

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.



FUERZA AÉREA COLOMBIANA.

RESOLUCIÓN No. 2 (5 de noviembre de 2024)

Por la cual se decide de fondo sobre la actuación administrativa sancionatoria contractual correspondiente a la Orden de Compra 132635, relacionado con el presunto incumplimiento de las obligaciones de NICHOLL`S TACTICA S.A.S. Nit 900.215.324, representada legalmente por Pedro Nel Benavides Hernández identificado con cédula de ciudadanía No. 3.129.055 de Pasca (Cundinamarca).

LA DIRECCIÓN LOGÍSTICA AERONÁUTICA DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA.

Con fundamento en los artículos 29, 209 de la Constitución Política de Colombia; 17 de la Ley 1150 de 2007; 86 de la Ley 1474 de 2011; Orden de Compra 132635; la póliza única de cumplimiento No. 21-44-101449964 y, demás normas que regulan la contratación pública.

CONSIDERANDO QUE:

1. Antecedentes del contrato.

El 15 de agosto de 2024, la Dirección Logística Aeronáutica (DILOA) apertura, mediante Acuerdo Marco de Precios, evento de cotización 176739, para la «ADQUISICIÓN DE CASCOS ANTIBALAS NIVEL IIIA MODELO ASALTO RAPIDO QUE CUMPLAN CON LOS ESTÁNDARES DE RESISTENCIA BALÍSTICA DE ACUERDO CON LA NTMD-0246-A3, PLAN AYACUCHO SOLDADOS PROFESIONALES DE LA FAC.»

El procedimiento para la suscripción del contrato de compraventa cumple con lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios, el Manual de Contratación del Ministerio de Defensa y lo solicitado en el estudio previo.

El 27 de agosto de 2024, el señor Pedro Nel Benavides Hernández, identificado con cédula de ciudadanía 3.129.055, en su calidad de representante legal de la sociedad NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., con NIT 900.215.324-1, presentó oferta seria, formal e irrevocable.

La propuesta presentada por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. fue la de menor valor. Por lo tanto, el 30 de agosto de 2024 se adjudicó a esta empresa la Orden de Compra No. 132635, por un valor de dos mil setecientos millones doscientos treinta y seis mil novecientos siete pesos con cincuenta y siete centavos (\$2.700.236.097,57).

El 3 de septiembre de 2024, se aprobó la póliza única de cumplimiento No. 21-44-101449964, emitida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. Los amparos corresponden a lo establecido en el Acuerdo Marco de Precios, cubriendo el cumplimiento del contrato, la calidad y correcto funcionamiento de los bienes, así como el pago de salarios, prestaciones sociales, obligaciones legales e indemnizaciones laborales, conforme a los montos y valores consignados en el contrato de seguro.

El ordenador del gasto designó como gerente del proyecto al Mayor Dairo Rafael Carrillo Caballero y como supervisor principal al Mayor Juan Augusto Barrera González.

En el acuerdo comercial se estableció como fecha de finalización del plazo de ejecución el 30 de noviembre de 2024, los elementos objeto del contrato deberán ser entregados en el Almacén General de Armamento Terrestre No. 5, ubicado en el Comando Aéreo de Mantenimiento, en la dirección Carrera 5 No. 2-92 Sur, Madrid, Cundinamarca.

El 5 de septiembre de 2024, se efectuó reunión de coordinación entre la empresa Nicholl`s Táctica y la Fuerza Aérea Colombiana de acuerdo con lo establecido en la Guía Técnica de Ministerio de Defensa Nacional GTMD-0004-A4 numeral 3.1 Reunión de Coordinación.

2. Apertura del procedimiento administrativo sancionatorio.

Mediante oficios FAC-S-2024-183749-CI del 23 de septiembre de 2024 y FAC-S-2024-193146-CI del 2 de octubre de 2024 el gerente del proyecto y la supervisión presentan a la ordenación del gasto informe para la apertura de procedimiento administrativo sancionatorio.

La solicitud se fundamentó, en síntesis:

Cargo único. «Discordancias en la información allegada por el contratista en la propuesta durante el evento de cotización 176739.»

El 6 de septiembre de 2024, CIA Miguel Caballero S.A.S. indicó que el certificado de los cascos balísticos presentado por NICHOLL`S TACTICA S.A.S., emitido por la empresa V-Great y considerado un requisito habilitante técnico para el evento de cotización 176739, presenta un membrete y una firma que difieren de los utilizados por el proveedor chino. Esto sugiere una posible alteración del documento.

El 6 de septiembre de 2024, se solicitó vía correo electrónico al proveedor V-Great que informara si el certificado presentado por Nicholls Táctica S.A.S. había sido emitido y firmado por ellos como proveedores de casquetes para los cascos balísticos.

Asimismo, se requirió al contratista para que se pronunciara respecto a las observaciones presentadas por la Compañía Miguel Caballero S.A.S., y que adjuntara los soportes correspondientes a efectos de tener claridad frente a la situación.

El 8 de septiembre de 2024, el proveedor V-Great respondió, mediante una traducción no oficial al castellano, que la “CARTA DEL PROVEEDOR DE CASCOS DE NICHOLLS” para el evento 176739 no posee el sello oficial de V-Great International Limited. Afirmaron que el sello fue creado con un software de edición de imágenes y que, por lo tanto, no lo emitieron de manera oficial.

El 9 de septiembre de 2024, el contratista manifestó desconocer las razones por las cuales el proveedor chino negaba haber emitido el certificado y adjuntó la documentación que consideró pertinente en ejercicio de su derecho de defensa.

El 12 de septiembre de 2024, el contratista amplió su respuesta adjuntando una copia integral del formulario FORMATO CONOCIMIENTO CONTRAPARTE, advirtiendo que la respuesta del 9 de septiembre de 2024 era incompleta.

El 11 de septiembre de 2024 se emitió nuevamente una solicitud de aclaración al proveedor chino a través del correo electrónico indicado en la página web oficial de la empresa extranjera. Esto se debió a que, en ocasiones anteriores, se remitieron los requerimientos a la dirección web indicada por la contratista. La respuesta a este requerimiento fue recibida el 12 de septiembre de 2024, en la cual se ratificó lo señalado en la comunicación del 8 de septiembre de 2024.

El 13 de septiembre de 2024, se requirió nuevamente a la contratista para ampliar y precisar la información proporcionada, a fin de indagar la relación comercial que tiene la compañía con la empresa extranjera.

El 18 de septiembre de 2024, mediante el oficio Hermes No. FAC-S-2024-030414-CE, se requirió a la empresa V-Great que indicara la relación comercial que tiene con la señora Sunny Xu y la dirección electrónica de la suscrita, la cual ha sido mencionada extensamente en las respuestas de la contratista. En contestación a dicho oficio, el 19 de septiembre de 2024, la compañía extranjera indicó ser

empleada de la empresa, pero manifestó desconocer el correo electrónico mencionado.

En respuesta, el supervisor del contrato remitió el oficio No. FAC-S-2024-031042-CE el 23 de septiembre de 2024, en el cual envió la copia del acta solicitada. No obstante, advirtió que persistían dudas respecto a las manifestaciones realizadas por CIA Miguel Caballero S.A.S. sobre el certificado de cascos balísticos, lo que podría afectar la ejecución y recepción de los materiales.

En relación con la solicitud realizada por la contratista el 15 de septiembre de 2024, el 26 de septiembre de 2024, mediante el oficio Hermes FAC-S-2024-031141-CE del 26 de septiembre de 2024 / MDN-COGFM-FAC-COFAC-JEMFA-CODAF-JELOG-DILOA, el suscrito ordenador del gasto negó la solicitud, entendiendo que continúan las averiguaciones por la discordancia de la información, lo cual impide acceder a lo solicitado.

El 23 de septiembre de 2024, se recibió un oficio de Nicholls Táctica S.A.S. en el que manifiesta su intención de garantizar el cumplimiento de la orden de compra a pesar de los obstáculos presentados. Solicitó que se continúe con el proceso, considerando su propuesta de cambio de proveedor de casquetes. Menciona que se encuentran en una situación compleja debido a acusaciones infundadas y problemas con el proveedor original, reitera la buena fe mantenida con la oferta y en la ejecución de la orden de compra, y solicita una audiencia para aclarar la situación. Asimismo, informa una denuncia realizada contra BEIJING V-GREAT INTERNATIONAL TRADE CO. LTD. por los presuntos delitos de injuria, calumnia, estafa, entre otros.

3. Tramite del procedimiento sancionatorio.

La entidad encontró mérito para seguir con las actuaciones relativas al procedimiento sancionatorio. Por tanto, convocó audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, teniendo como partes, a la Fuerza Aérea Colombiana y, por otra,

NICHOLL`S TACTICA S.A.S., A su vez, se llamó en garantía a Seguros del Estado S.A.

El 18 de octubre de 2024 se llevó a cabo la audiencia, cumpliéndose todas las etapas del procedimiento sancionatorio y garantizando a los intervinientes el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2011.

3.1. Etapa de descargos.

El contratista, a través de su apoderada Nubia Mercedes Romero Vega, presentó descargos, registrados desde el minuto 53:58 hasta el minuto 1:25:47 de la grabación.

Por su parte, la abogada Tania Paola Flores Guerrero, apoderada especial de Seguros del Estado S.A., presentó descargos, los cuales están registrados desde el minuto 1:27.42 hasta el minuto 1:58.41 de la grabación.

3.2. Decreto y práctica de pruebas.

Se declaró abierta la etapa de decreto y práctica de pruebas. En la diligencia se ordenó la incorporación de las pruebas documentales presentadas por la administración junto con la citación, así como las aportadas por el proveedor, con la advertencia de que serán objeto de valoración en la etapa procesal correspondiente.

Durante la actuación se resolvió la solicitud de pruebas, decretándose el testimonio de los señores Santiago Benavidez y Diego Alexander Quemba Gutiérrez, y negándose las demás pruebas solicitadas.

En audiencia del 28 de octubre de 2024, se practicaron las pruebas decretadas por la administración, las cuales se encuentran registradas en la grabación desde el minuto 13:56 hasta el minuto 1:35:03.

4. Consideraciones.

En atención al cargo formulado por la entidad, los descargos presentados por el contratista y su garante, y las pruebas aportadas y practicadas en la actuación administrativa, se procede a resolver de fondo el presunto incumplimiento del contratista. Para ello, la administración analizará su **I)** competencia para decidir, expondrá las **II)** normas aplicables al procedimiento sancionatorio contractual, evaluará la **III)** procedencia de la caducidad contractual, expondrá las **IV)** garantías al debido proceso y el principio *in dubio pro administrado*, examinará **V)** el cargo y los descargos presentados y, finalmente, emitirá una **VI)** decisión de fondo.

1) Competencia.

El Ministerio de Defensa Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, particularmente las conferidas por los artículos 211, 216 y 217 de la Constitución Política; el artículo 12 de la Ley 80 de 1993; el artículo 37 del Decreto 2150 de 1995; el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995"; el Decreto 1874 de 2021; la Ley 1150 de 2007; la Ley 1474 de 2011; y la Resolución No. 4223 del 23 de junio de 2022, ha delegado funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios, así como con la administración de ciertos procesos, en algunos servidores públicos de la Fuerza Aérea Colombiana. Esta delegación les otorga la competencia para celebrar contratos y gestionar asuntos contractuales.

Conforme a lo establecido en la citada resolución, la delegación se basa en criterios de jerarquía, cuantía, funciones, concepto presupuestal del gasto, y los bienes y/o servicios que conforman el objeto del contrato, definiendo las pautas para su ejercicio.

En virtud de la Resolución No. 4223 de 2022, el delegado contractual u ordenador del gasto tiene plena facultad para llevar a cabo todas las actividades necesarias para gestionar los procesos de contratación en todas sus etapas, así como para desarrollar actuaciones administrativas sancionatorias dentro del marco de las normas aplicables en materia de contratación estatal.

El Coronel Carlos Alberto Gutiérrez Suárez fue designado como Director de Logística Aeronáutica (DILOA) mediante la Resolución Ministerial No. 0692 del 5 de marzo de 2024 y tomó posesión del cargo según el Acta No. 9650 del 13 de marzo de 2024. En esta función, tiene la autoridad para emitir el acto administrativo que resuelva de fondo el procedimiento sancionatorio, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Su designación le confiere la facultad de dirigir y resolver procedimientos sancionatorios dentro de su competencia, garantizando el debido proceso, la realización de audiencias y la emisión de la decisión final sobre el caso.

Por tanto, en calidad de ordenador del gasto y director de Logística Aeronáutica, el suscrito Director de esta dependencia es el funcionario competente para llevar adelante este proceso y tomar la decisión final en el marco de su autoridad.

2) Principales normas que regulan el procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

El marco regulatorio de la contratación pública en Colombia se rige por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como por el Decreto Reglamentario 1082 de 2015. Este conjunto normativo se fundamenta en los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en el artículo 23 del Estatuto General de Contratación.

Las entidades sujetas a la Ley 80 tienen la facultad de imponer multas o sanciones pactadas en los contratos, cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales o aplicar la cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento o declaratoria de caducidad.

Por tanto, antes de tomar la decisión de imponer una sanción, debe realizarse una audiencia conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la que se garantice al contratista el derecho al debido proceso mediante un procedimiento sumario. Es esencial que, durante esta audiencia, se evalúe si las obligaciones a cargo del contratista aún están pendientes de ejecución.

La aplicación de la cláusula penal y la imposición de multas permiten a la entidad afectada ejecutar directamente las garantías del contrato, así como compensar las sumas adeudadas al contratista en proporción al valor de la sanción. Además, el procedimiento sancionatorio puede darse por terminado en cualquier momento si se constata que ha cesado la situación de incumplimiento.

Expuesto lo anterior, se enuncian las principales normas que guardan relación con 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.

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.

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.

3) Procedencia de la declaratoria de caducidad contractual.

En la contratación estatal, las cláusulas excepcionales, como la caducidad, son mecanismos fundamentales para proteger el interés público y garantizar el cumplimiento del objeto contractual. Estas cláusulas otorgan a las entidades estatales la facultad de intervenir de forma directa y unilateral en la ejecución de los contratos cuando se presentan situaciones que podrían comprometer la finalidad del contrato y el bienestar colectivo.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es una de las cláusulas excepcionales de mayor relevancia, pues permite a la entidad contratante, como la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), dar por terminado el contrato de manera unilateral ante un incumplimiento grave del contratista. Este incumplimiento debe afectar significativamente la ejecución del contrato y evidenciar un riesgo de paralización de su objeto. La declaratoria de caducidad tiene efectos inmediatos y conlleva la liquidación del contrato en el estado en el que se encuentre al momento de la decisión.

Asimismo, la norma mencionada prevé la procedencia de la caducidad cuando, por causas atribuibles al contratista, el cumplimiento del objeto contractual se torna imposible, poniendo en grave riesgo el interés público. Además, la declaratoria de caducidad inhabilita al contratista para celebrar nuevos contratos con el Estado

durante un periodo de cinco años, reforzando así la protección del interés general al evitar la reincidencia de incumplimientos en el sistema de contratación estatal.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-188 de 1996, reconoció que la cláusula de caducidad es un instrumento legítimo de protección del interés público, dado que permite a la administración responder ante incumplimientos graves que comprometen la ejecución contractual. Sin embargo, enfatiza que su aplicación debe ser proporcional y estar debidamente fundamentada para respetar los derechos del contratista.

Por su parte, el Consejo de Estado, en la Sentencia del 19 de julio de 2007 (Exp. 15219), aclaró que la caducidad no constituye una sanción, sino una medida administrativa diseñada para resguardar el interés general, permitiendo a la entidad pública, en este caso la FAC, cumplir con los objetivos estatales pese a los incumplimientos del contratista.

A su vez, se faculta a las entidades a terminar un contrato de manera unilateral cuando sea necesario para proteger el interés público, asegurando así que los objetivos del contrato se cumplan y que los recursos públicos sean gestionados de forma eficiente y responsable. Por lo tanto, si se demuestra la procedencia del cargo indilgado, esta cláusula podría ser utilizada en salvaguarda del interés colectivo.

4) Garantías al debido proceso y el principio *in dubio pro administrado*.

El respeto al debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales es un principio fundamental que garantiza la legalidad y transparencia en las decisiones de la administración pública. Este principio está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que establece que «el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». Esto significa que cualquier entidad pública que ejerza funciones sancionatorias debe

observar rigurosamente las garantías procesales, asegurando que los derechos de los implicados sean respetados en todas las etapas del proceso.

El debido proceso implica, entre otras cosas, que las decisiones administrativas estén motivadas, es decir, basadas en hechos probados y en derecho aplicable. Asimismo, los implicados tienen el derecho a ser notificados de manera oportuna y adecuada sobre las actuaciones en su contra, a presentar pruebas y argumentos en su defensa, y a interponer los recursos que la ley les otorga.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Constitucional en Sentencia C-1076 de 2002, señaló que «el debido proceso en las actuaciones administrativas sancionatorias comprende un conjunto de garantías que se traducen en la necesidad de respetar los derechos fundamentales de las personas, asegurando que el procedimiento seguido por la administración sea justo y razonable, respetando el derecho a la defensa y a un juicio imparcial.»

Además, en la Sentencia T-654 de 2011, el tribunal constitucional reiteró que «en las actuaciones administrativas sancionatorias, la administración no solo actúa como juez, sino también como parte, lo que impone un deber de mayor rigor en la observancia del debido proceso, para evitar que se vulneren los derechos de los administrados.»

El principio *in dubio pro administrado*.

Este principio establece que, en casos de duda razonable sobre los hechos o la interpretación normativa, se debe favorecer al administrado. Su objetivo es proteger los derechos de los ciudadanos frente a la administración pública, evitando decisiones que puedan perjudicarlos injustamente y preservando el debido proceso al evitar sanciones o resoluciones desfavorables sin una justificación plena.

La doctrina lo considera como una manifestación del principio de legalidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Cuando hay duda, el principio ordena inclinarse a favor del administrado, especialmente en ámbitos donde el Estado ejerce su poder sancionador o donde sus decisiones afectan derechos fundamentales. Según García de Enterría¹, es una extensión del *in dubio pro reo* en derecho penal, aplicable en el ámbito administrativo para asegurar que los derechos de los ciudadanos sean respetados ante el poder estatal, especialmente cuando las pruebas son ambiguas o las normas tienen interpretaciones abiertas.

Por su parte, Gordillo² señala que este principio no representa una debilidad del Estado, sino un marco que exige a la administración un análisis exhaustivo antes de decidir en contra del administrado. Solo ante pruebas claras e inequívocas de incumplimiento o infracción se debe optar por sancionar. Este enfoque refuerza la imparcialidad y la seguridad jurídica en el procedimiento administrativo.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del 22 de octubre de 2012, con número de radicación 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) y ponencia del profesor Enrique Gil Botero, señaló que, en caso de duda sobre la responsabilidad del administrado en un procedimiento sancionador, la administración debe optar por una decisión que no imponga una carga injusta o desproporcionada. Esta posición se basa en el principio *in dubio pro administrado*, el cual establece que cualquier duda razonable sobre la responsabilidad del administrado debe resolverse en su favor, asegurando así la protección contra decisiones arbitrarias y desproporcionadas. En relación con el alcance de este principio, la sentencia aclara que su aplicación en derecho administrativo sancionador admite modulaciones que, en ciertos casos, pueden invertir la carga probatoria, exigiendo que el administrado demuestre haber actuado diligentemente o que el hecho se dio por una causa ajena a su voluntad, como fuerza mayor o caso fortuito.

¹ García de Enterría, E. (2001). La batalla por las medidas cautelares contra la administración pública. Civitas.

² Gordillo, A. (2004). Tratado de derecho administrativo (10.^a ed.). Fundación de Derecho Administrativo.

Asimismo, dispone que el desplazamiento de la carga probatoria no configura un régimen de responsabilidad objetiva, sino una reasignación de la carga que sigue siendo subjetiva, pues permite la exoneración del administrado si logra probar un comportamiento ajustado al deber de cuidado. La sentencia enfatiza que esta inversión solo puede establecerse por el legislador, quien debe justificarla en procedimientos específicos para proteger el interés público, como ocurre en el ámbito sancionador ambiental y tributario. En ausencia de una disposición legal que contemple esta excepción en otros ámbitos, como el contractual, la administración no tiene facultad para alterar la carga probatoria, debiendo fundamentar sus decisiones sancionatorias en pruebas claras y suficientes que acrediten la infracción. La falta de regulación específica en una normativa sectorial obliga a la administración a ceñirse al artículo 29 de la Constitución y al artículo 3.1 de la Ley 1437 de 2011, que consagran el principio de presunción de inocencia y el debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios generales.

«La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrado”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración. No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de “in dubio pro administrado”, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa: se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero).

No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado.

Es necesario indicar que la posibilidad de excepcionar el principio de presunción de inocencia sólo corresponde en nuestro sistema al legislador, quien en el momento de regular las particularidades de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores, debe hacer un juicio constitucional de razón suficiente para delimitar aquellos supuestos en los que la inversión de la carga de la prueba se justifica al servir de instrumento de protección de intereses colectivos y, por ende, evitar que la infracción desemboque en daños irreversibles o en motivos relacionados con el correcto obrar de la administración pública y el cumplimiento de deberes impuestos

a los ciudadanos. En el primer caso encontramos el supuesto del procedimiento sancionatorio ambiental desarrollado en el artículo 5º de la ley 1333 de 2009 y en el segundo la regulación realizada en el procedimiento sancionatorio tributario. Así las cosas, en materia contractual al no existir una norma que se ocupe de la garantía a la que se está haciendo referencia, se impone al operador la carga de demostrar los elementos de la infracción pues, se insiste, a éste no le es permitido crear excepciones no previstas en el ordenamiento jurídico.

Por contera, el no pronunciamiento expreso por parte del legislador no habilita a la administración para excepcionar la aplicación del principio de presunción de inocencia, pues su imperatividad se desprende del artículo 29 constitucional y ahora del artículo 3.1 de la Ley 1437 que como ya ha tenido oportunidad de señalar la Sala en esta sentencia, consagra el procedimiento administrativo sancionatorio general, lo cual conlleva que ante una omisión de la ley sectorial, a la autoridad administrativa no le queda otro camino distinto a llenar las lagunas existentes con las disposiciones consagradas de forma general para el ejercicio de potestad punitiva»

En el ámbito de la contratación estatal, el principio es especialmente relevante en los procesos de interpretación y resolución de conflictos contractuales y en los procedimientos sancionatorios contra contratistas. Cuando una entidad estatal evalúa declarar un incumplimiento o la caducidad de un contrato, es fundamental que, ante dudas razonables sobre los hechos o la interpretación de las obligaciones contractuales, se favorezca al contratista, siempre que no haya pruebas contundentes en su contra. Esto evita decisiones apresuradas y protege la buena fe en la relación entre el Estado y los particulares.

Análisis del cargo y los descargos presentados.

El cargo formulado por la administración se fundamenta en inconsistencias detectadas en el certificado de los cascos balísticos presentado por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., requisito habilitante en el proceso de adjudicación de la Orden de Compra No. 132635. Este certificado, presuntamente emitido por la empresa V-Great International Limited, presenta un membrete y una firma que no coinciden con los elementos característicos del proveedor chino, lo cual sugiere una posible alteración del documento.

Por su parte, el contratista sostiene que no existen los supuestos legales para la declaración de caducidad ni para imponer una cláusula penal pecuniaria, ya que la

certificación emitida por el representante de ventas de V-Great demuestra que la relación comercial fue legítima. La empresa alega que las aparentes inconsistencias se deben a una falta de comunicación interna en V-Great entre su representante legal y la subdirectora comercial, quien les ofreció los productos bajo los términos de negociación convenidos. Asimismo, argumenta que no hay evidencia de adulteración en los documentos. La subdirectora de ventas de V-Great, Sunny Xu, declaró a través de correo electrónico que el documento aportado no fue alterado, lo cual refuta las acusaciones de manipulación. Por tanto, el único cargo de presunta adulteración carece de base fáctica y jurídica. La empresa contratista asegura que cualquier declaración de caducidad estaría motivada en falsas premisas, ya que no existe evidencia de dolo o culpa en su proceder. Las negociaciones fueron realizadas de buena fe y en coordinación con la persona designada en V-Great para dichas transacciones, quien emitió las certificaciones necesarias para el proceso de contratación.

Además, sostiene que el casco balístico incluye el casquete como una parte fundamental del producto, cumpliendo los requisitos de la norma NTMD 0246-A3 del Ministerio de Defensa. Aclara que NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. actúa como fabricante de los cascos y que, al incorporar los casquetes suministrados por V-Great, asegura la calidad del producto final según lo requerido por la entidad.

El proveedor argumenta que la caducidad debe ser una medida de última instancia aplicada solo cuando el incumplimiento es grave, afecta la ejecución del contrato y genera riesgo de paralización. En este caso, no se evidencia incumplimiento alguno, ya que la ejecución del contrato continúa sin alteraciones en la calidad o los tiempos de entrega.

Asimismo, plantea que cualquier inconsistencia en la certificación se debe a factores externos, es decir, a la falta de comunicación interna en V-Great. Argumenta que no tenía conocimiento de una supuesta exclusividad de V-Great con otra empresa, ya

que confió en la información proporcionada por la subdirectora comercial de V-Great.

A su vez, afirma que la certificación cuestionada forma parte de la garantía de seriedad de la oferta, no de la garantía de cumplimiento contractual. Por ello, considera inaplicable la póliza de cumplimiento en este caso y sostiene que no existe motivo alguno para declarar la caducidad de la orden de compra.

Finalmente, concluye que la entidad está actuando con desviación de poder y falsa motivación, violación de la ley procesal y sustancial, ya que el cargo de adulteración carece de pruebas suficientes. Considera que la actuación administrativa desconoce los principios de buena fe y legalidad contractual, por lo que solicita el archivo de las diligencias y que no se declare la caducidad del contrato.

La apoderada de Seguros del Estado S.A. argumenta que no existen fundamentos para afectar la póliza de cumplimiento ni para realizar una reclamación, pues la entidad estaría desconociendo las normas que rigen el contrato de seguro y las condiciones generales acordadas. Señala que el seguro de cumplimiento tiene un carácter indemnizatorio, conforme al artículo 1088 del Código de Comercio, cuyo fin es cubrir únicamente los daños efectivamente sufridos por el asegurado, y no puede ser utilizado como una fuente de enriquecimiento.

Además, subraya que el documento cuestionado en la oferta no fue adulterado o modificado por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., conforme a la declaración de la subdirectora de ventas de V-Great, quien ratificó la autenticidad del certificado. Esto refuta el cargo de presunta alteración documental y demuestra la existencia de una relación comercial con el proveedor, lo cual desvirtúa la causa para invocar una posible afectación de la póliza.

Respecto a la caducidad del contrato, la apoderada explica que, conforme a la Ley 80 de 1993, esta es una medida excepcional que solo procede cuando el

incumplimiento afecta de forma grave y directa la ejecución del contrato, conduciendo a su paralización. Al no demostrarse tales condiciones en el presente caso, la declaratoria de caducidad sería improcedente e ilegal. En su lugar, indica que, si se confirmaran las inconsistencias en la certificación o la falta de una relación comercial válida, ello no justificaría la caducidad, sino que podría dar lugar a una terminación unilateral por causales de nulidad precontractual.

Finalmente, solicita que se valoren las pruebas aportadas por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. y que se tomen en cuenta en el análisis de la entidad contratante para una decisión objetiva.

Análisis probatorio.

Dentro del expediente se encuentra certificación, suscrita por el representante legal de V-Great, en la que se manifiesta que, de ser adjudicado el contrato a NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., la empresa asumiría la fabricación de todas las cápsulas antibalas de nivel A solicitadas. Este documento fue aportado para cumplir con los requisitos técnicos del proceso. Sin embargo, las irregularidades en su membrete y firma han despertado dudas sobre su autenticidad, respaldando así el cuestionamiento de la administración sobre la validez de la documentación presentada por el contratista.

En cuanto a la trazabilidad generada mediante medios electrónicos, se destacan las siguientes pruebas incorporadas a la actuación, las cuales resultan relevantes para la decisión.

1. 27 de agosto de 2024: A través del correo sunny_v-great@outlook.com, NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. recibe una certificación de V-Great International Limited, firmada por la subdirectora de ventas, Sunny Xu, en la que se confirma que, en caso de adjudicación del contrato, la empresa proveerá las cápsulas antibalas de nivel A requeridas.

2. 8 de septiembre de 2024: V-Great International Limited envía una comunicación a la entidad contratante, afirmando que la "Carta del proveedor de cascos de Nicholls" presentada en el evento de cotización 176739 no cuenta con el sello oficial de la empresa, señalando que este fue creado mediante software de edición de imágenes y no emitido oficialmente.
3. 12 de septiembre de 2024: V-Great reitera en otra comunicación lo expresado el 8 de septiembre, reafirmando que el documento presentado no cuenta con el respaldo oficial de la empresa.
4. 19 de septiembre de 2024: Alan Ren, representante de V-Great, confirma en respuesta al oficio que Sunny Xu es empleada de la empresa, pero manifiesta desconocer la dirección de correo electrónico mencionada.
5. 12 de octubre de 2024: Sunny Xu envía un correo al Mayor Dairo Rafael Carrillo Caballero, disculpándose por el malentendido y aclarando que la certificación fue enviada sin la autorización oficial de V-Great. En este correo, asegura que el documento no fue adulterado por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., sino que la situación se originó debido a un error de comunicación interno.

Del informe y la declaración del ingeniero Diego Alexander Quemba Gutiérrez, experto en seguridad informática, presentada en audiencia del 28 de octubre de 2024, se concluye que los correos electrónicos enviados por Sunny Xu, subdirectora de ventas de V-Great International Limited, provienen de un dispositivo móvil con sistema operativo Android y se enviaron desde China. La autenticidad del origen se confirmó a través de diversos análisis, incluyendo la detección de características específicas como el idioma chino predeterminado y la firma digital que incluyen datos de la empresa, como el dominio corporativo y el indicativo telefónico de China. Estos elementos refuerzan la legitimidad y procedencia de los mensajes, indicando que la posibilidad de una suplantación es altamente improbable.

Quemba destaca que, en el proceso de autenticación de los correos, se consideraron elementos como logos, datos de contacto, y políticas de autenticidad (SPF, DKIM, y DMARC), los cuales son esenciales en la verificación de la autenticidad de los correos. Para el análisis, utilizó herramientas avanzadas de verificación, como Tools-Email, Talos de Cisco, y el sandbox de Trellix. La revisión de estos protocolos no arrojó indicadores de suplantación o vulnerabilidades en los dominios utilizados, confirmando así la seguridad y fiabilidad de la cadena de comunicación.

Además, el informe incluyó un análisis de la trazabilidad de los correos, manteniendo la integridad de la información según normas de seguridad (ISO 27001) y respetando los principios de las leyes 1273 de 2009 y 1581 de 2012. Este análisis reveló que tanto los dominios de V-Great como de Nicholl's Táctica S.A.S. tienen una buena reputación y no figuran en listas de riesgo informático. Se verificaron la geolocalización y la autenticidad de los números de contacto, asegurando que no fueron manipulados ni emitidos por fuentes externas o fraudulentas.

Santiago Benavides declaró que, tras recibir cuestionamientos sobre la autenticidad del certificado de V-Great presentado por NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., se comunicó con Sunny Xu, subdirectora de ventas de V-Great, a través de WhatsApp y correo electrónico para solicitar una aclaración sobre el documento. En su testimonio, describió con detalle las comunicaciones y solicitudes enviadas para esclarecer el asunto. Sin embargo, en algunos apartes de su declaración, hace referencia a correos electrónicos enviados por una persona identificada como Diego, sobre los cuales no puede dar certeza, ya que no participó directamente en dichos intercambios. Este aspecto, además, desborda el objetivo de su declaración

testimonial, la cual debe centrarse en aportar información sobre circunstancias en las que el propio declarante estuvo presente o participó directamente.

Al evaluar el cargo formulado contra NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. por presuntas inconsistencias en el certificado de cumplimiento técnico exigido en la Orden de Compra No. 132635, resulta necesario realizar una valoración detallada de las pruebas aportadas, contrastándolas con los descargos presentados y el marco normativo aplicable, especialmente bajo el principio *in dubio pro administrado*.

La administración ha señalado que el documento proporcionado por NICHOLL'S, emitido presuntamente por V-Great, presenta irregularidades en su membrete y firma. Esta observación ha sido sustentada por la compañía Miguel Caballero S.A.S. y respaldada parcialmente por V-Great International en comunicaciones de fechas 8 y 12 de septiembre de 2024, donde indican que el sello fue generado mediante software de edición de imágenes y no constituye un documento oficial. No obstante, NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. presentó en su defensa pruebas que sostienen la buena fe en la recepción del documento, respaldado por correos electrónicos de la subdirectora de ventas de V-Great, Sunny Xu.

El análisis técnico realizado por el especialista en seguridad informática, Diego Quemba, concluye que los correos enviados por Sunny Xu provienen de una fuente verificable y de un dominio oficial en China. El informe establece que no existen señales de suplantación ni de alteración en las comunicaciones, lo cual respalda la autenticidad de los mensajes y la legitimidad de los documentos aportados por NICHOLL'S en su defensa.

NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S. argumenta que la certificación fue obtenida en el marco de una negociación en buena fe y que cualquier inconsistencia responde a problemas de comunicación interna en V-Great entre el representante legal y su subdirectora de ventas. Como refuerzo, el contratista presentó un correo del 12 de octubre de 2024, en el cual Sunny Xu aclara que el documento fue emitido sin autorización formal, pero sin modificación alguna por parte de NICHOLL'S. Esta comunicación respalda la presunción de buena fe del contratista y refuerza la ausencia de dolo en su actuar.

En el análisis de las pruebas y los descargos presentados, persisten dudas razonables respecto a la intencionalidad y la responsabilidad de NICHOLL'S en la presunta alteración documental. El informe técnico indica que hubo comunicación genuina entre la contratista y V-Great, sin evidencias de falsificación o manipulación, y la misma subdirectora de V-Great ha reconocido la autenticidad del certificado en cuanto a su contenido, aunque menciona un error interno en la autorización.

Sin embargo, la administración no puede ignorar que el propio representante legal de V-Great, en una declaración oficial, negó que el documento haya sido emitido por la empresa que representa. Este aspecto es crucial, ya que, como representante legal, él es el único con facultades para validar o certificar la autenticidad de documentos en nombre de V-Great. Esta comunicación oficial pone en evidencia posibles vicios de nulidad en el contrato de compraventa, ya que el documento que respaldó la adjudicación carecería eventualmente de validez, afectando así los requisitos habilitantes del proceso de selección.

Esta situación compromete la validez del consentimiento otorgado, al haberse basado en un documento cuya autenticidad es cuestionada por la propia empresa

emisora, lo cual podría constituir una causal de nulidad del contrato al haberse afectado elementos esenciales del proceso de adjudicación.

El principio *in dubio pro administrado* establece que, en situaciones de duda razonable, se debe favorecer al administrado, evitando decisiones que afecten al contratista sin una certeza plena sobre la infracción. En el caso de NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., las pruebas presentadas no desvirtúan la presunción de buena fe en sus actuaciones, y resultan insuficientes para imponer una sanción de la magnitud que representa la caducidad del contrato o la afectación de la póliza de cumplimiento.

Primero, no se ha demostrado con certeza suficiente que NICHOLL'S haya incurrido en la alteración o falsificación del documento presentado. Segundo, tanto las pruebas aportadas como el informe técnico respaldan la legitimidad de las comunicaciones y confirman la buena fe del contratista en su relación comercial. Finalmente, dada la falta de pruebas concluyentes sobre un incumplimiento grave, no es procedente la declaratoria de caducidad del contrato ni la afectación de la póliza de cumplimiento.

Por lo tanto, se dispondrá el archivo del procedimiento sancionatorio en favor de NICHOLL'S TÁCTICA S.A.S., fundamentando esta decisión en la insuficiencia de pruebas concluyentes y en el respeto a los principios de buena fe y al *in dubio pro administrado*, principios que amparan al contratista.

En consecuencia, La Fuerza Aérea Colombiana declarará el archivo del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en contra de NICHOLL'S

TACTICA S.A.S., representada legalmente por Pedro Nel Benavides Hernández, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: Archívese el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra NICHOLL`S TACTICA S.A.S., representada legalmente por Pedro Nel Benavides Hernández, conforme a los argumentos expuestos.

SEGUNDO: Contra la decisión procede el recurso de reposición.


Coronel Carlos Alberto Gutiérrez Suárez
Director de Logística Aeronáutica
Ordenador del gasto.

Publíquese y cúmplase

Andrés Rengifo Castillo
Elaboró: Contratista Andrés Rengifo/Asesor jurídico DICOP.

Revisó: TC. Johana Paola Baron Ricardo/SUBAR

MY. Dario Rafael Carrillo Caballero/ Gerente del Proyecto.

MY. Juan Augusto Barrera Gonzalez/ Supervisor Principal.

MY. Arbeláez/Subco 1 Asesor jurídico DICOP.