**FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA**

**FUERZA AÉREA COLOMBIANA**

**RESOLUCIÓN No. 4**
(9 de diciembre del 2022)

Por cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato n. º051-00-A-COFAC-GOCOP-2022, y se impone una sanción a HHS suministros y servicios.

**LA OFICINA DE GOBIERNO CORPORATIVO DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA.**

Con fundamento en los artículos 3, 4, 12, 13,14 y 59 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011, Contrato n.°051-00-A-COFAC-GOCOP-2022, póliza de seguro n.°14-44-10154420 y,

**CONSIDERANDO QUE:**

1. **Antecedentes.**

**Primero.** El 17 de junio de 2.022, la **Fuerza Aérea Colombiana** y **HHS Suministros y Servicios**, identificado con el NIT: 19.374.690-6 y representada legalmente por **Heliodoro Hernández Sánchez**, con C.C. No. **19.374.690**. suscriben Contrato No. **051-00-A-COFAC-GOCOP-2022**, para la «ADQUISICIÓN MATERIALES Y SUMINISTROS MANTENIMIENTO GENERADORES ELECTRICOS DE LOS RADARES DE LA FUERZA AEREA COLOMBIANA».

**Segundo.** El valor del contrato es de ciento sesenta y nueve millones sesenta y nueve mil seiscientos cuarenta pesos con noventa y dos centavos ($169.069.640,92).

**Tercero.** El 3 de julio de 2022 las partes suscriben acta de inicio. El ordenador del gasto designó la supervisión principal del contrato a TE. Evelio López Piedrahita y T2. Wilmer Fabián Figueroa colmenares como suplente.

**Cuarto.** El contratista presentó póliza única de cumplimiento n.°**14-44-10154420** expedida por **Seguros del Estado S.A.** Los amparos son acordes a los porcentajes de cubrimiento y plazos contemplados en la matriz de riesgo.

**Quinto.** En vigencia de la ejecución del contrato HHS suministros y servicios entregó los siguientes bienes:

| ITEM | DESCRIPCIÓN BIEN O SERVICIO | UNIDAD | NUMERO DE PARTE | NUMERO DE SAP | CANTIDAD |
|---|---|---|---|---|---|
| | RUBRO 02-02-01-003-004-02 REC 10 (PRODUCTOS QUIMICOS INORGÁNICOS BÁSICOS) | | | | |
| 1 | DESTILED WATER, ACS: AGUA DESTILADA | GALON | A-A-59282 | 1319230 | 350 |
| | RUBRO 02-02-01-003-006-02 REC 10 (Otros productos de caucho) | | | | |
| 2 | CORREA ACANALADA (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | 3289941 | 1292115 | 10 |
| | RUBRO 02-02-01-004-003-09 REC 10 (Otras máquinas para usos generales y sus partes y piezas) | | | | |
| 6 | CUERPO DE FILTRO TOMA DE AIRE 142-1340 (CAT C9) | UNIDAD | 142-1340 | 1625395 | 20 |
| 7 | FILTRO DE COMBUSTIBLE FF5421 (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | FF5421 | 1627518 | 48 |
| 8 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA FS19732 (Cummins QSB7-G3-NR3 ) | UNIDAD | FS19732 | 1445734 | 160 |
| 9 | FILTRO DE ACEITE LF3970 (Cummins QSB7-G3/G2-NR3 ) | UNIDAD | LF3970 | 1627519 | 36 |
| 10 | FILTRO DE TOMA DE AIRE AF25962 (Cummins QSB7-G3- NR3 ) | UNIDAD | AF25962 | 1627496 | 24 |
| 11 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO P601286 (Cummins QSB7-G2- NR3) | UNIDAD | P601286 | 1211628 | 24 |
| 12 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO P601280 (Cummins QSB7-G2-NR3) | UNIDAD | P601280 | 1211629 | 72 |
| 13 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA R90P (Cummins QSB7- G2-NR3) | UNIDAD | R90P | 1211630 | 72 |
| 15 | FILTRO DE COMBUSTIBLE (PLANTA ELECTRICA KIPOR - KDE19STA3 / KDE20SS3) - BF720 | UNIDAD | BF720 | 1664939 | 5 |
| 16 | FILTRO DE ACEITE (PLANTA ELECTRICA KIPOR KDE19STA3 / KDE20SS3) - BF7534 | UNIDAD | BF7534 | 1798710 | 10 |
| 17 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO (Cummins C100D6E ALT DA8183) - AF25910 | UNIDAD | AF25910 | 1768869 | 10 |
| 18 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO (Cummins C100D6E ALT DA9183 ) - AF25911 | UNIDAD | AF25911 | 1768868 | 30 |
| 19 | FILTRO DE ACEITE LF3349 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | LF3349 | 1071100 /1420061 | 30 |
| 20 | FILTRO DE COMBUSTIBLE FF5052 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | FF42000 / 3931063 / FF5052 | 1762003 | 30 |
| 21 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA FS1280 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | FS1280 / 3903410 | 1505067 | 15 |
| 22 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO PN A034P658 (Cummins C60D6E - Fleetguard AF26085) | UNIDAD | A034P658 / AF26085 | 1768673 | 15 |
| 23 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO PN A034P662 (Cummins C60D6E -Fleetguard AF26086) | UNIDAD | A034P662 / AF26086 | 1768674 | 48 |
| 24 | FILTRO DE ACEITE PN 5367232 (Cummins C60D6E - fleetguard LF16011) | UNIDAD | / LF16011/ BT8409 / P551132 | 1798611 | 100 |
| 25 | FILTRO DE ACEITE (Cat C4) 7W-2326 | UNIDAD | 7W-2326 | 1141414 | 136 |
| 26 | STANDAR EFFICIENCY FUEL WATER SEPARATOR FILTER (Cat C4) 1R-1804 | UNIDAD | 1R-1804 | 1222142 | 136 |
| 27 | FUEL WATER SEPARATOR FILTER (Cat C4) 441-5111 | UNIDAD | 441-5111 | 1222141 | 52 |
| 28 | AIR FILTER (Cat C4) 233-5182 | UNIDAD | 233-5182 | 1141416 | 48 |

**Sexto.** Las partes pactan la finalización del contrato al 31 agosto de 2.022. No obstante, se modificó a solicitud del contratista hasta el 30 de septiembre de 2.022. Finalmente se realizó un segundo modificatorio por solicitud de HHS suministros y servicios hasta el 31 de octubre de 2.022.

**Séptimo.** El contratista no entregó los ítems 2,3,4, 5 y 14 establecidos en el anexo técnico.

## 2. Apertura del procedimiento administrativo sancionatorio.

Mediante oficio FAC-S-2022-212044-CI del 22 de noviembre de 2022 se solicitó la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio contra el contratista, HHS suministros y servicios.

La solicitud se fundamentó, en síntesis:

**Cargo único**. Incumplimiento en la entrega total de los bienes objeto de compra.

**1**. Finalizado el plazo de ejecución el contratista no entrego los bienes discriminados en el cuadro.

| ITEM | DESCRIPCIÓN BIEN O SERVICIO | UNIDAD | NUMERO DE PARTE | NUMERO DE SAP | CANTIDAD |
|---|---|---|---|---|---|
| | RUBRO 02-02-01-003-006-02 REC 10 (Otros productos de caucho) | | | | |
| 2 | CORREA ACANALADA (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | 3289941 | 1292115 | 20 |
| 3 | CORREA ACANALADA CUMMINS 3935335 (Cummins C100D6E) - 8PK1420 | UNIDAD | 3935335 | 1768671 | 12 |
| 4 | CORREA ACANALADA CUMMINS PN 4995243 (Cummins C60D6E) | UNIDAD | 4995243 | 1768672 | 12 |
| 5 | CORREA ACANALADA CAT C4 2614B853 197 | UNIDAD | 2614B853 197 | 1222143 | 44 |
| | RUBRO 02-02-01-004-003-09 REC 10 (Otras máquinas para usos generales y sus partes y piezas) | | | | |
| 14 | STRAINER/PRE - FILTER PS120-01 (Cummins QSB7-G2- NR3) | UNIDAD | PS120-01 | 1661997 | 5 |

**2.** El contratista entregó bienes alusivos a los ítems 2,3,4,5 y 14. Sin embargo, los elementos no corresponden al anexo técnico, no son números alternos abalados por las casas fabricantes. Por tanto, los bienes entregados no se reciben a satisfacción. Aduce la supervisión que, la Fuerza Aérea Colombiana no ha hecho uso de estos elementos en las plantas de los radares militares, y el utilizarlos implica un riesgo para la seguridad nacional. En dicha oportunidad se informó al contratista que los bienes por entrega deben acompasarse con las especificaciones y números de parte descritas en el anexo técnico.

**3.** El 18 de agosto de 2.020 se realizó reunión en la Dirección de Apoyo al Comando y Control en el Comando Aéreo de Mantenimiento de Bogotá. En la diligencia comparece el gerente del proyecto, el supervisor del contrato, personal técnico de mantenimiento radar y el señor Heliodoro Hernández. En dicha oportunidad se evaluó la propuesta por parte del contratista de recibir diferentes materiales a los estipulados en el contrato; sin embargo, una vez analizada la propuesta informal se concluyó que, los materiales ofrecidos por la empresa HHS no se aceptan por la supervisión del contrato, ya que los parte número no son los estipulados en el anexo técnico y no cumplen las mismas características técnicas.

**4.** La entidad prorrogó dos veces el plazo inicialmente pactado para la entrega de todos los elementos objeto de compra; sin embargo, el contratista no realizó actividades afirmativas tendientes a la adquisición de los bienes pendientes. Para lo cual, tuvo un periodo superior a cuatro (4) meses.

**5.** El 27 de octubre de 2022 mediante oficio HHS-2930-2022, el contratista solicitó la prórroga del contrato por 45 días más. Sin embargo, la empresa HHS suministros y servicios no argumentó adecuadamente la solicitud; pues, se limitó a la manifestación a la no entrega de los bienes por parte de la casa fabricante. No obstante, se solicitó al contratista la presentación de documentación -facturas, órdenes de compra, entre otros- que soportarse la petición, frente a lo cual se guardó silencio.

**6.** En el desarrollo de la ejecución contractual, el contratista no realizó actuaciones afirmativas que demostrasen la imposibilidad de cumplir el contrato conforme a la ficha técnica. Por tanto, no se haya razón aparente que exima de responsabilidad al contratista.

**7.** En la etapa previa a la suscripción del acuerdo comercial el contratista no presentó observaciones o inconformidades frente al estudio previo ni a los documentos que lo complementan. Por el contrario, manifestó expresamente el conocimiento de su contenido y la capacidad para proveer a la administración de los bienes objeto de compra.

**8.** El contratista conto con más de 136 días para la adquisición de los bienes insolutos. Termino más que suficiente para la negociación, coordinación, importación y demás aspectos relacionados con los ítems, frente a los cuales, la empresa HHS suministros y servicios conoce su forma de comercialización por encontrarse dentro de las actividades comerciales desarrolladas por el contratista.

**3.Cláusulas contractuales presuntamente incumplidas.**

Anexo clausulado electrónico:

**1.** Cláusula 5 - Obligaciones particulares del Contratista
Son las obligaciones del Contratista derivada del presente contrato las emanadas del anexo técnico y las siguientes:

6.1 Desarrollar y cumplir el objeto del Contrato, en las condiciones de calidad, oportunidad, y obligaciones definidas en el mismo.

**2.** Anexo: ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PARA ADQUISICIÓN MATERIALES Y SUMINISTROS MANTENIMIENTO PLANTAS ELECTRICAS RADARES FAC.

**3. Tramite del procedimiento sancionatorio.**

La entidad encontró mérito para seguir con las actuaciones relativas al procedimiento sancionatorio. Convocó audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, teniendo como partes, a la FUERZA AÉREA COLOMBIANA y, por otra, HHS suministros y servicios. Se llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. los cuales se notifican en debida forma como se constata en el expediente.

La audiencia se surtió en las fechas programadas, se cumplió todas y cada una de las etapas del procedimiento sancionatorio, respetándose a los intervinientes el ejercicio al derecho de defensa y contradicción contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011.

El señor **Heliodoro Hernández Sánchez**, representante legal de HHS suministros y servicios no compareció a la diligencia, frente a lo cual se dejó constancia en la grabación.

**Por su parte, Seguros del Estado S.A. por intermedio de su apodera, en síntesis, indicó:**

Adujo violación al debido proceso, al derecho defensa y contradicción al no aceptarse la suspensión de la actuación por la no comparecencia del contratista; pues, no tiene soportes o las razones del presunto incumplimiento de quien ejecuta el contrato.

Frente a lo cual, indicó:

> […] «El derecho de defensa, no tiene limitaciones en materia contractual y por eso admite cualquier manifestación suya, es decir, que ejerce mediante las prestaciones de prueba la controversia, las existencias de ser oído y se practiquen pruebas y se conviertan, es decir, en síntesis que se respete el derecho de audiencia y defensa que permita fijar la posición de la parte y en general, de toda forma de participación en el procedimiento que contribuya a defender una posición o postura jurídica en cuyo ejercicio legítimo debe ajustarse a los principios establecidos en la garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la prescripción de la responsabilidad objetiva. No le pena sine culpa la presunción de inocencia. Las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho de no declarar contra sí mismo el derecho de contradicción y provisión del nombre. Por lo cual resulta necesario que la administración permite a quienes se puedan ver afectados con el procedimiento administrativo sanitario el ejercicio de estas garantías mínimas, pues de lo contrario, como lo señala el Consejo de Estado, hay una vulneración al debido

proceso que se rige como una causa de autonomía, de nulidad de los actos administrativos […]»

Asimismo, solicito la aplicación del principio de proporcionalidad, teniéndose en consideración los perjuicios que sufra el asegurado y que sea imputables al contratista.

Asimismo, solicitó la aplicación de la figura de compensación en el evento de imponerse una sanción.

**4. Consideraciones.**

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente, los descargos presentados por la aseguradora, la entidad procede a resolver la solicitud de presunto incumplimiento. Para la resolución del caso, la entidad enunciara las principales normas que regulan el procedimiento administrativo sancionatorio; expondrá la procedencia y finalidad de la cláusula penal; analizará los hechos presuntivos de incumplimientos, los descargos realizados por la aseguradora y por último resolverá de fondo.

**Principales normas que regulan el procedimiento administrativo sancionatorio.**

Constitución Política de Colombia. Artículo: 29 «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas» […] «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.»

Ley 1150 de 2007. Artículo 17. 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 sólo 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.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Ley 1474 de 2011. Artículo: 86 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:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que

se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Ley 80 de 1993. Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Artículo 4. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.
2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
6. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3. de esta ley, los contratistas:

[…]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 en trabamiento que pudieran presentarse. 4 garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello."

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los

contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.
Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.
En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.
Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Artículo 23. De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: 1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

**Procedencia y finalidad de la cláusula penal.**

El artículo 1592 de la Ley 84 de 1873 define la cláusula penal como una garantía de cumplimiento, consistente en la imposición de una pena por la ejecución tardía o no ejecución de las obligaciones a su cargo.

La sala plena de la Corte Suprema de Justicia en control abstracto de constitucionalidad del artículo 1592 del Código Civil, indicó:

> […]
>
> «La cláusula penal es simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratade (Sic) perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma[1]»

Por su parte, el Consejo de Estado[2] refiriéndose al tema, dispuso:

> «El entendimiento jurisprudencial de esta disposición ha sido entonces, principalmente, el de que se trata del cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad se derivan del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, por lo que una vez éste se presenta, la entidad puede, o bien declarar la caducidad del contrato, si el mismo se halla vigente, o declarar el incumplimiento del mismo, si ya había vencido su plazo, y en ambos casos, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada.»

En consecuencia, la cláusula penal pecuniaria, es la estipulación mediante la cual, el contratista se obliga al pago de una suma de dinero equivalente al porcentaje acordó, en el evento en que se declare el incumplimiento del contrato o la caducidad de este.

**Análisis de los hechos presuntivos de incumplimiento.**

Advierte la entidad que, en la oportunidad correspondiente se citó al contratista para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; sin embargo, este no compareció a la diligencia.

No obstante, la entidad analizará la narración de los hechos presentados por la supervisión junto con las pruebas allegadas al oficio citatorio para la toma de una decisión de fondo.

Revisada la documentación, encuentra la entidad que mediante informe de supervisión del 8 de noviembre de 2.022 se deja constancia del recibo a satisfacción de los siguientes ítems:

---

[1] Proveído del 27 de septiembre de 1974. Magistrado ponente: Luis Sarmiento Buitrago.

[2] Consejo de Estado. Exp.11001032600020090003400. M.P. Martín Bermúdez Muñoz, providencia del 28 de noviembre de 2019.

| ITEM | DESCRIPCIÓN BIEN O SERVICIO | UNIDAD | NUMERO DE PARTE | NUMERO DE SAP | CANTIDAD |
|---|---|---|---|---|---|
| | RUBRO 02-02-01-003-004-02 REC 10 (PRODUCTOS QUIMICOS INORGÁNICOS BÁSICOS) | | | | |
| 1 | DESTILED WATER, ACS: AGUA DESTILADA | GALON | A-A-59282 | 1319230 | 350 |
| | RUBRO 02-02-01-003-006-02 REC 10 (Otros productos de caucho) | | | | |
| 2 | CORREA ACANALADA (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | 3289941 | 1292115 | 10 |
| | RUBRO 02-02-01-004-003-09 REC 10 (Otras máquinas para usos generales y sus partes y piezas) | | | | |
| 6 | CUERPO DE FILTRO TOMA DE AIRE 142-1340 (CAT C9) | UNIDAD | 142-1340 | 1625395 | 20 |
| 7 | FILTRO DE COMBUSTIBLE FF5421 (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | FF5421 | 1627518 | 48 |
| 8 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA FS19732 (Cummins QSB7-G3-NR3 ) | UNIDAD | FS19732 | 1445734 | 160 |
| 9 | FILTRO DE ACEITE LF3970 (Cummins QSB7-G3/G2-NR3 ) | UNIDAD | LF3970 | 1627519 | 36 |
| 10 | FILTRO DE TOMA DE AIRE AF25962 (Cummins QSB7-G3- NR3 ) | UNIDAD | AF25962 | 1627496 | 24 |
| 11 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO P601286 (Cummins QSB7-G2- NR3) | UNIDAD | P601286 | 1211628 | 24 |
| 12 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO P601280 (Cummins QSB7-G2-NR3) | UNIDAD | P601280 | 1211629 | 72 |
| 13 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA R90P (Cummins QSB7- G2-NR3) | UNIDAD | R90P | 1211630 | 72 |
| 15 | FILTRO DE COMBUSTIBLE (PLANTA ELECTRICA KIPOR - KDE19STA3 / KDE20SS3) - BF720 | UNIDAD | BF720 | 1664939 | 5 |
| 16 | FILTRO DE ACEITE (PLANTA ELECTRICA KIPOR KDE19STA3 / KDE20SS3) - BF7534 | UNIDAD | BF7534 | 1798710 | 10 |
| 17 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO (Cummins C100D6E ALT DA8183) - AF25910 | UNIDAD | AF25910 | 1768669 | 10 |
| 18 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO (Cummins C100D6E ALT DA9183 ) - AF25911 | UNIDAD | AF25911 | 1768668 | 30 |
| 19 | FILTRO DE ACEITE LF3349 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | LF3349 | 1071100 /1420061 | 30 |
| 20 | FILTRO DE COMBUSTIBLE FF5052 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | FF42000 / 3931063 / FF5052 | 1762003 | 30 |
| 21 | FILTRO SEPARADOR DE AGUA FS1280 (Cummins C100D6E y Cummins 6bt-5.9) | UNIDAD | FS1280 / 3903410 | 1505067 | 15 |
| 22 | FILTRO DE AIRE SECUNDARIO PN A034P658 (Cummins C60D6E - Fleetguard AF26085) | UNIDAD | A034P658 / AF26085 | 1768673 | 15 |
| 23 | FILTRO DE AIRE PRIMARIO PN A034P662 (Cummins C60D6E -Fleetguard AF26086) | UNIDAD | A034P662 / AF26086 | 1768674 | 48 |
| 24 | FILTRO DE ACEITE PN 5367232 (Cummins C60D6E - fleetguard LF16011) | UNIDAD | / LF16011/ BT8409 / P551132 | 1798611 | 100 |
| 25 | FILTRO DE ACEITE (Cat C4) 7W-2326 | UNIDAD | 7W-2326 | 1141414 | 136 |
| 26 | STANDAR EFFICIENCY FUEL WATER SEPARATOR FILTER (Cat C4) 1R-1804 | UNIDAD | 1R-1804 | 1222142 | 136 |
| 27 | FUEL WATER SEPARATOR FILTER (Cat C4) 441-5111 | UNIDAD | 441-5111 | 1222141 | 52 |
| 28 | AIR FILTER (Cat C4) 233-5182 | UNIDAD | 233-5182 | 1141416 | 48 |

Asimismo, se dejó constancia de la no entrega de los elementos 2,3,4, 5 y 14 establecidos en el anexo técnico. La no satisfacción de la totalidad de los elementos se replica en el informe preliminar de incumplimiento y en el informe de supervisión del 5 de diciembre de 2.022. Por tanto, la entidad encuentra probada la no satisfacción de los elementos descritos en el cuadro por parte del contratista HHS suministros y servicios, representada legalmente por Heliodoro Hernández Sánchez.

| ITEM | DESCRIPCIÓN BIEN O SERVICIO | UNIDAD | NUMERO DE PARTE | NUMERO DE SAP | CANTIDAD |
|---|---|---|---|---|---|
| | RUBRO 02-02-01-003-006-02 REC 10 (Otros productos de caucho) | | | | |
| 2 | CORREA ACANALADA (Cummins QSB7-G3/G2- NR3 ) | UNIDAD | 3289941 | 1292115 | 20 |
| 3 | CORREA ACANALADA CUMMINS 3935335 (Cummins C100D6E) - 8PK1420 | UNIDAD | 3935335 | 1768671 | 12 |
| 4 | CORREA ACANALADA CUMMINS PN 4995243 (Cummins C60D6E) | UNIDAD | 4995243 | 1768672 | 12 |
| 5 | CORREA ACANALADA CAT C4 2614B853 197 | UNIDAD | 2614B853 197 | 1222143 | 44 |
| | RUBRO 02-02-01-004-003-09 REC 10 (Otras máquinas para usos generales y sus partes y piezas) | | | | |
| 14 | STRAINER/PRE - FILTER PS120-01 (Cummins QSB7-G2- NR3) | UNIDAD | PS120-01 | 1661997 | 5 |

No obstante, la entidad procede analizar la concurrencia de causales que eximan al contratista de responsabilidad frente al incumplimiento.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el contratista manifestó expresamente desde la etapa previa a la suscripción del acuerdo negocial el conocimiento de los bienes objeto de compra, entre ellos, la composición técnica y su capacidad para proveer a la entidad de los mentados bienes. (Certificado para acreditar ofrecimiento de especificaciones técnicas).

Asimismo, la entidad concedió la ampliación del plazo de ejecución en dos ocasiones a fin de que el contratista realizase todas las actuaciones para la satisfacción o entrega del cien

por ciento de los bienes. Por su parte, este no manifestó la imposibilidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por el contrario, se comprometió reiteradamente al cumplimiento de estas.

Ni en la solicitud de prorroga ni en la ejecución del contrato se allegó soportes, entre ellos, facturas, ordenes de compra o cualquier otro documento que acreditase las actuaciones tendientes a la adquisición de los bienes. El cual, contó con más de cuatro meses para la adquisición de estos sin que ello se realizase.

Por lo anterior, la entidad no encuentra causal que exima al contratista frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales.
Frente a la presunta violación al debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa y contradicción alegado por la aseguradora. Precisa la entidad que, se puso en conocimiento del contratista el inicio de la actuación administrativa desde el 29 de noviembre de 2.022. En su momento, se citó a la parte el 6 de diciembre de 2.022, no obstante, la entidad decidió reprogramar por única vez la diligencia para el 9 de diciembre de 2.022. A efectos de garantizar el derecho de defensa y contradicción de las partes. Razón por la cual, no se encuentra la presunta violación indilgada.
Asimismo, la asegurada se encontraba en la posibilidad de comunicarse con el contratista y así efectuar una defensa técnica. No obstante, se limito únicamente a la comparecencia de la diligencia sin tener siquiera un somero acercamiento con el contratista. Razón por la cual, no puede pretenderse inculparse a la administración de la falta de debida diligencia que se espera por parte de la aseguradora.

Descendiendo al caso en concreto y conforme a las pruebas obrantes en el expediente administrativo, se evidencia que el contratista incumplió en la entrega de los elementos 2,3,4, 5 y 14 establecidos en el anexo técnico adjunto al contrato electrónico.

Asimismo, no se encontró alguna manifestación realizada por el contratista que impidiese la ejecución del contrato; por el contrario, se encuentra en la actuación administrativa un sinnúmero de requerimientos realizados al contratista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales sin que este lo realizase en debida forma.

Por todo lo anterior, considera la entidad que el incumplimiento del contrato es atribuible a HHS Suministros y Servicios, identificado con el NIT: 19.374.690-6 y representada legalmente por Heliodoro Hernández Sánchez, con C.C. No. 19.374.690. sin que medie para el caso alguna causal de eximente de responsabilidad o exoneración.

**Cláusulas contractuales incumplidas.**

Conforme al análisis de los hechos propuestos se determinó que el contratista incumplió las siguientes cláusulas contractuales. El incumplimiento se fundamenta en la ley, la invitación publica, el contrato y demás documentos que integran la relación contractual.
Anexo clausulado electrónico:

**1.** Cláusula 5 - Obligaciones particulares del Contratista
Son las obligaciones del Contratista derivada del presente contrato las emanadas del anexo técnico y las siguientes:

> 6.1 Desarrollar y cumplir el objeto del Contrato, en las condiciones de calidad, oportunidad, y obligaciones definidas en el mismo.

**2.** Anexo: ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PARA ADQUISICIÓN MATERIALES Y SUMINISTROS MANTENIMIENTO PLANTAS ELECTRICAS RADARES FAC.

**Identificación de la sanción y tasación de la sanción.**

El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionatorio contractual conlleva a que la sanción impuesta corresponda al incumplimiento del contratista. La cláusula 11° del contrato estipula que, declarado el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato, el contratista debe pagar a título de indemnización una suma equivalente al 20% del valor del contrato. Por tanto, entre mayor sea el retraso, más gravosa será la sanción. Para el caso, el contratista no entregó la totalidad de los bienes objeto de compra. Aspecto que imposibilitó la satisfacción de la necesidad identificada por la Fuerza Aérea para la consecución de los fines del Estado. Razón por la cual, la entidad tazará en proporción con los elementos no entregados. En este sentido, la Fuerza Aérea Colombiana encuentra ajustada la sanción a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, consecuente con el acuerdo de voluntades y el incumplimiento del contratista.

Es oportuno manifestar que la infracción administrativa corresponde a una acción u omisión típica, antijurídica y culpable para la que el ordenamiento jurídico prevé la imposición de una sanción administrativa. Sus elementos esenciales coinciden con los de un delito.

En cuanto a la tipicidad de la conducta es menester señalar que para la imposición de las sanciones tales como las multas, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, "por medio de 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". Esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y sanciones que hubieren sido pactadas. El artículo prescribe:

"Artículo 17 el debido proceso en materia sancionatoria en las actuaciones contractuales, donde se establece "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 sólo 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.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. 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."

Es claro entonces, que la ley faculta a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tendrán la facultad de imponer las sanciones (multa o clausula penal) que hayan sido pactadas, así específicamente, en el contrato se estableció taxativamente la cláusula penal.

Se concluye entonces que, de los incumplimientos reportados por la supervisión se comprobaron con las pruebas aportadas, dando certeza de su acaecimiento; por ende, es conducente imposición de la cláusula penal pactada en el contrato.

Comprobado el requisito de tipicidad. La entidad procede al análisis de la antijuridicidad. Conforme al informe de incumplimiento se dejó claramente establecidas las cláusulas incumplidas por lo que se tiene que lo antijurídico de la conducta se desprende de la inobservancia de las obligaciones contractuales, entendiendo que el contrato configura ley para las partes, así la conducta desplegada por el contratista genero un perjuicio, no solo para la entidad contratante sino para el interés general que se pretende satisfacer, debido a la no ejecución de sus obligaciones contractuales para el cumplimiento del objeto contractual.

Finalmente, en cuanto a la culpabilidad, es importante resaltar que los hechos generadores de presunto incumplimiento, que concretan los cargos de incumplimiento (Principio de tipicidad) resultan de una conducta contraria a las obligaciones contractuales y en tal sentido ocasiona el daño (Antijuridicidad), donde, el vínculo o nexo causal de estos, (Culpabilidad) lo configura el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, este último requisito, a saber, fue objeto de análisis de acuerdo a los múltiples requerimientos realizados por la supervisión, mediante los cuales se solicitó el cumplimiento de cada una de las obligaciones e igualmente el análisis de los descargos presentados por la aseguradora, no obstante, a juicio de la entidad, el contratista no presentó pruebas que desvirtuaran los cargos de incumplimiento endilgados, ni tampoco encontró que el incumplimientos obedezca a causas exógenas al contratista. En tal sentido, se demuestra la materialización del incumplimiento.

En consecuencia, La Fuerza Aérea Colombiana, en ejercicio de las facultades legales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sancionará **a HHS Suministros y Servicios, identificado con el NIT: 19.374.690-6 y representada legalmente por**

**Heliodoro Hernández Sánchez, con C.C. No. 19.374.690** al pago de **veintidós millones ochocientos veintinueve mil ochocientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos ($22.829.869,59)** Correspondientes a la aplicación de la Cláusula once del contrato, al comprobarse el incumplimiento injustificado de las obligaciones contraídas en el Contrato 051-00-A-COFAC-GOCOP-2022.

**Compensación.** En caso de presentarse saldos a favor del contratista se aplicará lo dispuesto en el artículo 1714 del Código Civil y la cláusula décima del contrato. **Remanentes.** La entidad pagará al contratista el remanente que resultase de la deducción del monto de la sanción.

Por último, la Dirección de Compras Públicas mediante oficio informará a la Cámara de Comercio sobre la imposición de la multa respectiva de acuerdo con lo estipulado en el numeral 6.2 del Artículo 6 de la Ley1150 de 2007.

En mérito de lo expuesto, se

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Se declara el incumplimiento del Contrato N.º 051-00-A-COFAC-GOCOP-2022, por parte del contratista, **HHS Suministros y Servicios**, identificado con el NIT: 19.374.690-6 y representada legalmente por Heliodoro Hernández Sánchez, con C.C. No. 19.374.690.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Se impone la cláusula penal al contratista, HHS Suministros y Servicios, identificado con el NIT: 19.374.690-6 y representada legalmente por Heliodoro Hernández Sánchez, con C.C. No. 19.374.690 y, a Seguros del Estado S.A. al pago de **veintidós millones ochocientos veintinueve mil ochocientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos ($22.829.869,59)** Por concepto de cláusula penal pecuniaria dispuesta en el contrato de la referencia y amparada con la póliza No. 14-44-10154420 en lo concerniente al amparo de cumplimiento.

La aseguradora pagará la sanción impuesta en el evento que el contratista no cancele la sanción o el faltante que resultase de efectuarse la figura de compensación.

**ARTÍCULO TERCERO:** Compensación. En caso de presentarse saldos a favor del contratista aplíquese el artículo 1714 del Código Civil y la cláusula décima del contrato.

**ARTÍCULO CUARTO:** Notificar en la presente diligencia conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

**ARTÍCULO QUINTO:** En aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Contra la resolución procede el recurso de reposición. Deberá interponerse, sustentarse y decidirse en la audiencia.

**ARTÍCULO SEXTO:** En aplicación del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, ejecutoriado el acto administrativo, envíese copia a la Procuraduría General de la Nación, Cámara de Comercio y se publicará en la página del SECOP.

**ARTÍCULO OCTAVO:** Comunicar la resolución a DEIFIN encargados de atender su cumplimiento.

**ARTÍCULO NOVENO:** La resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

**COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.**



T.C. MILTÓN SALVADOR CARDENAS PIRAGAUTA
**Jefe Oficina Gobierno Corporativo de TI**
**Fuerza Aérea Colombiana**