.

Así entonces, es imposible justificar la imposición al contratista de obligaciones adicionales a las contratadas; ya que, en cumplimiento de sus obligaciones el contratista realizó los ajustes técnicos a los diseños, pero lo que no se tuvo en cuenta por el Fondo de Adaptación es que esto conllevó a una demora adicional para la ejecución haciendo necesario mayores tiempos para el contrato. Se debe recordar que la situación fue puesta en conocimiento desde junio del 2021 y no fue hasta agosto 13 de 2021 que se suspendió el contrato por 2 meses para la revisión de los ajustes presentados a los diseños.

- 2) Existió otra situación cuando, sólo hasta el 14 de octubre de 2021 la interventoría recomendó iniciar con la socialización del proyecto ante la comunicad. La demora del interventor afectó significativamente al contratista. Tanto así que el ajuste propuesto por el contratista duró más de 50 días calendario en ser rechazado.
- 3) El contratista el 21 de diciembre de 2021 entregó la información requerida frente a los ajustes de los diseños y solo hasta el 15 de febrero de 2022 la interventoría realizó una mesa de trabajo.
- 4) Ahora, frente al retraso en la propuesta frente a los diseños, el contratista solicitó una prórroga el 25 de febrero y solo fue resuelta el 25 de marzo de 2022, afectando nuevamente la ejecución del contrato. En últimas el otro sí fue firmado el 26 de abril de 2022.

Ahora bien, la entidad contratante no tuvo en cuenta los diferentes hechos imprevistos que han afectado el contrato, tales como las fuertes precipitaciones, la falla en el proveedor del contratista, los días culturales que decretó el Municipio de Cimitarra.

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o "*exceptio non adimpleti contractus*".

En conclusión, luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones fueron del contratante Fondo de Adaptación y de la interventoría, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones asumidas por el contratista, se debió dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado.

C. FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD FRENTE A LA CUANTIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y DEL SUPUESTO PERJUICIO.

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del Contrato de Obra No. FA-LP-I-S-003-2021, adelantado por el Fondo de Adaptación, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Para precisar esto, es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone:

“(…) Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)”. Negrilla fuera de texto.

Lo anterior, por cuanto en la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte de la Entidad ni cómo llegó a la cuantificación del supuesto perjuicio, existiendo una diferencia de criterio respecto del porcentaje del contrato ejecutado a la fecha, toda vez que el contratista siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada del Fondo de Adaptación y del interventor del contrato al momento de ejecutarse la fase de pre-construcción, es de señalar que el incumplimiento previo de los mencionados conllevó a la situación contractual adversa para el contratista.

Adicionalmente la interventoría señala que el cumplimiento del contrato es del 28.17% pero realiza la cuantificación de los perjuicios sobre el 100% del valor del contrato como si el contratista no hubiese cumplido ni con el 1% del mismo. La cláusula penal se pactó por el 25% del valor del contrato, es decir, por \$919.550.192, sin embargo, esto es aplicable solo en el escenario de que el incumplimiento sea total. Sin aceptar responsabilidad alguna y solo ciñéndose a lo presuntamente elaborado por el contratista, este no incumplió totalmente el contrato, por lo que no es procedente dicho cálculo.

CONCLUSIONES.

Se debe mencionar que, la Póliza No. 465-47-99400003594 emitida por Aseguradora Solidaria sí ofrece cobertura material pues dentro de sus amparos se encuentra el de cumplimiento, y el objeto del proceso sancionatorio contractual es determinar si existió incumplimiento del contratista Jascom Ingeniería en la ejecución de Contrato FA-LP-I-S-003-2021, el cual tiene como objeto la reconstrucción de redes de acueducto en el Municipio de Cimitarra.

Del mismo modo, la póliza sí ofrece cobertura temporal en tanto la vigencia del contrato es desde el 14 de mayo de 2021 hasta el 14 de julio de 2023, y en ese lapso de tiempo se cobija el inicio del contrato y su fin.

Frente a la responsabilidad del contratista, está probado con los informes de interventoría que Jascom Ingeniería solo ejecutó el 28,17% de la obra. Si bien el contratista en sus descargos advirtió que su incumplimiento se causó porque el Fondo de Adaptación incurrió en demoras y dilaciones, no está probado de forma técnica esta situación ni tampoco se ha acreditado que el contratista realizó actuaciones tendientes para equilibrar el contrato.

Por lo anterior, se observa que existe únicamente un argumento con mérito suficiente para dar inicio a un medio de control, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros; sin embargo, en el caso concreto conocemos que el Fondo de Adaptación corrió traslado a la Aseguradora Solidaria el día 09 de julio de 2025 de la radicación de *demanda "medio de control-controversias contractuales"*, la cual no ha sido admitida a la fecha.



Bogotá, D.C., julio de 2025

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER (REPARTO)
SECCIÓN TERCERA
E. S. D.

REF:
MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: FONDO ADAPTACIÓN
DEMANDADOS: JASCOM INGENIERIA S.A.S., Y OTRO

1. ASUNTO: PRESENTACIÓN MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

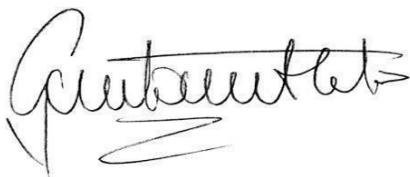
AMANDA DIAZ PEÑA, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.260.320, portadora de la Tarjeta Profesional No. 126.885. del C. S. de la J., en mi condición de apoderado judicial del **FONDO ADAPTACIÓN**, conforme al poder otorgado por la doctora **DIANA PAOLA PÁEZ LOZANO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 52.907.136, en mi condición de **Secretaria General (E) del FONDO ADAPTACIÓN**, como consta en la Resolución No. 714 del 20 de diciembre de 2023 y el acta de posesión No. 057 del 21 del mismo mes y año, y conforme a lo dispuesto en el literal a del artículo 5° de la Resolución 313 del 19 de junio de 2025, cuya copia se adjunta, con mi acostumbrado respeto de dirijo a Usted Honorable Magistrado con la finalidad de interponer el medio de control de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**, contra **JASCOM INGENIERIA S.A.S.**, con NIT 800.131.966-3, representada legalmente por **MARY ELIZA GAMARRA CARVAJAL**, identificada con cédula de ciudadanía **1.193.109.171** y la compañía de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, identificada con Nit No 860.524.654-6 representa legalmente por Rafael Acosta Chacón, identificada con la cedula de ciudadanía número 79.230.843 o quien haga sus veces, en calidad de garante de la póliza 465-47-994000003594, suscrita por la **JASCOM INGENIERIA S.A.S.**, a favor del Fondo Adaptación, con la finalidad que se declare que los demandados incumplieron en forma total o parcial del contrato de obra número FA-LP-I-S-003-2021 por causas imputables a este, como consecuencia se condene a la indemnización de perjuicios originados en ese incumplimiento a favor del **FONDO DE ADAPTACIÓN**, en calidad de contratante, además que se orden la liquidación judicial del mencionado contratos, previo los tramites y rituales propios del proceso Contencioso Administrativo, conforme a las siguientes:

Por ello, y teniendo en cuenta que en sede judicial la compañía de seguros podría verse beneficiada por el argumento de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, observamos oportuno y adecuado presentar el medio de control individual, y paralelamente presentar demanda de reconvención en virtud de la demanda ya radicada por el Fondo de Adaptación, la cual, además, no le es exigible el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial¹.

Expuesto lo anterior, reiteramos respetuosamente la existencia de argumentos en derecho, los cuales permiten la viabilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa bien sea para presentar el medio de control como para contestar la demanda ya presentada por el Fondo de Adaptación y la respectiva demanda en reconvención; argumentando lo señalado a lo largo de este escrito.

Por otro lado, consideramos necesario que la compañía realice el pago con el fin de evitar un proceso de cobro coactivo teniendo en cuenta que la resolución sanción presta mérito ejecutivo.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

¹ Al respecto, véase: a. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 25 de octubre de 2019, exp. 62582, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y b. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 28 de febrero de 2019, exp. 61011, C.P. María Adriana Marín