

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ALIMENTOS – No condena – Facultades excepcionales – Caducidad del contrato Presunción de legalidad – Acto administrativo – Liquidación bilateral

SÍNTESIS DEL CASO: En 1997, las partes celebraron un contrato de suministro de alimentación – almuerzos- para los empleados de la contratante, el cual fue incumplido por la contratista en cuanto a la cantidad y calidad de los alimentos servidos, razón por la cual le fue declarada la caducidad del contrato, que fue debidamente liquidado, sin que la actora haya logrado demostrar en el sub-lite que en la expedición del acto demandado se violó el debido proceso [...] encuentra la Sala que, en el presente caso, no se dio la violación al debido proceso alegada por la parte actora, toda vez que la decisión de la entidad demandada contenida en la resolución No. 0288 del 6 de junio de 1997, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato de suministro de alimentos, confirmada por resolución No. 0385 del 11 de julio del mismo año, estuvo precedida de requerimientos y advertencias al contratista [...] para la Sala no queda duda alguna del incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte de [LA DEMANDANTE] [...] De conformidad con las anteriores consideraciones, estima la Sala que tal y como lo determinó el a-quo, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado y por lo tanto, resulta procedente la confirmación de la sentencia de primera instancia

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01994-01(24743)

Actor: ANA ESMERALDA MEDINA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 12 de febrero de 2003, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1997, las partes celebraron un contrato de suministro de alimentación – almuerzos- para los empleados de la contratante, el cual fue incumplido por la contratista en cuanto a la cantidad y calidad de los alimentos servidos, razón por la cual le fue declarada la caducidad del contrato, que fue debidamente liquidado, sin

que la actora haya logrado demostrar en el *sub-lite* que en la expedición del acto demandado se violó el debido proceso.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 13 de julio de 1999, a través de apoderado debidamente constituido, la señora Ana Esmeralda Medina presentó demanda en contra del Instituto Nacional de Salud, cuyas pretensiones fueron (f. 1 a 31, c. 1):

PRIMERO: *Declarar que son nulas las RESOLUCIONES No. 0288 de fecha 6 de junio de 1997 y la 0385 del 11 de julio de 1997, por medio de las cuales se declaró la CADUCIDAD del contrato No. 15 de 1997 de suministro de almuerzos durante los días hábiles de lunes a viernes para los empleados que laboran en el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la garantía única de cumplimiento y se liquidó dicho contrato.*

SEGUNDO: *Que se declare la terminación del contrato.*

TERCERO: *Que se condene a la entidad demandada a indemnizar por concepto de perjuicios sufridos, provenientes de la declaratoria de caducidad del contrato 15 de 1997 a la señora ANA ESMERALDA MEDINA.*

CUARTO: *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, a pagar los perjuicios, comprendidos en daño emergente y en lucro cesante que se le han causado y que se llegaren a causar a la demandante en la cuantía que se determine dentro del proceso o en el correspondiente incidente de regulación debidamente actualizado en el momento del pago (...).*

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que el Instituto Nacional de Salud abrió la licitación pública n.º 001 de 1997 para contratar el suministro de almuerzos a los empleados de la entidad que trabajaban en la sede del CAN en Bogotá, procedimiento dentro del cual, luego de la evaluación jurídica, técnica, económica y financiera y del análisis comparativo de todas las propuestas presentadas, fue escogida la presentada por Alimentar de Colombia/Ana Esmeralda Medina, por ser la mejor y más conveniente para la entidad, procediendo las partes a suscribir el respectivo contrato. Y que la entidad contratante declaró la caducidad del contrato alegando el incumplimiento sistemático de las obligaciones del contratista en cuanto a la información del personal que ejecutaría las labores del contrato y a las cantidades y calidades mínimas de alimentos a suministrar, cargos que no eran ciertos, a pesar de lo cual

la decisión, frente al recurso de reposición interpuesto en su contra, fue confirmada.

2.1. La demandante adujo que el acto administrativo demandado es ilegal por:

2.1.1. Violación de los artículos 2, 4, 6, 13, 21, 25, 29, 83 y 90 de la Constitución Política; artículos 3, 14, 28, 34, 35, 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo; artículos 1602, 1603, 1618, 1619 y 1622 del Código Civil; artículo 871 del C. de Co. y artículos 18, 77, 40.2, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y artículo 20 de la resolución n.º 0143 del 3 de abril de 1997.

2.1.2. Falsa motivación, por cuanto no era cierto que la contratista hubiera incumplido el contrato. En el acto administrativo se adujeron los requerimientos efectuados a la contratista el 3 de abril y el 26 de mayo de 1997, que supuestamente no fueron atendidos por ésta, pero en realidad, el primero, que se hizo a los 2 días de iniciada la ejecución, fue simplemente para que se fijara la lista del menú de la semana en lugar visible, el cambio de vasos de cristal por desechables y el mejoramiento del menú, sugerencias que fueron acatadas por la contratista. Y en la segunda comunicación referida, no se hizo alusión a estos aspectos, por lo cual se entiende que fueron resueltos a satisfacción de la entidad. El acto también se fundó en oficio del 23 de mayo de 1997, en el que el comité de cafetería le manifiesta a la secretaría general que son ciertas las quejas que ha recibido de los funcionarios por el servicio de cafetería y que concuerdan con el informe sobre visitas que anexa, cuando en realidad la inconformidad que aquellos habían manifestado en oficio del 15 de mayo no tiene ninguna relación con el informe del mencionado comité, aparte de no existir ninguna prueba técnica o científica para corroborar lo dicho por los funcionarios. Tampoco es cierto que la contratista hubiera estado presente en las acciones adelantadas por los inconvenientes presentados ni que el instituto podía acoger a su antojo el método por el cual se ejercía la toma de muestras, pues según certificación de la subdirectora de alimentos y bebidas alcohólicas del INVIMA, desde hacía años el INS y el Ministerio de Salud tenían establecidos unos procedimientos para ello.

2.1.3. Desconocimiento del debido proceso, pues las muestras que según la demandada se tomaron a los alimentos lo fueron sin presencia de la contratista y porque no se le informaron inmediatamente las deficiencias en el momento en que supuestamente se detectó la presencia de alimentos descompuestos.

2.1.4. Expedición irregular del acto, pues no se agotó procedimiento alguno con anterioridad, en el que se le hubiera dado la oportunidad de ser oída y ejercer su derecho de defensa y de contradicción.

2.1.5. Desviación de poder, pues la administración perseguía un fin diferente al que el derecho asigna a la facultad ejercida, ya que la declaratoria de caducidad procede ante el incumplimiento grave que amenace con paralizar la ejecución del contrato y en este caso, tal circunstancia no se dio, el suministro de alimentos objeto del contrato se hizo en forma continua, constante y sin interrupción y a la contratista no se le intimó ni una vez por faltar a la prestación del mismo o retardarse en su cumplimiento; el hecho que motivó la declaratoria de caducidad fue la supuesta aparición de gusanos en un pedazo de carne suministrado a una funcionaria y que fue enviado al INVIMA para su análisis, pero inexplicablemente, antes no se le avisó a la contratista ni se le mostró el alimento defectuoso y no consta quién tomó la muestra. La desviación de poder se evidenció cuando la contratista solicitó la terminación de común acuerdo del contrato y la entidad no accedió, sino que procedió a declarar la caducidad.

2.1.6. Finalmente, adujo que a pesar de que en la cláusula décima del contrato se pactó que las diferencias que surgieran entre las partes de la ejecución del contrato se solucionarían en primer lugar agotando una etapa de arreglo directo, éste nunca se llevó a cabo, pues lo único que se dio fueron 3 reuniones llamadas de requerimiento, en la última de las cuales la contratista propuso la terminación de común acuerdo del contrato, buscando así dar solución a las diferencias entre las partes, la cual no fue aceptada por la entidad.

II. Actuación procesal

3. La entidad pública demandada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones aceptando unos hechos y negando otros (f. 40, c. 1).

3.1. Consideró que la contratista sí estuvo presente a través de empleados suyos en las acciones adelantadas por los diferentes inconvenientes presentados en la ejecución del contrato y que en las situaciones de gravedad en las que se requirió su presencia no acudió sino que envió a personas sin capacidad decisoria ni poder para responder a los requerimientos planteados.

3.2. Afirmó que el 3 de junio de 1997, en reunión a la que asistieron supervisores del contrato y representantes del contratista, éstos sostuvieron que no entendían

cómo había podido ocurrir lo sucedido el día 26 de mayo con la carne, es decir que aceptaron que la prueba tomada se había efectuado en su presencia, a pesar de que al remitirse el acta para su firma fue devuelta el 10 de julio con la anotación de que no les constaba que la carne hubiera tenido gusanos y que la contratista no conoció la muestra en cuestión.

3.3. Refirió que la toma de muestras esporádicas para verificar principalmente la calidad microbiológica de los alimentos dio como resultado el rechazo de algunos por la presencia de coliformes fecales y que las muestras fueron tomadas por los funcionarios del instituto y del INVIMA de acuerdo a los procedimientos apropiados, en presencia de funcionarios de la entidad contratante y de la contratista, en cuyo conocimiento se pusieron luego los resultados.

3.4. Adujo que la declaratoria de caducidad se produjo luego de haber comprobado a través de examen el pesaje y la calidad de alimentos proporcionados por la contratista y no por las simples quejas de los funcionarios consumidores y que aquellos no cumplieron la cantidad y calidad exigidos y además se proporcionaron alimentos descompuestos, de los cuales se tomaron muestras por funcionarios del INVIMA y el instituto por solicitud del comité de vigilancia.

3.5. Manifestó que siempre se informó a la contratista cada hecho ocurrido, a través de reuniones con los supervisores y con la secretaría general de la entidad y por medio de requerimientos y puesta en conocimiento de los resultados de los diferentes análisis efectuados por el laboratorio de nutrición del instituto y la subdirección de alimentos y bebidas del INVIMA y que en los de pesaje y calidad hubo presencia de personas que laboraban para la contratista, a quien se le dio la oportunidad de expresar sus opiniones y hacer valer sus derechos.

3.6. Sostuvo la demandada que como la declaratoria de caducidad no constituía una facultad sancionatoria de la entidad sino la posibilidad de dar por terminado un contrato, no se requería del agotamiento de un procedimiento previo y que el derecho de defensa podía ejercerlo el contratista frente al acto administrativo expedido, primero ante la administración y luego judicialmente.

3.7. Alegó que la declaratoria de caducidad no fue intempestiva, sino fruto del seguimiento que la entidad hizo a la ejecución del contrato, a través de visitas, requerimientos e informes, en los que se estableció el incumplimiento reiterado de las obligaciones de la contratista en el suministro de alimentos a los funcionarios

de la entidad, pues éstos no llenaban los requisitos de cantidad y calidad exigidos, que a veces incluso se ofrecieron en condiciones no aptas para el consumo humano, “(...) *pudiéndose con esto causar perjuicio a la salud a los funcionarios del Instituto para quienes se había contratado el suministro (...)*”.

3.8. Afirmó que de los análisis de laboratorio efectuados, las quejas presentadas por los usuarios del servicio y los requerimientos efectuados por los supervisores, se concluía que se estaba afectando de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidenciaba su paralización, “(...) *puesto que los usuarios no querían hacer uso del servicio por temor a poner en riesgo su salud*” y por lo tanto, tampoco hubo desviación de poder.

3.9. Propuso como excepciones la inexistencia de nulidad de las resoluciones demandadas y la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales como la determinación de la cuantía.

4. El 12 de febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no se probó ninguno de los cargos aducidos en contra del acto administrativo de caducidad proferido por la entidad demandada respecto del contrato n.º 15 de 1997, pues (f. 92, c. ppl):

4.1. En el plenario se probó que no fue vulnerado el debido proceso en su expedición, ya que la contratista tuvo la oportunidad de controvertir la decisión a través de la interposición del recurso de reposición, que efectivamente presentó y fue debidamente resuelto por la administración. Además, la demandante fue objeto de requerimientos durante la ejecución del contrato, mediante los cuales se le advirtió sobre hechos de incumplimiento del contrato, por lo cual no se le impidió exponer sus descargos y contradecir la decisión de la administración.

4.2. No hubo desviación de poder en la negativa de la entidad de terminar el contrato de común acuerdo, pues es la misma ley la que le impone el deber de declarar la caducidad frente al incumplimiento grave del contrato y en el plenario obran abundantes pruebas de los reiterados incumplimientos de la actora, en cuanto a calidad, higiene y cantidad de los alimentos ofrecidos.

4.3. Por la misma razón, no se probó la falsa motivación del acto administrativo acusado y la parte actora no logró desvirtuar las pruebas que acreditan el reiterado incumplimiento contractual que motivó la decisión de caducidad.

4.4. Además observó el *a-quo* que con posterioridad a la presentación de la demanda, las partes liquidaron el contrato de común acuerdo, según consta en el acta n.º 15/97, actuación que arrojó un saldo a favor del I.N.S por la suma de \$ 51 581 277,00, en la que se dejó consignado que las partes contratantes se declaraban a paz y salvo por todo concepto y sin que la actora hubiera consignado salvedad u observación alguna, razón por la cual no tendría ninguna posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente por dicho contrato, pues se entiende que esa relación comercial fue finiquitada de común acuerdo, por voluntad de las partes, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación.

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el cual sostuvo que el debido proceso no se garantizaba únicamente mediante la procedencia de recursos en contra de la decisión administrativa sino que debe respetarse antes de que ésta sea proferida, poniendo en conocimiento del administrado los hechos que la fundamentan para darle la oportunidad de controvertirlos y en el presente caso, las pruebas de peso y calidad de los alimentos suministrados, que supuestamente dieron resultados deficientes, se llevaron a cabo sin intervención de la contratista y desconociendo las normas del ICONTEC, que luego aceptó seguir, a solicitud de la contratista. Sostuvo que no podía considerarse falta grave que ameritara la declaratoria de caducidad hechos como no remitir el listado de personal con el que se daría cumplimiento al contrato, no fijar la lista del menú en lugar visible o no cambiar unos vasos de vidrio por unos plásticos, que el *a-quo* no valoró las pruebas aportadas por la demandante, sólo las de la demandada y reiteró que las muestras de la carne que un día supuestamente resultó descompuesta en uno de los almuerzos no le fue mostrada a la contratista en el momento en que sucedieron los hechos y a ella no le consta que en realidad hubiera sucedido ni que la muestra que se envió para su análisis haya sido precisamente esa ración de carne (f. 106 y 115, c. ppl).

6. Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado para presentar **alegatos de conclusión** en esta instancia, oportunidad dentro de la cual las partes reiteraron las argumentaciones esgrimidas a lo largo de sus actuaciones procesales (f. 123 y 127, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1999 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 18 850 000 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones –en las cuales pidió la indemnización de daño emergente y lucro cesante- en suma superior a 1 500 millones de pesos¹.

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis²:

8.1. Previo proceso licitatorio, en el cual se escogió la propuesta que se consideró más conveniente, el 31 de marzo de 1997, el Instituto Nacional de Salud celebró el contrato de suministro n.º 15 con la señora Ana Esmeralda Medina Delgado, propietaria del establecimiento de comercio Alimentar de Colombia³, cuyo objeto fue el “(...) *suministro de almuerzos durante los días hábiles de la semana, comprendida ésta de Lunes a Viernes, en forma exclusiva para todos sus empleados que trabajen en la sede de la Avenida Eldorado (...)*”, según los términos de la propuesta y de conformidad con el pliego de condiciones. Entre las estipulaciones del contrato, se encuentran (f. 182 a 196, c. 2):

8.1.1. Cantidad mínima de almuerzos a suministrar (cláusula tercera): 210 diarios, a \$ 2000,00 cada uno, con las siguientes cantidades mínimas: 200 cc. de jugo natural o leche pasteurizada grado A, 250 cc de sopa o crema, 100 gramos de carne de res, cerdo o pescado, 150 gramos de pollo, 80 gramos de arroz (peso de

¹ Aunque en las pretensiones se pidió la indemnización de perjuicios, no se incluyó valor alguno por tal concepto y tampoco se hizo una estimación razonada de la cuantía en la demanda. No obstante, en el capítulo de los hechos la actora manifestó que la sanción de inhabilidad por 5 años para contratar con el Estado, derivada de la declaratoria de caducidad contenida en el acto administrativo demandado, le ocasionó perjuicios de índole material al impedirle contratar, como venía haciendo, por valor de \$ 3 000 000 000 anuales, con diferentes entidades públicas y privadas, lo cual, aunado a la estimación de la cuantía de la demanda que se hizo en el libelo introductorio, a juicio de la Sala, permite inferir que la actora está pidiendo por concepto de lucro cesante la suma de \$ 750 000 000 (f. 15 y 16, c. 1).

² De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

³ Así consta en el certificado de registro mercantil y el certificado de inscripción, clasificación y calificación en el registro único de proponentes, expedidos por la Cámara de Comercio del Putumayo del 7 de marzo de 1997 (f. 225 a 227, c. 2).

alimentos cocinados); 100 gramos de vegetales, 80 gramos de leguminosas, 100 gramos de farináceas, 160 gramos de fruta, 50 gramos de dulce, gaseosa una unidad.

8.1.2. Valor límite y forma de pago (cláusula cuarta): \$ 77 700 000,00 incluido el IVA, pagaderos por el sistema de precios unitarios, es decir por unidades o cantidades de almuerzos suministrados, por quincenas vencidas.

8.1.3. Plazo de ejecución (cláusula sexta): 9 meses, contados a partir del 1º de abril de 1997.

8.1.4. Lugar de los suministros (cláusula tercera): En las instalaciones que para el efecto tiene destinadas el instituto, en horario de 1:00 p.m. a 2:30 p.m., utilizando el sistema de autoservicio.

8.1.5. Obligaciones del contratista (cláusula segunda): i) reparaciones, mantenimiento y reemplazo de instalaciones y equipos de cafetería suministrados por la entidad; ii) devolución de los anteriores a la terminación del contrato, en buen estado; iii) presencia de administrador en la cafetería; iv) fijación semanal del menú en lugar visible y envío del mismo a la dirección, secretaría general, división administrativa y comité de vigilancia; v) preparación de los alimentos en condiciones higiénicas y de calidad; vi) garantizar el correcto manejo de los bienes entregados por la entidad; vii) contratar al personal requerido y cumplir todas las obligaciones laborales respecto del mismo; viii) prestar el servicio de manera ágil para la rápida distribución de los almuerzos; ix) adquirir los elementos de aseo y garantizar la limpieza de la cafetería, efectuando lavado general al menos 2 veces semanales; x) evacuar diariamente las basuras; xi) disponer de la asesoría de un nutricionista que supervise durante todo el tiempo la calidad y cantidad de los alimentos según lo contratado, quien deberá asistir a la cafetería por lo menos 2 veces al mes para estos fines; xii) garantizar la existencia diaria de bebidas suficientes (leche y gaseosa) para atender la demanda que hagan los usuarios; xiii) lavar las verduras en solución clorada en bajas concentraciones; xiv) suministrar los almuerzos en el orden de fila, en elementos de loza o acero inoxidable y las bebidas en vasos desechables aportando el menaje necesario; disponer de un dispensador de gaseosa surtido.

8.1.6. Supervisión de ejecución (cláusula décima sexta): *“La supervisión sobre la ejecución y cumplimiento del objeto del presente contrato será ejercida*

conjuntamente por la Jefe de la División Administrativa y Financiera y por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto”.

8.1.7. Comité de Vigilancia (cláusula vigésima primera): *“El Instituto ejercerá la supervisión del presente contrato por intermedio del COMITÉ DE VIGILANCIA designado para tal fin. En consecuencia, EL CONTRATISTA deberá facilitarle al Comité la inspección en la preparación de los alimentos y suministrarle los informes y datos que éste requiera. El Comité tendrá a su cargo, entre otras, las siguientes funciones: a) Practicar inspecciones permanentes y completas con el fin de establecer si la preparación de los alimentos se ajusta a las condiciones previstas en el presente contrato, especialmente en lo relacionado con los menús, su calidad, higiene y presentación. b) Vetar aquellos productos alimenticios que sean de mala calidad o que se encuentren en estado de descomposición. c) Exigir que el personal que emplee el CONTRATISTA en la preparación de los alimentos sea idóneo. d) Velar porque a los elementos que EL INSTITUTO entregue al CONTRATISTA se les dé un manejo correcto, tanto por parte de éste como por parte de sus empleados, con el propósito de evitar que por ignorancia o mal trato se ocasione el deterioro de los elementos y equipos de cocina. e) Estar atento a que diariamente se evacuen los desperdicios de las instalaciones de la cafetería, sin que éstos sean depositados en predios o áreas del INSTITUTO. f) Informar oportunamente y por escrito a la División Administrativa y Financiera del INSTITUTO respecto de aquellos daños o desperfectos que presenten los equipos de la cafetería para que ésta solicite al CONTRATISTA su oportuna reparación con el fin de garantizar una eficiente prestación del servicio. g) Presentar quincenalmente a la División Administrativa y Financiera un informe respecto a la forma como está siendo ejecutado el contrato. h) Certificar la causa o causas del deterioro o daño de las instalaciones, equipos y elementos y verificar que la nutricionista asista a la cafetería por lo menos dos (2) veces al mes, para los fines pertinentes. j) Realizar tomas de muestras para el respectivo análisis físico-químico y microbiológico en los laboratorios del INSTITUTO. k) En general, cumplir en forma estricta lo dispuesto y lo pactado en el presente contrato. PARÁGRAFO. Cualquier empleado del INSTITUTO podrá formular quejas sobre el incumplimiento del contrato al Comité de Cafetería, el cual las estudiará y si tiene mérito las informará al jefe de la División Administrativa para los fines pertinentes”.*

8.1.8. Caducidad del contrato (cláusula décima primera): *“El INSTITUTO podrá declarar la caducidad de este contrato con fundamento y en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993”.*

8.2. El director del I.N.S. expidió la resolución n.º 0143 del 3 de abril de 1997 por medio de la cual reglamentó la conformación y funcionamiento del comité de vigilancia de la cafetería, acto administrativo en el cual dispuso que en dicho comité habría dos representantes designados por el director y dos elegidos por los funcionarios de la entidad que por ley recibieran auxilio de alimentación, para lo cual convocó a elecciones y dispuso el procedimiento que se seguiría para las mismas. En su artículo 20 estableció las funciones del comité de vigilancia de la cafetería, en similares términos a los consignados en el contrato de suministro (f. 176, c. 2).

8.3. Mediante resolución n.º 0191, el director de la entidad demandada conformó el comité de vigilancia en la forma establecida en el anterior acto administrativo (f. 174, c. 2).

8.4. El 3 de abril de 1997, las supervisoras de la ejecución del contrato –jefe división administrativa y financiera y jefe división de recursos humanos–, solicitaron a la contratista el listado del personal con el cual se dará cumplimiento al contrato con nombre, identificación y certificación de las calidades profesionales y/o técnicas exigidas para la función (f. 180, c. 2).

8.5. En oficio del 15 de mayo de 1997 suscrito por aproximadamente 100 funcionarios del I.N.S. y dirigido a la secretaria general de la entidad⁴, manifestaron su inconformidad con la calidad y la cantidad de alimentos que estaban siendo servidos por el contratista, pues la primera resultaba regular en relación con los ingredientes y la preparación y en cuanto a la segunda, se

⁴ En el *sub-lite* rindió testimonio la señora Gilma Gladys Mora Serrano, abogada, subdirectora de comercio exterior en la DIAN, quien manifestó que se desempeñaba, para la época de los hechos, como secretaria general del Instituto Nacional de Salud y en tal calidad llevó a cabo todo el proceso de contratación, ejecución y caducidad del contrato con la firma Alimentar; manifestó que desde la iniciación de la ejecución, tanto las supervisoras del contrato como el comité de cafetería pusieron en su conocimiento los reiterados incumplimientos de la contratista, por lo cual ordenó que por parte de la oficina de vigilancia de medicamentos y alimentos se llevara a cabo la práctica de exámenes a los alimentos que se estaban suministrando, con lo que se comprobó que los mismos no cumplían los requisitos mínimos de cantidad y calidad de acuerdo con la oferta y el contrato; los informes de cafetería, los resultados técnicos y los informes de las supervisoras se pusieron en conocimiento del contratista, a quien se le remitieron, además se hicieron reuniones para requerir a la firma con el fin de que cumpliera con los términos del contrato; sostuvo que por parte de la contratista “(...) no se estaban cumpliendo con las normas mínimas de seguridad, con las normas de manipulación de alimentos, que las cantidades suministradas no correspondían a las contratadas, que la cafetería no permanecía aseada y en condiciones adecuadas de limpieza (...), se presentó contaminación de alimentos (...), lo cual ponía en riesgo la salud de los funcionarios del instituto que tomaban sus alimentos en la cafetería. Estas fueron las razones que llevaron a la administración a declarar la caducidad del contrato”. Sobre el incidente del 26 de mayo, manifestó que ese día la funcionaria Blanca Pinto, integrante del comité de cafetería llegó a su oficina con un plato en el que había una porción de carne en total descomposición puesto que tenía gusanos, por lo que solicitó al INVIMA que tomara las muestras necesarias para poder dejar constancia del incidente. Otro día, ella misma al pasar revista en la cafetería, observó la existencia de pollo descompuesto y solicitó a un señor que dijo ser el nutricionista, que lo dejaran allí para que el INVIMA tomara muestras, pero fue botado a la caneca, por lo cual tuvo que dejar constancia en un acta; y que dicha persona le manifestó que la luz de la nevera –energía eléctrica– no había funcionado el fin de semana y por eso el pollo se les había dañado (f. 458, c. 2).

estaban sirviendo porciones muy pequeñas; además se quejaron por las mesas sucias, la demora en levantar la vajilla, la falta de publicación del menú semanal, tanto ordinario como especial (f. 164, c. 2).

8.6. El 21 de mayo de 1997, el laboratorio de nutrición de la subdirección de investigación y desarrollo del I.N.S. envió a la secretaría general los resultados del pesaje realizado ese día a los diferentes alimentos que conformaron el menú ofrecido por la cafetería para los funcionarios de la entidad discriminando en 3 columnas el alimento medido, el peso encontrado y el peso sugerido. Se encontró que *“Al comparar los pesos se observa un desfase entre lo que se debe ofrecer y lo que actualmente se suministra como porciones en la cafetería. Sólo en la sopa y en el arroz se están ofreciendo porciones más grandes que las recomendadas⁵”* (f. 163, c. 2).

8.7. El 23 de mayo de 1997, el comité de cafetería presentó a la secretaría general del INS un informe de visitas en el cual se registró que se habían practicado 2, en las que se encontró (f. 160 y 161, c. 2):

PRIMERA VISITA:

- *La crema de cebolla que se había dado 4 días atrás, se encontró almacenada en el cuarto frío, en unos baldes, que normalmente se utilizan para el aseo.*
- *Se encontró en el cuarto frío, en una bolsa plástica, cáscaras de maracuyá.*
- *En el congelador de las carnes, en bolsas de plástico, habían sobrantes de ensalada de remolacha, igualmente en tarros se encontró carne preparada (GOULACH), que había sido utilizada el día martes de esta misma semana.*
- *La caneca, donde se botan los desperdicios, se encuentra a la salida de la cafetería (acceso a la terraza), lo que da un mal aspecto, malos olores y facilita la reproducción de moscas, que si no es corregida esta anomalía, se podrían presentar contaminaciones futuras.*

SEGUNDA VISITA:

⁵ En el *sub-lite* rindió testimonio Vilma Fabiola Izquierdo Charry, con grado de instrucción universitario en nutrición y dietética y posgrado en epidemiología, funcionaria actual del INS, quien manifestó haber sido la persona que tomó las muestras de alimentos suministrados en la cafetería de la entidad correspondientes a este informe, por asignación que se le hizo para ello. Declaró que *“La administración del instituto me entrega a mí un vale para ir a reclamar un almuerzo y como cualquier usuario tomo un almuerzo al azar y la persona que está en ese momento en la cafetería le digo que yo salgo de la cafetería con una bandeja de almuerzo para proceder a hacerle el examen correspondiente en el laboratorio de salud ambiental, en este laboratorio se utilizan los elementos necesarios para pesar sólidos y líquidos suministrados en dicho menú; luego de lo cual hago la relación a la persona que me había solicitado el pesaje. El informe que realizo, doy las características de peso de los diferentes alimentos suministrados ese día en donde se observa un desbalance en cantidad de algunos de los alimentos”* (f. 475, c. 2).

- *Se notó que las empleadas, no cumplen con la utilización de tapabocas, gorros, calzado adecuado (están en tenis sucios, sin medias, es decir usándolos como chancletas).*
- *Las bandejas, loza y demás utensilios que se dejan en la mesa después del almuerzo, no son retiradas a tiempo, lo que ocasiona malestar en los usuarios, pues muchas veces, ellos mismos tienen que pasarlos a otra mesa.*
- *Los alimentos (frutas, verduras) los descargan en el piso, el cual no está con un aseo adecuado.*

OBSERVACIONES:

Cuando se acaba la sopa, ésta es trasladada de la cocina al sitio donde la sirven al usuario en baldes, dando un aspecto desagradable, antihigiénico y de mal gusto. Esto se debería hacer en ollas o en utensilios adecuados de cocina.

El servicio de recolección de la loza y limpieza de las mesas, sigue siendo deficiente.

Cuando un usuario, por cualquier causa, no consume sopa u otra porción del almuerzo, ésta no es equilibrada por otra, es decir, que solamente se hace el cambio por huevo o fruta, lo cual no compensa.

Generalmente, las porciones y de acuerdo con el contrato, éstas no cumplen con lo estipulado.

La administración de la cafetería, no entrega el primer día de la semana el comunicado del menú que se va a suministrar, tampoco lo publican en sitio visible.

El cuarto frío y el congelador, no tienen aseo continuo, por lo tanto los alimentos frescos son contaminados por descomposición de alimentos anteriores.

8.8. El 26 de mayo de 1997, la secretaria general del I.N.S. envió al jefe de la división de alimentos del INVIMA oficio en el cual le solicitó autorizar el análisis de calidad general de un almuerzo suministrado por la cafetería del instituto, "(...) debido a que la porción de carne presenta descomposición" (f. 159, c. 2).

8.9. El mismo día 26 de mayo de 1997, se llevó a cabo *reunión extraordinaria* entre funcionarios del I.N.S (secretaria general, jefe de la oficina jurídica,⁶ jefe

⁶ La señora Blanca Jeanneth Avila García, abogada, especializada en derecho público, quien para la época del testimonio se desempeñaba como superintendente delegada para la protección del consumidor y que fuera jefe de la oficina jurídica de la entidad demandada cuando se suscribió esta acta, declaró en el proceso que durante la ejecución del contrato se efectuaron múltiples reuniones con la parte contratista a fin de que cumpliera a cabalidad con lo pactado, a pesar de lo cual fue reiterado su incumplimiento por la mala calidad, repercutiendo de manera grave en la ejecución del contrato (f. 473, c. 2).

división de recursos humanos⁷ y jefe de la división administrativa y financiera⁸) y el señor Juan Edgar Florián, empleado a quien el señor Gustavo Quiñones, gerente de ventas del contratista, delegó para asistir, reunión de la cual se levantó el “Acta de requerimiento a la firma Alimentar de Colombia y/o Ana Esmeralda Medina”, en la que consta que el objeto de la misma fue poner en conocimiento del contratista y pedirle explicaciones “(...) sobre el incidente presentado con el almuerzo del día de hoy, consistente en que la carne tenía gusanos vivos, presentaba mal olor y de color verde, el cual se llevó para estudio al laboratorio de Alimentos del INVIMA”, informarlo sobre las quejas reiteradas de los usuarios de la cafetería en relación con la mala calidad, presentación y manipulación de los alimentos, es decir el incumplimiento del contrato suscrito. También se le puso en conocimiento el informe del comité de cafetería con las deficiencias encontradas, se le advirtió que las cantidades de alimentos –raciones suministradas- según el Grupo de Nutrición de la subdirección de investigación no estaban cumpliendo con lo acordado en el contrato, que la comida no tenía sabor y que inexplicablemente el chef solo estuvo 8 días después del primer requerimiento a pesar de que el contratista había prometido conservarlo. En concreto, (...) se le advirtió que el incumplimiento de contrato genera consecuencias legales y que lo ofrecido en la oferta que sirvió de soporte de análisis para la adjudicación, también hace parte del contrato”, comprometiéndose el delegado del contratista a poner en conocimiento de sus superiores lo allí discutido y a tomar los correctivos requeridos de inmediato, para el mejoramiento de la calidad de los almuerzos y del cumplimiento del contrato (copia autenticada del “acta de requerimiento a la firma Alimentar de Colombia y/o Ana Esmeralda Medina”, f. 157, c. 2).

⁷ En el *sub-lite* rindió testimonio la señora Myriam Celina Puentes González, quien se desempeñaba como jefe de la división de recursos humanos del INS y suscribió esta acta. La testigo corroboró su contenido, manifestando que ejerció la supervisión del contrato conjuntamente con la jefe de la división administrativa y la secretaria general y que recibieron quejas verbales y escritas de funcionarios de la entidad sobre la cantidad y calidad de los alimentos suministrados y el servicio prestado por la contratista, lo que motivó las reuniones con ésta para ponerla en conocimiento de las dificultades que se estaban presentando; declaró además que la relación de la administración con la contratista se dio a través del señor Quiñonez, quien en varias oportunidades delegó su participación a las reuniones al asistente de la gerencia; “(...) a la señora Ana Esmeralda Medina no la conocí ni tuve ninguna relación con ella, la administración buscó mantener el contacto con la firma para comunicarle las quejas de los funcionarios y solicitarle el cumplimiento de las condiciones del contrato (...)” (f. 469, c. 2).

⁸ La señora María Teresa Martínez Melo, quien se desempeñaba como jefe de la división administrativa y financiera de la entidad demandada, declaró en el presente proceso en términos similares a la anterior testigo, manifestando que ella misma fue quien llevó al laboratorio del INVIMA el plato que le entregó un funcionario con una carne descompuesta y funcionarios de esta entidad tomaron muestras del menú de ese día, saliendo el análisis rechazado; las quejas de los funcionarios y del comité siempre se relacionaron con el mal almacenamiento y manipulación de los alimentos por los empleados de la contratista, se les hizo saber pero no solucionaron la situación. “(...) existía riesgo para los funcionarios de una intoxicación (...)”, pues posteriormente se encontró también un pollo dañado y “(...) la administración tuvo que actuar por la responsabilidad que tiene de una alimentación masiva, por los alimentos que daban, que no eran de la mejor calidad (...)” (f. 471, c. 2).

8.10. El 27 de mayo de 1997, la coordinadora del laboratorio de microbiología de alimentos del INVIMA, con el visto bueno del jefe de la división de laboratorio de alimentos y bebidas alcohólicas, envió oficio a la secretaria general del Instituto Nacional de Salud en el cual informa sobre las dos visitas llevadas a cabo a la cafetería de esta entidad a solicitud de la misma, registrando (f. 154, c. 2):

Visita No. 1.

Fecha: Mayo 21 de 1997

Funcionarios que realizaron la visita:

Lucy Rubio de Ricaurte-Bacterióloga, Sección Microbiología de Alimentos DLABA-INVIMA.

Isabel Higuera de Rozo-Bacterióloga, Sección Microbiología de Alimentos DLABA-INVIMA.⁹

Motivo de la visita: *Toma de muestra del menú del día, a solicitud hecha por la Secretaría General del INS al Subdirector Administrativo del INVIMA.*

Observaciones

Area de la cocina

- *Pisos en mal estado.*
- *Refrigerador: Se encuentra en malas condiciones de mantenimiento, oxidado, sucio y los alimentos mezclados y amontonados.*
- *Nevera – mostrador: Las puertas están en mal estado y deterioradas lo que permite la entrada de polvo y tierra a los alimentos que se encuentran en su interior. Se observó unos talegos con carne abiertos que tenían tierra que les había caído de las cebollas que se encontraban sobre dicha nevera.*
- *La tapa del desagüe del lavaplatos conteniendo desperdicios, estaba sobre el mesón donde se cortan y arreglan los alimentos.*
- *Los ingredientes de la ensalada: lechuga, rábanos, pepinos no los lavan antes de cortarlos y hacer la mezcla para la preparación de la ensalada.*
- *No hay un lugar adecuado para almacenar los deshechos.*
- *No hay un sitio apropiado para el almacenamiento de los alimentos.*

Toma de muestras

Se tomaron las siguientes muestras:

⁹ Estas bacteriólogas rindieron testimonio en el *sub-lite*; Blanca Lucy Rubio de Ricaurte, especializada en microbiología y control de calidad de alimentos, manifestó que la visita de control de calidad efectuada a la cafetería del INS el 21 de mayo de 1997 fue a solicitud de la entidad y que lo acostumbrado era efectuarla en horas de la mañana, en frascos estériles y con todas las precauciones requeridas, en presencia del personal de cocina; que le correspondió analizar la carne cocida que se serviría ese día, “*la cual salió rechazada por coliformes, coliformes fecales y estafilococo coagulancia positiva, la cual no es apta para el consumo humano*”. Mariana Isabel Higuera de Rozo, también bacterióloga del INVIMA, manifestó que lo ocurrido corresponde a lo consignado en el informe del 21 de mayo de 1997; que se utilizaron los instrumentos requeridos para tomar las muestras –recipientes de vidrio con tapa hermética y cubiertos con papel kraft, cuchillos, cucharas, pinzas-, que las mismas fueron tomadas cuando se estaban preparando los alimentos y en algunos listos para el consumo, los tomaron de las ollas, los rotularon y se llevaron al laboratorio en donde ese mismo día se procesaron; sostuvo que estaban todos los empleados de la cafetería y en su presencia se hizo el muestreo (f. 464 y 467, c. 2).

- Mayonesa
- Carne cocida
- Leche líquida
- Ensalada de verduras
- Tortilla de huevo y harina

Las muestras se encuentran actualmente en proceso de análisis microbiológico. Para el día 3 de junio se enviarán los resultados analíticos¹⁰.

Visita No. 2

Fecha: Mayo 26 de 1997

Funcionarios que realizaron la visita:

Tomás F. Gracia D.-Jefe División de Laboratorio de Alimentos y Bebidas Alcohólicas

Marta Holguín Coordinadora Laboratorio de Microbiología de Alimentos DLABA.¹¹

Mercedes Vargas-Bacterióloga, Sección de Microbiología de Alimentos DLABA¹².

¹⁰ El 3 de junio de 1997, el jefe de la división de laboratorio de alimentos y bebidas del INVIMA envió a la secretaria general del I.N.S los resultados microbiológicos practicados a las muestras tomadas en la cafetería del instituto el 21 de mayo de ese año, con la nota de que *“Tres de las cinco muestras analizadas salieron rechazadas por la presencia de Coliformes fecales/g. se sugiere tomar las medidas necesarias de manipulación de los alimentos, preparación y establecer normas técnicas adecuadas que deben seguir los empleados para garantizar un buen servicio de alimentos”* (f. 146 a 151, c. 2).

¹¹ Marta Estela Holguín, bacterióloga especializada en ciencia y tecnología de alimentos, quien se desempeña como docente de la Universidad Nacional, rindió testimonio en el proceso y al ser interrogada sobre lo sucedido el 26 de mayo de 1997 en la cafetería del I.N.S., no recordó, pero al ponerle de presente el informe de la visita que ella practicó en su calidad de coordinadora del laboratorio de microbiología y alimentos del INVIMA, manifestó: *“La visita la realizamos porque había una queja sobre la presencia de gusanos en un trozo de carne de alguien que lo estaba consumiendo a la hora del almuerzo, ante la queja resolvimos hacer una visita de inspección a la cafetería, puesto que la presencia de gusanos era evidente, ante esto se rechazaba el producto (por análisis organoléptico), en la cocina hicimos algunas preguntas a los empleados de la cocina de cómo habían manejado la carne y la señora que había manejado la carne nos comentó que la preparó el viernes anterior tarde y por la premura para salir para su casa, guardó caliente en un refrigerador en el cual almacenaban otro tipo de alimentos como verduras, frutas, carne cruda y otros; el rollo de carne que ella preparó lo envolvió en papel aluminio pero no completamente. Encontramos bastantes deficiencias en el manejo higiénico de los alimentos y en el refrigerador en donde se guardó el rollo de carne cocida observamos la presencia de mosquitos de la fruta, lo que nos hizo pensar que ellos pudieron haber depositado huevos sobre la carne destapada, los cuales incubaron durante el fin de semana teniendo en cuenta que la carne pasó por un estado apropiado de temperatura durante bastantes horas antes de enfriarse para que los huevos se convirtieran en larva o sea en gusano. Esto se les manifestó a los encargados del departamento o de la cafetería y se les hicieron las recomendaciones pertinentes (...). El laboratorio tiene protocolos de toma de muestras establecidos y a la cafetería del INS de forma rutinaria se le hizo siempre tomas de muestras para conocer la calidad de sus productos (...), de la siguiente manera: Una o dos bacteriólogas encargadas de los análisis en el laboratorio se desplazaban a la cafetería utilizando bata blanca y llevando instrumentos de toma de muestra estériles (...), en conjunto con uno de los manipuladores se tomaban las muestras requeridas y se trasladaban inmediatamente al frasco o bolsa estéril dependiendo del producto, se tapaba o sellaba inmediatamente y de forma inmediata se llevaban las muestras al laboratorio para iniciar su proceso. En caso de presentarse alguna queja, la muestra podía ser presentada por el quejoso pero de todas maneras se hacía la visita al sitio de origen para tomar las muestras”* (f. 462, c. 2).

¹² En el plenario declaró Judith Mercedes Vargas Llamosa, bacterióloga especializada en microbiología médica de alimentos, vinculada al INVIMA en análisis microbiológico de alimentos, quien participó en la visita que se efectuó el 26 de mayo de 1997 a la cafetería del INS a solicitud de esta entidad, pues se había presentado un incidente con una carne servida en el almuerzo que contenía gusanos; manifestó que encontraron que *“(...) el rollo de carne estaba en un refrigerador envuelto en papel aluminio el cual no cubría totalmente la carne y se encontraba en compañía de otros alimentos como tomates y verduras crudas lo cual implica que no había un buen manejo y manipulación de los alimentos (...), se preguntó a una persona de la cafetería cuándo había preparado la carne y contestó que el viernes anterior la había preparado y dejado refrigerada en este refrigerador (...) y se observaron muchas deficiencias en aseo y manipulación de alimentos (...) f. 465, c. 2).*

Motivo: Queja presentada por la Dra. Gladys Mora – Secretaria General del INS y de Blanca Pinto representante del comité de vigilancia de la cafetería debido a que la carne que ofrecían en el menú del día contenía gusanos.

Observaciones

- El rollo de carne fue preparado el día viernes 23 de Mayo y almacenado en el refrigerador durante el fin de semana.
- En el refrigerador se encontraban almacenados diferentes tipos de alimentos entre los cuales estaban: lechuga, cebolla, tomates, papa, sobre la cual se encontraba el recipiente con la carne ya cocida no recubierta en su totalidad con papel aluminio; lo cual explica la contaminación y el mal estado de la carne.
- En general el refrigerador se encontraba en malas condiciones de aseo como de almacenamiento de sus productos ya que se encontraban mezclados productos crudos y cocidos.
- No tienen un lugar adecuado para el material de desecho ya que se encontraba en diferentes sitios lo que puede ocasionar contaminación de los alimentos en proceso.
- No tienen un área adecuada para el almacenamiento de las diferentes clases de alimentos como verduras, granos etc.
- En la nevera-mostrador se observó residuos de carne cruda mezclados con yuca precocida.
- No tenían un manejo adecuado de los alimentos que estaban procesando.

Muestra enviada al laboratorio

La muestra de carne enviada al laboratorio no es apta para el consumo humano por sus características organolépticas ya que contenía gran cantidad de gusanos (...).

8.11. El 29 de mayo de 1997 la funcionaria presidente del comité de cafetería y otro de los miembros del mismo enviaron oficio a la secretaria general del INS en el cual informan sobre la visita de inspección que realizaron a la cafetería de la entidad el 27 de ese mismo mes a la 1:30 p.m., observando que el servicio transcurrió con normalidad pero advirtieron anomalías en el almacenamiento de los alimentos en el congelador, como revolver carne con legumbres, falta de aseo, etc., por lo que se le sugirió a la administradora de la cafetería¹³, que las

¹³ La señora Ilda Adela Quiñones Esterilia, de 27 años de edad, estudios universitarios de relaciones económicas internacionales y vinculada laboralmente a la Cámara de Representantes como asistente, declaró en el presente proceso que para la época de ejecución del contrato que dio origen a la presente controversia, laboraba como administradora de la cafetería del I.N.S.; relató que desde el principio, muchos funcionarios de la entidad entraban a la cocina sin contar con una presentación adecuada para ello –batas, tapabocas, etc.-, a revisar todo, alegando el derecho a vigilar el funcionamiento y el estado de las instalaciones; que personas de la entidad con supuesto poder en el contrato, como funcionarios de pagaduría, exigían tratos especiales y al no obtenerlos, se molestaron y empezaron a crear mal ambiente; que recibieron malos tratos, incluso de índole racista y amenazas de que los iban a sacar de la entidad; preguntada sobre si estaba en la cafetería el día del “suceso de la carne con gusanos”, manifestó que sí y que se enteró porque un mesero se lo comunicó, pero que nunca le mostraron el plato antes de sacarlo de la cafetería y que la persona supuestamente afectada no se acercó a ella para poner en su conocimiento tal situación sino que se dirigió a otra empleada del instituto, con quien bajaron el plato a la dirección de la entidad. Manifestó que los señores del comité “(...) llegaron en algunas ocasiones a decir que iban a tomar muestras a lo que respondimos que con el mayor gusto y que eso

acompañó en la visita, que el almacenamiento de tales alimentos se hiciera por separado. Manifestaron así mismo que había que arreglar la estufa y el sifón del sitio donde cocinaban, pues expelía malos olores y que se requería un mantenimiento general de las instalaciones locativas como pisos y goteras en el techo (f. 153, c. 2).

8.12. El 30 de mayo de 1997, la entidad contratante ofició a la contratista reiterándole la solicitud de envío del listado de personal con el cumplimiento de requisitos laborales¹⁴ (f. 152 y 180, c. 2).

8.13. El 6 de junio de 1997, el director del Instituto Nacional de Salud expidió la resolución n.º 0288 por medio de la cual declaró la caducidad del contrato de suministro n.º 15 de 1997 celebrado con Ana Esmeralda Medina Delgado, en su condición de propietaria del establecimiento de comercio Alimentar de Colombia, ordenó su liquidación, “inhabilitó” a la contratista para celebrar contratos con entidades estatales por 5 años, le impuso la obligación de pagar, por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, la suma de \$ 7 770 000, ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento contenida en la póliza de seguro n.º 662607 expedida por la Compañía Aseguradora La Nacional y ordenó la publicación de la parte resolutive del acto administrativo. Como fundamento de la decisión, expuso que i) la contratista no estaba cumpliendo con las cantidades mínimas de los alimentos suministrados; ii) que en los 2 meses de ejecución que llevaba el contrato, la contratista había incumplido de manera sistemática con sus obligaciones, como la de entrega del listado del personal a emplear con su respectiva identificación y demás datos solicitados, el suministro deficiente de alimentos en cuanto a calidad y cantidad, para lo cual relaciona las comunicaciones de empleados, miembros del comité de vigilancia de la cafetería y resultados de pruebas de laboratorio efectuadas; iii) que la contratista fue requerida en varias ocasiones en forma verbal y por escrito (actas de 3 de abril y 26 de mayo) con el fin de que cumpliera con el objeto del contrato en la forma dispuesta en el pliego de condiciones, en los términos de su oferta y según lo estipulado por las partes; iv) que además de la baja calidad de los alimentos suministrados, se han presentado incidentes de contaminación que ponen en grave peligro la integridad física de los funcionarios destinatarios del suministro; v)

se haría previo aviso, lo cual no se cumplió. Una mañana muy temprano llegaron y tomaron muestras absolutamente de todo -9:30 a.m.-10:00 a.m., tomaron muestras de todos los alimentos, del agua que se repartía y las retiraron a los laboratorios supongo” (f. 454, c. 2).

¹⁴ El 6 de junio de 1997, el señor Rómulo Gustavo Quiñones, gerente del establecimiento Alimentar de Colombia, envió al jefe de la oficina jurídica del INS la copia del formulario único de afiliación e inscripción a la EPS del personal que labora en dicho instituto en el área de cocina, las cuales, según los respectivos formularios, se produjeron en esa misma fecha (f. 139 a 145, c. 2).

que a juicio de la entidad, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato pudiendo ocasionar la paralización del mismo, “(...) *en razón a que los usuarios han manifestado reiteradamente en forma verbal y escrita, su total inconformidad por la calidad de los alimentos ofrecidos*”¹⁵ (f. 132, c. 2).

8.14. El 25 de junio de 1997, el gerente encargado del establecimiento Alimentar de Colombia¹⁶ envió comunicación al director del I.N.S., en la cual le propuso terminar el contrato de común acuerdo, “(...) *ante las controversias presentadas (...)*” y su disposición a hacer el empalme con el nuevo contratista de tal manera que no se afectara la normalidad del servicio, propuesta que fue rechazada por mediar la declaratoria de caducidad del contrato (f. 122 y 123, c. 2).

8.15. El 1º de julio de 1997, se presentó nuevo incidente en la cafetería del instituto demandado, originado en las quejas de varios de los usuarios del servicio prestado por la demandante, en relación con la comida que les estaba siendo suministrada (mal olor, pollo descompuesto), lo que motivó visita de la secretaria general y miembros del comité de vigilancia de la cafetería, quienes dejaron constancia de la existencia de un platón con presas de pollo cocinadas que expedían mal olor y respecto de las cuales la encargada de la cocina manifestó que estaban malas y por eso las habían sacado de la sopa, la cual se comprobó que también despedía mal olor, por lo que se dio la orden de suspender el suministro de este alimento y se dispuso la práctica de un examen microbiológico por parte de la división laboratorio de alimentos y bebidas alcohólicas del INVIMA, quien no pudo recoger las muestras porque los alimentos en cuestión fueron desechados por los empleados de la cafetería, botándolos a la caneca, de donde ya no podían ser tomadas las muestras. Según se registró en el acta de esta visita, uno de los empleados de la cafetería manifestó que “(...) *por un olvido el congelador donde guardaban el pollo se había quedado apagado el fin de semana. Cuando fueron a ver el pollo (hoy), éste estaba dañado, cosa que le comunicó a la señora de la cocina, quien al parecer no tuvo en cuenta esta advertencia y lo usó en la preparación de la sopa*”; consta en el acta que también estaba presente el encargado de la cafetería, señor Bernabé González, quien se identificó como el nutricionista y se dejaron constancias de las manifestaciones de

¹⁵ Contra esta decisión fue interpuesto recurso de reposición y fue confirmada mediante resolución n.º 0385 del 11 de julio de 1997 (f. 106, c. 2).

¹⁶ Según la relación de personal directivo, administrativo y operativo incluida en la propuesta presentada por la demandante en la licitación que precedió a la adjudicación y celebración del contrato, entre los empleados de Alimentar de Colombia, Ana Esmeralda Medina –propietaria de la empresa y gerente general-, se encontraba el gerente de ventas, que “*Reemplaza a la Gerente en todas sus funciones durante su ausencia y en permanencia de esta, coordina los desempeños administrativos generales*” (f. 305, c. 2).

varios funcionarios sobre la apariencia y el mal olor y sabor de los alimentos que les fueron servidos ese día (f. 124, 125 y 126, c. 2).

8.16. El 3 de junio de 1997, se llevó a cabo reunión entre funcionarios del I.N.S. (secretaria general, jefe de la oficina jurídica, jefe de la división de recursos humanos, jefe de la división administrativa y financiera) y representantes de la demandante –establecimiento Alimentar de Colombia, de propiedad de la señora Ana Esmeralda Medina-: Rómulo Gustavo Quiñones, gerente de ventas¹⁷; Sonia Perdomo, jefe de compras¹⁸ y Juan Edgar Florián, asistente del gerente de ventas¹⁹, “(...) con el fin de pedirle explicación de los hechos que se vienen presentando en la prestación del servicio de almuerzo de cafetería”, se hizo un recuento de lo hablado entre las partes, el incumplimiento de los compromisos adquiridos en reuniones anteriores, la preocupación por la posible intoxicación masiva de los funcionarios de la entidad contratante por la clase de alimentos que se les estaban suministrando y que habían sido analizados por el INVIMA con resultados negativos por no cumplir ni en cantidad ni en calidad con lo ofrecido en la propuesta ni con la manipulación de los alimentos en el proceso de preparación.

¹⁷ El señor Rómulo Gustavo Quiñones Esterilia rindió testimonio en el presente proceso y manifestó que era contador, de 41 años de edad, se desempeñaba como director nacional del Mundo Contable, es cónyuge de la demandante y que para la época de los hechos, se desempeñaba como gerente general encargado de Alimentar de Colombia; dio cuenta de las dificultades que se presentaron desde el inicio de la ejecución contractual, a raíz de su manifestación en el sentido de que las instalaciones de la cocina no reunían los requisitos mínimos para prestar el servicio de acuerdo con lo establecido por la secretaría de salud, a lo que le respondieron que realizarían las reparaciones cuando contaran con la disponibilidad presupuestal; también con los empleados destinatarios del suministro de alimentos, que se molestaron porque no se les concedían exigencias y complacencias especiales que entorpecían la prestación del servicio y empezaron a presionarlo con llamadas anónimas en las que le informaban que lo iban a sacar de la entidad. En relación con el incidente de la comida contaminada con gusanos, manifestó que nunca le fue mostrada a la administradora de la cafetería y que no se siguieron los procedimientos indicados para la toma y el examen de muestras de alimentos, con lo cual se violó el debido proceso. Agregó que “Posterior a estos hechos me citaron a una reunión en mi calidad de representante legal, en donde exhibieron un documento según ellos la remisión de las muestras al INVIMA y que después de analizar esos resultados podrían incluso llegar a decretarnos la caducidad del contrato”, por lo cual le propuso a la entidad la terminación del contrato de común acuerdo, que fue rechazada (f. 450, c. 2).

¹⁸ Sonia Perdomo de Plaza, de 54 años de edad, estudios de Derecho, declaró que para la fecha del testimonio se desempeñaba como gerente de la sociedad Aliser Ltda. de la cual también es socia y que en la época de los hechos trabajaba para Alimentar de Colombia y/o Ana Esmeralda Medina. Manifestó que cuando se estaba ejecutando el contrato con el INS ella ejercía supervisión y supo que la razón de la entidad para declarar la caducidad del contrato era que habían encontrado un plato de comida que contenía gran cantidad de gusanos, aunque tal circunstancia no se les dio a conocer a los empleados del contratista que estaban en la cafetería; sostuvo que desde el principio la relación entre las partes no fue favorable, fueron objeto de persecución por algunos empleados del sindicato y de la parte administrativa del INS, relatando que “Diariamente estas personas nos practicaban visita a las instalaciones revisando toda la materia prima, los alimentos que se suministraban en los almuerzos y se les atendía cualquier sugerencia que nos manifestaran (...)”. Se le preguntó si permanecía en las instalaciones de la cafetería durante las horas del almuerzo y si las visitas y tomas de muestras a los alimentos suministrados se hacía en su presencia, a lo cual respondió que “Casi diariamente iba a la cafetería llevando la materia prima y tuve oportunidad en varias ocasiones de atender las visitas que nos practicaban a cualquier hora, los integrantes del comité y las personas del sindicato las cuales nunca se presentaron ni uniformados ni llevaban elementos especiales para tomar muestra, simplemente sacaban a un recipiente comida que se estaba preparando” (f. 447, c. 2).

¹⁹ Se trata del mismo empleado a quien el gerente de ventas del contratista delegó para asistir, en su representación, a la reunión extraordinaria que se llevó a cabo el 26 de marzo de 1997, día en que se produjo el incidente de la carne descompuesta, momento en el cual se le expusieron todos los hechos de incumplimiento que se venían presentando en la ejecución del contrato y expresamente se le manifestó que “(...) el incumplimiento de contrato genera consecuencias legales (...)” (ver párrafo 8.9).

“A lo planteado anteriormente argumentan que ellos compran alimentos frescos y que tienen el personal capacitado e idóneo para la prestación del servicio objeto del contrato, y que inexplicablemente no entienden por qué razón el día 26 se les presentó este incidente con la carne, pues tienen supervisores con una buena capacitación y amplia experiencia, y que se someten a que diariamente se les haga una supervisión a todo el proceso de manipulación de alimentos, y también propone dar por terminado el contrato de común acuerdo. Por otra parte, manifiestan tener mucha presión psicológica por llamadas anónimas diciéndoles que los van a sacar así como han sacado a los otros, y que ven manos criminales en los hechos sucedidos (...)” (copia autenticada del “acta de requerimiento a la firma Alimentar de Colombia y/o Ana Esmeralda Medina”²⁰, f. 118, c. 2).

8.17. El director del Instituto Nacional de Salud liquidó unilateralmente el contrato de suministro n.º 15 de 1997 mediante resolución n.º 0721 del 14 de noviembre de 1997²¹, en la cual se registró que el valor del contrato era de \$ 77 700 000,00, que el contratista recibió pagos por concepto de la ejecución de las prestaciones, así: abril 1 a 30: \$ 8 497 320; mayo 2 al 15: \$ 3 512 000; mayo 16 al 30: \$ 3 898 000; junio 3 al 13: \$ 367 971; junio 16 al 27: 3 513 718; y julio 1 al 14: \$ 3 569 714, para un valor total ejecutado de \$ 26 118 723. Y que como consecuencia de la declaratoria de caducidad y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, el contratista canceló la suma de \$ 7 770 000 (f. 102, c. 2).

III. El problema jurídico

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si en el presente caso se violó el debido proceso por parte de la entidad demandada al expedir el acto administrativo de caducidad contractual y si por lo tanto éste se halla viciado de nulidad, como lo alegó la recurrente, luego de definir si, como sostuvo el *a-quo*, la liquidación del contrato impedía la discusión judicial del acto de caducidad.

²⁰ La referida acta aparece sin suscribir por los empleados de la contratista; mediante oficio del 8 de julio de 1997, la jefe de la división administrativa y financiera del instituto contratante, le solicitó a la contratista la remisión, debidamente suscrita, de la referida acta que le había sido enviada para tal fin; a continuación, aparece copia del acta suscrita por los empleados de la contratista, quienes dejaron como anotación al pie de sus firmas que *“no me consta que la carne haya tenido gusanos”* –el gerente de ventas- y que *“Alimentar no conoció la muestra de carne en referencia”* –la jefe de compras-. El asistente del gerente de ventas, no suscribió el acta, por cuanto según informó éste, *“(…) dejó de laborar en la empresa, siendo imposible su ubicación”* (f. 114 a 117, c. 2).

²¹ Confirmada por resolución n.º 0815 del 16 de diciembre de 1997 (f. 97, c. 2). Se observa además, que a pesar de obrar esta liquidación unilateral, en el expediente reposa copia autenticada de un acta de liquidación bilateral sin fecha, suscrita por el representante legal de la entidad y la contratista, en términos similares (f. 443, c. 2).

IV. Análisis de la Sala

La liquidación del contrato

10. En reiteradas ocasiones ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado²², que una vez liquidado el contrato, no resultan procedentes reclamaciones derivadas del mismo, a menos que, tratándose de una liquidación de común acuerdo, se hubiera dejado expresa salvedad en el acta o que se alegare la existencia de un vicio del consentimiento en la misma –error, fuerza o dolo- o que tratándose de una liquidación unilateral, se demandare el correspondiente acto administrativo comprobando su ilegalidad dentro del proceso²³.

11. No obstante, tal afirmación no se extiende a aquellos eventos en los cuales la demanda se dirige en contra de otros actos administrativos proferidos por la administración dentro de la relación contractual, pues si bien su contenido económico puede hacer parte de la liquidación que del contrato se efectúe - unilateral o bilateral-, ésta no impide el cuestionamiento judicial de la legalidad de esas otras decisiones administrativas, que conservan su individualidad y si bien gozan de la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo, la misma bien puede ser desvirtuada por los canales procesales dispuestos para ello. Al respecto, ha dicho la Sala²⁴:

Así las cosas, una vez se ha liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, sin que se hayan consignado salvedades en el acta correspondiente, dado el carácter de negocio jurídico bilateral y, por ende, su fuerza vinculante resolutoria o liberatoria, no es posible entablar una reclamación judicial en relación con el contrato liquidado, pues clausura, en principio, la controversia ante la Jurisdicción, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo) o que dicha liquidación haya sido suscrita con salvedades o reparos por alguna de la partes en el mismo momento de su firma²⁵, lo cual, además se fundamenta en el principio de que no es lícito a las

²² Ver por ejemplo, sentencia del 29 de agosto de 1995, expediente 8884, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente 10778, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 20 de noviembre de 2003, expediente 15308, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 14113, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 17963, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²³ El artículo 20 del Decreto 1291 de 1994 –vigente para la época de los hechos-, “Por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Salud”, estableció que “El régimen contractual del Instituto se ceñirá a las normas vigentes sobre la materia”, de modo que en cuanto no se tratara de contratos de actividades científicas y tecnológicas, regulados por las normas de la Ley 29 de 1990, el Decreto-ley 393 de 1991, el Decreto-ley 591 de 1991 y el Decreto-ley 585 de 1991, le resultaban aplicables las normas de la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 60 establece el deber de liquidar los contratos de tracto sucesivo.

²⁴ Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente 18553, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ [6] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 1992, exp. 6661”.

partes venir contra sus propios actos “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas²⁶.

Sin embargo, una excepción respecto de los efectos finales de la liquidación del contrato suscrita de mutuo acuerdo por las partes, es cuando la liquidación deviene o es consecuencia de la declaratoria de caducidad o de la terminación unilateral del contrato. En efecto, en primer término, en tratándose de la posibilidad de controlar o impugnar en forma separada la legalidad de los actos de caducidad y de liquidación del contrato, esta sección señaló:

“Es un hecho cierto que entre el acto de caducidad del contrato y el de liquidación existe una relación jurídica (como existe esa relación entre todos los actos que se dicten dentro de la operación contractual), pero no es un acto complejo. Tanto el uno como el otro conservan su propia individualidad, con sus alcances y efectos y con sus controles de legalidad propios (gubernativo y jurisdiccional), hasta el punto que bien pudo la parte afectada impugnarlos en su conjunto o separadamente. Así, no habría sido extraño que el contratista hubiese impugnado sólo la liquidación, por encontrar ajustado a la ley el de caducidad o viceversa”²⁷.

Lo anterior porque la liquidación no comporta que la parte afectada con una medida de caducidad o terminación unilateral (arts. 287 numerales 1 y 4 dec 222/83) acepte los motivos que haya invocado la administración para tomar esa determinación, o que esté renunciando a la acción judicial a que haya lugar con el fin de obtener su anulación y el resarcimiento de perjuicios, en caso de que estime que no se ajusta a derecho, tal y como también lo ha manifestado esta Sala:

“Es cierto que no es usual que el contratista afectado con una declaratoria de caducidad acepte la liquidación del contrato, generalmente porque tiene diferencias con la entidad contratante con respecto al monto de la obra ejecutada y porque no está de acuerdo con el descuento de la cláusula penal, caso en el cual se hace necesario que la administración la efectúe en forma unilateral a través de un acto administrativo; pero el hecho de que acepte intervenir en la liquidación, en recibir lo que se le adeuda y en pagar la sanción pecuniaria, no puede significar una renuncia al posterior control jurisdiccional de legalidad del acto de declaratoria de caducidad del contrato, cuando además como sucede en el presente caso, la inconformidad del demandante no lo es con respecto a la liquidación que se hizo del mismo, pues allí sí habría lugar a que dicha liquidación sea irrevisable judicialmente.”²⁸

12. De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un contrato respecto del cual se declaró la caducidad haya sido liquidado unilateralmente o de común acuerdo por las partes, no es óbice para que el afectado pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a demandar aquella decisión unilateral de la

²⁶ [7] “Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de octubre de 2002 y de 6 de julio de 2005”.

²⁷ [8] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 30 de mayo de 1996, exp. 11.759”.

²⁸ [9] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 1999, exp. 10.196”.

administración, pues de un lado, el que haya accedido a suscribir el acta de liquidación bilateral, no puede interpretarse como una renuncia por parte del contratista a su derecho de impugnar las decisiones administrativas de la contratante que afectan sus intereses, por considerarlas ilegales; ni por otra parte, el cuestionamiento judicial de la legalidad de un determinado acto administrativo puede quedar supeditado a la impugnación de otra decisión de la misma naturaleza.

El debido proceso

13. El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 consagró expresamente el derecho al debido proceso en materia contractual, al establecer que “(...) será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales” y al ordenar que la decisión de imponer multas al contratista “(...) deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista (...)”²⁹.

14. Sin embargo, no puede afirmarse que sólo a partir de esta norma rige el debido proceso para los contratistas del Estado, toda vez que se trata de un

²⁹ Este artículo fue reglamentado por el artículo 86 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*” (publicada en el diario oficial n.º 48128 de la misma fecha), cuyo tenor es el siguiente: “Art. 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”.*

derecho fundamental de consagración constitucional (art. 29³⁰), en virtud del cual las personas gozan de una serie de garantías mínimas en todas las actuaciones judiciales y administrativas que conducen a una decisión sobre los derechos de los que ellas son titulares, con miras a que la misma sea justa, derecho que por disposición de la Carta, es de aplicación inmediata (art. 85, C.P.).

15. Entre las garantías de las que goza, como manifestación del derecho fundamental del debido proceso, toda persona que es objeto de una decisión judicial o administrativa, se encuentran las de i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa, ii) no ser condenado sino por hechos que estén consagrados como delito o infracción al momento de su comisión, iii) ser sancionado únicamente con fundamento en las sanciones consagradas previamente en la ley, (iv) no ser juzgado sino con arreglo al procedimiento y las formas propias para cada juicio señaladas en la ley y ante la autoridad judicial o administrativa competente, independiente e imparcial, (v) la presunción de inocencia respecto de la conducta ilícita que se le atribuye hasta que no se le demuestre su culpa, vi) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, (vii) el derecho a la aplicación de la norma más favorable en materia penal, viii) a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, ix) a obtener la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas, etc., garantías todas que apuntan a la realización del derecho sustancial y que deben ser respetadas por todos los funcionarios administrativos y judiciales. En palabras de la jurisprudencia³¹:

En definitiva, el derecho al debido proceso rige con carácter obligatorio en las actuaciones judiciales y administrativas, como un bloque de principios y reglas aplicables por los jueces y las autoridades públicas en la relación procesal con el propósito de obtener una sentencia justa y acorde con el derecho material y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos³², en todas aquellas actuaciones

³⁰ El artículo 29 de la Constitución Política consagra el deber de respetar este derecho tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos: “Art. 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...). Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa (...); a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² [5] “En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que (...) buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando garantías que sean necesarias para la protección de derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general.” Cfr. SANTOFIMIO, Gamboa, Jaime Orlando, Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007, Edt. Universidad Externado de Colombia 2009, Págs. 80 a 82”.

tendientes a producir la constitución, modificación o extinción de un derecho o una obligación o la imposición de una sanción que puedan afectar sus intereses de libertad, vida o patrimonio.

Es decir, procura a las personas, en condiciones de igualdad, participación y respeto, que el asunto que les interesa será decidido por el juez o autoridad administrativa imparcialmente y sin arbitrariedades, mediante un proceso leal y justo. Por eso, bien se pregona en nuestro medio que tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocido en el Preámbulo de la Carta Política, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional, en el entendido de que tutela la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y lo protege de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad judicial o administrativa que conoce y resuelve su situación jurídica³³, de manera que también se constituye en una condición para la validez de sus actuaciones y, por esa vía, en un mecanismo para la racionalización del poder³⁴ y de preservación de la seguridad jurídica³⁵.

16. Esa facultad que se garantiza al administrado de intervenir en el procedimiento que antecede a la expedición de una decisión administrativa que recaerá sobre su situación jurídica, es lo que representa propiamente la garantía del debido proceso en las actuaciones administrativas, razón por la cual no se puede afirmar que dicha garantía se encuentre en la procedencia de recursos en contra de la decisión. Si el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de interponer recursos ordinarios en contra de los actos administrativos –reposición, apelación y queja-, es para brindar a la administración la posibilidad de que revise sus propias decisiones a solicitud del administrado, antes de que éste acuda a la jurisdicción contencioso administrativa para que ésta juzgue la legalidad del acto cuestionado. Y si bien constituye al mismo tiempo una ventaja para el titular de la situación jurídica afectada con la decisión, en la medida en que como resultado de tales recursos puede obtener la aclaración, modificación o revocatoria de la misma y por lo tanto, desde este punto de vista, la concesión de los recursos de ley hace parte del debido proceso, ella, por sí sola, no corresponde a la garantía íntegra de ese derecho fundamental, puesto que la impugnación en sede administrativa, se produce, naturalmente, frente a una decisión ya tomada.

17. De otro lado, con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 que se refirió de manera expresa al derecho del debido proceso en materia contractual, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 23 y 77, ya remitía a los principios del derecho administrativo al establecer su aplicación en materia contractual y ordenaba que, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de la ley de

³³ [6] “CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, Sentencia C- 214 de 28 de abril de 1994”.

³⁴ [7] “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 945 de 4 de septiembre de 2001”.

³⁵ [8] “CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 195 de 6 de abril de 1999”.

contratación, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa sean aplicadas en las actuaciones contractuales, en el entendido de que también éstas corresponden al ejercicio de la función administrativa, toda vez que se hallan encaminadas a la obtención de bienes, obras, servicios, etc., que requieren las entidades para el cumplimiento de los objetivos y deberes estatales, orientados a su vez a la satisfacción del interés general³⁶.

18. Tales procedimientos de la función administrativa, que se hallan regulados en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, corresponden a la formación de la voluntad de la administración, tendiente a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares que afectan a personas determinadas y por lo tanto implican el deber de hacer partícipe al administrado destinatario de tales decisiones, en la tramitación previa a la expedición del respectivo acto administrativo, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

19. Aplicado lo anterior en materia contractual, significa que cuando la administración se disponga a expedir una decisión que afecte los derechos e intereses de quienes intervienen en las actuaciones adelantadas en materia contractual –los proponentes en los procedimientos de selección y los contratistas en los negocios jurídicos celebrados-, debe actuar de tal manera que los administrados tengan conocimiento de la intención de la entidad de decidir alguna cuestión que los afecta, las razones que la misma arguye como fundamento para su actuación y las pruebas que soportan la futura decisión unilateral, garantizándoles el derecho a intervenir en la etapa previa a la expedición del acto administrativo y a ejercer su derecho de audiencia y de defensa, mediante la manifestación de los descargos o justificaciones que tengan a bien brindar en relación con su conducta, la valoración de las pruebas que posean o soliciten, así como otorgándoles la oportunidad de controvertir las existentes.

20. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sido categórica en afirmar que en materia contractual también se debe respetar este derecho fundamental al debido proceso, siempre que la administración en su papel de parte contratante dentro de un negocio jurídico, pretenda ejercer su poder de autotutela declarativa mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, en tal forma que se garantice el pleno conocimiento del contratista sobre la

³⁶ Así lo recuerda el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al establecer que los servidores públicos deben tener 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.

actuación adelantada por la administración y su posibilidad de ejercer en debida forma el derecho de audiencia y de defensa.

21. En cuanto a la forma como se debe presentar tal garantía del debido proceso, se advirtió el conflicto que se suscitaba entre el trámite del procedimiento administrativo en los términos establecidos por el legislador para las actuaciones administrativas en general y la agilidad, economía y celeridad con que se deben adelantar las cuestiones contractuales de la administración, teniendo en cuenta la finalidad que éstas persiguen, en cuanto apuntan a la satisfacción del interés general, la cual debe lograrse con eficiencia, eficacia, calidad y en los términos debidos para su obtención oportuna, de suerte que se asegure la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y el funcionamiento del Estado, y porque se considera que no todos los derechos que involucra el debido proceso resultan exigibles o aplicables en los procedimientos de contratación con la misma intensidad que en otra clase de procesos como por ejemplo, los penales³⁷. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia:

Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no. Esta clasificación tiene incidencia para otros efectos, por ejemplo para determinar los derechos del debido proceso que rigen en unas y en otras actuaciones, como quiera que es indiscutible que las garantías se potencializan en las primeras y se reducen en las segundas, por razones obvias. Así, en las actuaciones sancionatorias es exigible el derecho a la preexistencia de la falta y la sanción, pero en las no sancionatorias carece de espacio. Lo mismo aplica para el derecho a la presunción de inocencia, ya que en los procedimientos sancionatorios tiene aplicación plena, mientras que en los no sancionatorios carece de sentido introducirlo, porque allí no se imputa nada a quienes participan de ellos.³⁸

22. No obstante, en el momento actual no cabe duda alguna en relación con la aplicación del debido proceso en materia contractual y especialmente cuando se trate de decisiones sancionatorias, caso en el cual implica, principalmente, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley –o el contrato, en este caso-, por juez o autoridad pública competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, con garantía de los derechos de presunción de inocencia, de audiencia, defensa y contradicción,

³⁷ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –expediente 18394- la Sección Tercera señaló que “(...) es menester determinar el campo de aplicación de cada uno de los derechos que contempla el debido proceso y su intensidad, según el caso y la etapa de la actividad contractual de que se trate, pues va de suyo que varios de esos principios rigen en forma plena y absoluta en algunos eventos, pero en otros lo será en forma matizada, modulada o proporcional a la finalidad de la etapa y de los supuestos que condicionan la actuación de la Administración”.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16367, C.P. Enrique Gil Botero.

derechos que excluyen la posibilidad de expedir sanciones de plano, es decir sin brindar al contratista la oportunidad de participar en la etapa previa a la decisión y defender sus intereses, expresando su criterio sobre el asunto materia de discusión.

El caso concreto

23. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que, en el presente caso, no se dio la violación al debido proceso alegada por la parte actora, toda vez que la decisión de la entidad demandada contenida en la resolución n.º 0288 del 6 de junio de 1997, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato de suministro de alimentos, confirmada por resolución n.º 0385 del 11 de julio del mismo año, estuvo precedida de requerimientos y advertencias al contratista, quien no fue por lo tanto, sorprendido con la decisión y tuvo oportunidad de presentar sus explicaciones y descargos antes de la expedición del acto de caducidad del contrato.

24. En efecto, el material probatorio allegado al plenario es demostrativo de que una vez iniciada la ejecución del contrato, los funcionarios del Instituto Nacional de Salud, quienes eran los destinatarios del suministro de alimentación contratado, presentaron quejas en relación con una serie de deficiencias tanto en la cantidad como en la calidad de los alimentos suministrados por la contratista (párrafo 8.5).

25. Tales defectos se corroboraron científicamente, puesto que se acreditó que el laboratorio de nutrición de la subdirección de investigación y desarrollo del I.N.S. realizó el pesaje de los alimentos suministrados encontrando diferencias con lo pactado en el contrato (párrafo 8.6) y además, se detectó contaminación y descomposición de algunos alimentos, que fueron sometidos a análisis de laboratorio por parte de las personas encargadas de la supervisión de la ejecución del contrato, es decir los miembros del comité de cafetería.

26. Este comité se pactó en el contrato de suministro, la conformación del mismo fue debidamente reglamentada por la administración y sus miembros, nombrados por el director de la entidad (párrafos 8.2 y 8.3), eran funcionarios de la misma contratante que tenían entre sus funciones la de *“practicar inspecciones permanentes y completas con el fin de establecer si la preparación de los alimentos se ajusta a las condiciones previstas en el presente contrato, especialmente en lo relacionado con los menús, su calidad, higiene y presentación”* así como la toma de muestras *“(...) para el respectivo análisis físico-*

químico y microbiológico en los laboratorios del INSTITUTO” y entre las obligaciones del contratista se encontraba precisamente la de facilitarle al comité la inspección en la preparación de los alimentos y brindarle los informes y datos que aquel requiriera (párrafos 8.1.7, 8.2 y 8.3).

27. El comité realizó 2 visitas a la cafetería del I.N.S, de las cuales presentó informe en el que se advierten deficiencias en la forma de manipulación, preparación y presentación de la alimentación a cargo de la contratista así como en la higiene y almacenamiento de los productos utilizados para la preparación de los almuerzos (párrafo 8.7) y fueron todas estas circunstancias las que condujeron a que transcurridos 2 meses de su ejecución, se declarara la caducidad del contrato, no obstante lo cual, aún después de la expedición del respectivo acto administrativo y mientras se decidía la impugnación en su contra, siguieron presentándose graves irregularidades en el suministro a cargo de la demandante (párrafos 8.15 y 8.16).

28. De acuerdo con lo anterior, para la Sala no queda duda alguna del incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte de Ana Esmeralda Medina, puesto que está debidamente probado en el plenario. Y aunque la demandante adujo que las muestras de alimentos no fueron tomadas con su conocimiento ni las pruebas realizadas en su presencia y por eso cuestiona los resultados, así como la validez de la declaratoria de caducidad que se fundó en los mismos, se advierte que, en cuanto a lo primero, en el contrato no se acordó que para la toma de muestras siempre debiera acudir personalmente la señora Ana Esmeralda Medina o que tuviera que darse aviso previo, en vez de la posibilidad de efectuar tales controles en forma aleatoria, como se desprende de las funciones a cargo del comité de cafetería; además, obran pruebas en el expediente de que las muestras de alimentos se tomaron en presencia del personal que trabajaba a sus órdenes y que éste sabía cuál era la finalidad de tal actividad, como lo declararon, entre otros testigos, la administradora de la cafetería y la jefe de compras de la contratista (párrafos 8.12 y 8.16).

29. En cuanto a lo segundo, fueron las mismas partes del contrato quienes acordaron que la realización de los exámenes de laboratorio se llevaría a cabo por la entidad demandada: Instituto Nacional de Salud, cuando fuera necesario para establecer la calidad y cantidad de alimentos suministrados³⁹, sin que en parte alguna hubieran pactado que tales exámenes debieran realizarse en presencia de

³⁹ Los exámenes de laboratorio fueron efectuados tanto por el INS (f. 48, c. 2) como por el INVIMA.

la contratista, lo cual resultaría extraño si se tiene en cuenta que se trataba de dictámenes científicos fruto de análisis especializados, respecto de los cuales no se concibe la presencia de personal ajeno al mismo laboratorio en el que se llevan a cabo.

30. No se puede olvidar que la entidad contratante es el Instituto Nacional de Salud, “*instituto científico técnico de referencia nacional, que contribuye al mejoramiento de la salud de los colombianos a través de la generación de conocimiento y el monitoreo de la salud pública*”, entre cuyos objetivos estratégicos se halla el de actuar como entidad de referencia nacional y coordinador técnico de redes de vigilancia epidemiológica, laboratorios, trasplantes, sangre e investigación en biomedicina, operar y desarrollar el sistema de vigilancia y control en salud pública y promover, orientar, ejecutar y coordinar la investigación en salud pública. Es el laboratorio nacional de referencia, ejerce como la máxima autoridad nacional técnico científica en las áreas de su competencia y actúa como coordinador de la red nacional de laboratorios, la red de bancos de sangre y servicios transfusionales y la red de donación y trasplantes. El laboratorio nacional de referencia está conformado por 9 grupos de laboratorios: entomología, genética, microbacterias, microbiología, parasitología, patología, salud ambiental, química clínica y virología, en los que se realizan diagnóstico, confirmación e investigación de diversas patologías de origen bacteriano, parasitológico, viral, fúngico, enfermedades de transmisión vectorial, transmisión sexual, zoonosis, respiratorias, entre otras⁴⁰, es decir que se trata de una entidad que cuenta con los laboratorios y recursos científicos más indicados para la realización de los exámenes y análisis de alimentos que se requieran.

31. Y por otro lado, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA⁴¹, que también realizó varios de los exámenes a solicitud de la entidad contratante, tiene entre sus funciones, las de i) controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993⁴², durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo, ii) promover, apoyar y acreditar instituciones para la realización de evaluaciones farmacéuticas y técnicas, así como laboratorios de

⁴⁰ Según consta en la información de la página institucional de la entidad en la web: <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Red-Nacional-Laboratorios/Paginas/la-subdireccion.aspx>.

⁴¹ Creado por el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de ciertos productos.

⁴² Medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

control de calidad, asesorarlos y controlar su operación de acuerdo con las normas vigentes, sin perjuicio de lo que en materia de control deban adelantar las entidades territoriales y iii) efectuar las pruebas de laboratorio que considere de mayor complejidad a los productos estipulados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes y desarrollar, montar y divulgar nuevas técnicas de análisis y ejercer funciones como laboratorio nacional de referencia, lo cual sin lugar a dudas lo hacía idóneo para la clase de análisis que se requerían respecto de los alimentos suministrados en las instalaciones del INS en virtud del contrato de suministro aquí cuestionado.

32. Por otra parte, las pruebas debidamente aportadas al plenario demuestran que la decisión de declarar la caducidad del contrato no fue tomada a espaldas de la contratista ni ésta fue sorprendida con la determinación de la entidad, sino todo lo contrario, estuvo precedida de al menos una reunión en la que participó un empleado suyo y de la que se levantó un *acta de requerimiento a la contratista*, a través de la cual se le informó detalladamente del incumplimiento de las obligaciones contractuales y se le advirtió sobre las consecuencias legales que del mismo se podían derivar (párrafo 8.9), sin que la demandante hubiere acreditado en el plenario que se haya dado respuesta formal a las observaciones efectuadas por la entidad en dicha reunión.

33. En este punto, resulta necesario acotar que la garantía del debido proceso en las actuaciones administrativas que culminarán con la expedición de un acto administrativo, implica dar a conocer su existencia al administrado y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, pero ello no significa que el no ejercicio de este último, que depende de la sola voluntad del administrado, se traduzca en el desconocimiento del derecho fundamental.

34. Dicho en otras palabras, el hecho de que el administrado, a pesar de habersele dado oportunidad para ello, no dé respuesta a las observaciones de la administración ni aporte o pida la práctica de pruebas que contradigan las que ésta posee, no implica desconocimiento del debido proceso. Este se garantiza al posibilitar las acciones defensivas del destinatario de la decisión antes de su expedición, independientemente de que ellas sean ejercidas o no.

35. Lo contrario implicaría que la sola inactividad del administrado le impediría a la administración la demostración de que, efectivamente, en la toma de su decisión, le garantizó el debido proceso, dentro del cual aquel se rehusó a ejercer sus derechos de defensa y contradicción; sería como librar a la voluntad del

administrado la verificación de la garantía de este derecho fundamental por parte de la entidad, a pesar de las actuaciones que ella adelantara en tal sentido.

36. Tampoco resulta admisible que, para dar por acreditado el debido proceso en las actuaciones de las entidades estatales tendientes a la expedición de un acto administrativo particular y concreto, sea necesario que el administrado destinatario de la decisión intervenga hasta en los más mínimos detalles del procedimiento de formación de la voluntad administrativa, por cuanto de lo que se trata es de garantizar su conocimiento de la existencia de la actuación y la facultad no sólo de aportar y pedir pruebas, sino de controvertir las ostentadas por la administración, pero todo dentro de los cauces normales dispuestos para su intervención.

37. Al respecto, se observa que si bien Ley 1474 de 2011 no es aplicable al presente caso por tratarse de hechos sucedidos con anterioridad a su expedición, sí resulta ilustrativo el procedimiento creado por dicha ley para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, el cual implica tan sólo la realización de una audiencia con el contratista, en la cual se pondrán en su conocimiento los hechos de incumplimiento que se le imputan junto con los informes de interventoría y supervisión que les sirven de fundamento, enunciando las normas o cláusulas contractuales violadas y las consecuencias que se pueden derivar para el contratista del desarrollo de la actuación, dándole oportunidad para intervenir y presentar sus descargos y explicaciones, para aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad, luego de lo cual ésta procederá a emitir su decisión, salvo que resuelva suspender la actuación para practicar pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte. Como se puede observar, resulta clara la similitud entre el procedimiento legal expuesto y el adelantado en el *sub-lite* por la entidad demandada antes de expedir la resolución por medio de la cual declaró la caducidad del contrato, con lo cual se evidencia la garantía del debido proceso a favor de la demandante en dicha actuación.

V. Conclusión

38. De conformidad con las anteriores consideraciones, estima la Sala que tal y como lo determinó el *a-quo*, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado y por lo tanto, resulta procedente la confirmación de la sentencia de primera instancia.

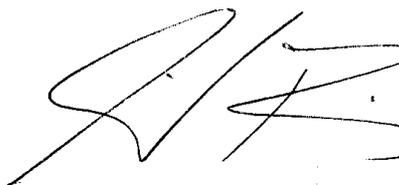
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

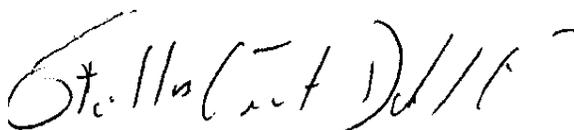
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 12 de febrero de 2003.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala



STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO