

RÉGIMEN JURIDICO APLICABLE – Ley 153 de 1887 – Contrato estatal – Ley 80 de 1993 – Ley 1150 de 2007

De conformidad con lo establecido en el artículo 3895 de la Ley 153 de 1887, el régimen jurídico aplicable al contrato de concesión 894 del 14 de diciembre 2007 es el previsto en la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de su celebración. Asimismo, cabe destacar que en la cláusula decima de dicho negocio jurídico se pactó expresamente la facultad del ICBF para imponer multas al contratista en caso de incumplimiento parcial de sus obligaciones, estipulación que, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 17 ejusdem, el cual prevé que la decisión de imposición de multas “deberá estar precedida de una audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso”.

MANUALES DE CONTRATACIÓN – Procedimiento mínimo para imposición de multas o sanciones – Decreto 2474 de 2008 artículo 87 – Declaratoria de nulidad por el Consejo de Estado

La disposición transcrita fue reglamentada por el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, norma que facultó a los entes estatales para incorporar en sus respectivos manuales de contratación un procedimiento mínimo a seguir para imponer multas, el cual, en todo caso, debía contemplar un mecanismo que permitiera garantizar al contratista el ejercicio de su derecho de defensa con anterioridad a la imposición de la sanción correspondiente.

No obstante, resulta pertinente advertir que la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 14 de abril de 2010, declaró la nulidad condicionada del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008.

[...] si bien al momento de iniciarse el procedimiento sancionatorio objeto de análisis —20 de diciembre de 2010— se encontraba en vigencia la Resolución 4670 de 2009, mediante la cual se adoptó el manual de contratación del ICBF y cuyo artículo 32 fijaba reglas procedimentales orientadas a garantizar el debido proceso para la imposición de multas, lo cierto es que dicha normativa no resulta aplicable para efectos del análisis que debe hacerse en el presente asunto.

Lo anterior, por cuanto, con ocasión de la anulación condicionada del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008 —declarada por esta Corporación mediante sentencia del 14 de abril de 2010, fecha anterior al inicio del procedimiento sancionatorio objeto de análisis—, quedó claro que las entidades a través de reglamentos —o, en particular, por medio de sus manuales— no pueden implementar o modificar procedimientos administrativos de carácter sancionatorio respecto de contratistas (extra-orgánico), condicionando las garantías propias del derecho

fundamental del debido proceso, cuando dicha tarea es del resorte exclusivo del legislador.

De ahí que, a partir de la sentencia en mención y ante la inexistencia de una reglamentación válida en materia de procedimiento sancionatorio contractual específico del ICBF —en la medida que el manual de contratación que lo estableció se sustentaba en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, norma que fue anulada—, es necesario acudir al procedimiento general previsto en la codificación administrativa.

En consecuencia, para efectos de determinar si en el caso bajo estudio se vulneró el debido proceso de Industrias del Maíz S.A., en su condición de concesionario, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en el manual de contratación del ICBF, sino que el respectivo análisis debe realizarse con base en lo dispuesto en la normativa general vigente para la época en que ocurrieron los hechos objeto de estudio, razón por la que se hace indispensable precisar el alcance del debido proceso en materia sancionatoria contractual, conforme con el marco normativo y el correspondiente desarrollo jurisprudencial del cual ha sido objeto [...].

DEBIDO PROCESO EN EL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO – Constitución Política artículo 29 – Garantía

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, en virtud de las cuales se busca proteger a toda persona involucrada en una actuación administrativa o judicial, imponiéndole a quien asume su dirección la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente definido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías — derechos y obligaciones— de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

En materia administrativa, ha sido entendido que el debido proceso es de ineludible observancia y su garantía debe armonizarse con la aplicación de los principios que orientan la función administrativa, incluso en el ámbito de la contratación estatal, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación se hiciera necesario adoptar decisiones que afecten los intereses del contratista, como cuando la administración ejerce su potestad sancionadora, que, si bien se efectúa unilateralmente, debe estar precedida de un procedimiento mínimo que preserve las garantías del debido proceso del afectado, tornando improcedente la imposición de sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio.

DEBIDO PROCESO – Principio rector – Ley 1150 de 2007 artículo 17 – No reglamentación del procedimiento

[...] a través del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 [...] dispuso que las garantías del debido proceso, como principio rector en materia contractual, se extienden a la fase de formación de los actos administrativos sancionatorios —se hizo referencia a las multas y cláusulas penales pecuniarias—, dado que los contratistas tienen el derecho a ser oídos en un procedimiento mínimo antes de la adopción de una decisión que pueda afectar sus intereses, permitiéndoseles conocer anticipada y claramente los elementos de incumplimiento que se les imputan y ejercer su derecho de contradicción y defensa.

En este sentido, aun cuando la Ley 1150 de 2007 incorporó expresamente el debido proceso en materia sancionatoria contractual, estableciendo la observancia de un procedimiento sumario que garantizara el cumplimiento efectivo del artículo 29 de la Constitución Política, no reglamentó expresamente dicho procedimiento, el cual vino a consagrarse concretamente con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Con todo, esta última norma no será analizada en esta oportunidad, en tanto no resulta aplicable al contrato objeto de controversia, dado que para la fecha de su celebración y ejecución aquella ley aún no había sido promulgada.

DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO – Garantías mínimas aplicables antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 de 2011

Conviene precisar que, incluso en los casos como el que se analiza —en los cuales aún no había entrado en vigor la Ley 1474 de 2011—, esta Subsección ha sostenido que el respeto de las garantías mínimas del debido proceso resulta exigible en todo procedimiento administrativo, por lo que aplicar ese principio al ámbito sancionatorio contractual implica la obligación de vincular de manera efectiva al particular afectado tanto al trámite como a la decisión que eventualmente pueda derivarse, asegurando, como mínimo, las siguientes garantías: (i) ser escuchado antes de que la entidad adopte una decisión definitiva; (ii) participar de manera efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su culminación; (iii) tener la oportunidad de presentar, solicitar y controvertir pruebas; (iv) obtener decisiones debidamente motivadas; (v) recibir notificaciones oportunas y practicadas según los requisitos legales; (vi) acceder a la información y documentación relacionada con la actuación; (vii) recibir asesoría jurídica; y (viii) interponer los recursos y demás mecanismo de defensa procedentes en contra de las decisiones administrativas que se profieran en su contra

IMPOSICIÓN DE MULTA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Garantías Procesales - Violación al debido proceso- Sanciones a contratistas - Principio de legalidad - Proceso Administrativo Sancionatorio- Constitución Política de Colombia, Artículo 29 - Ley 1150 de 2007, artículo 17- Decreto 2474 de 2008, Artículo 87 - Ley 80 de 1993 Artículo 14-Sanciones Contractuales

Conforme con lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala considera que el ICBF impuso a Industrias del Maíz S.A. una multa por incumplimiento del contrato de concesión 894 de 2007, sin haber observado en su integridad todas las garantías del debido proceso exigidas en el marco de los procedimientos sancionatorios, ni el protocolo previsto en el anexo técnico del contrato, relativo al trámite que debía surtir en caso de discrepancias sobre el cumplimiento de las especificaciones técnicas preestablecidas para la producción de la bienestarina; específicamente, se omitió la realización de los análisis de laboratorio a cargo del INVIMA —con presencia de la interventoría— sobre las contramuestras y la muestra testigo, prescindiendo así de medios probatorios esenciales para verificar, de forma objetiva y técnica, la supuesta no conformidad del producto, lo cual inexorablemente configura una vulneración directa del derecho fundamental al debido proceso.

En tal sentido, conviene reiterar que la Sección Tercera ha sido enfática en sostener que, incluso en aquellos casos en los que el trámite sancionatorio se hubiera adelantado antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011 —como en el asunto *sub examine*—, la Administración se encontraba en la obligación de garantizar un procedimiento mínimo que respetara íntegramente el debido proceso en favor de sus contratistas, lo que implicaba, entre otros aspectos, no solo asegurar la posibilidad real de ser escuchados, sino también garantizar el derecho a conocer, de forma anticipada y clara, los cargos de incumplimiento que se le atribuían, así como el tipo de sanción que eventualmente se pretendía imponer, a aportar y controvertir pruebas y, en términos generales, a ejercer cabalmente su derecho de defensa.

En el presente asunto se observa que, en la citación a la audiencia del 17 de enero de 2011, el ICBF se limitó a enunciar de forma genérica el supuesto incumplimiento en el que incurrió Industrias del Maíz S.A., relacionado con la inclusión de ácido sórbico en la bienestarina producida y con la omisión de su mención en la etiqueta del producto, sin que se hubiera identificado de forma precisa y clara las cláusulas contractuales y disposiciones del pliego que se consideraban transgredidas, como tampoco la eventual sanción que podría imponerse en caso de comprobarse el incumplimiento referido.

Lo consignado en dicha comunicación determinaba, en criterio de la Sala, el alcance de la audiencia programada, a lo cual debía ceñirse el funcionario que la presidiera. En consecuencia, resulta contrario al debido proceso que, durante el desarrollo de la diligencia, se hayan incorporado nuevos cargos, como la posible transgresión de diversas cláusulas contractuales y disposiciones del pliego, así como la advertencia de que su eventual verificación podría dar lugar a la imposición de una sanción, pues con esto, claramente, se modificó el objeto de la audiencia, sin que la sociedad concesionaria hubiera podido preparar adecuadamente su intervención, en tanto tales cargos, así como

el propio informe de las pruebas de laboratorio realizadas por el INVIMA, le eran desconocidos hasta ese preciso momento, todo lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa íntegramente, situación que fue oportunamente advertida por Industrias del Maíz S.A.

Se observa que, en virtud de la advertencia formulada por el concesionario, el propio funcionario del ICBF que instruyó la audiencia se vio en la necesidad de dejar constancia expresa de que no se trataba de una audiencia sancionatoria, sino de una diligencia preliminar destinada única y exclusivamente a oír al contratista respecto de la presencia de ácido sórbico en la bienestarina y que, en el caso de comprobarse dicha situación, se convocaría a una nueva audiencia con todas las garantías del debido proceso, manifestación que generó en Industrias del Maíz S.A. una expectativa legítima de que contaría con una segunda oportunidad formal para ejercer materialmente su defensa frente a la eventual imposición de una sanción, con mayor razón cuando, justamente, durante la audiencia el concesionario expresamente solicitó que le fueran entregados los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina.

Pese a lo anterior, en contravía de afirmado por el funcionario del ICBF en el curso de la audiencia, sin que para ese momento se hubiera seguido el protocolo exigido en el pliego para la verificación de conformidad de la bienestarina respecto de las especificaciones técnicas y sin previa entrega del análisis de laboratorio del INVIMA en el que se apoyaba el ICBF, la entidad expidió de plano la Resolución 314 de 2011, mediante la cual impuso la multa al contratista. Esta actuación, además de contradecir la determinación expresamente adoptada por la propia entidad, desconoció el principio de publicidad y contradicción de la prueba, pasó por alto el procedimiento técnico de toma de muestras y contra muestras contemplado en los pliegos de condiciones para la verificación del producto no conforme y privó al concesionario de una participación efectiva en el procedimiento sancionatorio, configurando un acto sorpresivo y contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual está proscrito imponer sanciones sin una instancia procesal claramente definida que garantice el ejercicio del derecho de defensa del afectado.

En este contexto, resulta preciso destacar que, de haberse convocado a la segunda audiencia mencionada, el contratista habría contado con una oportunidad real y efectiva para controvertir la supuesta vulneración de disposiciones contractuales —circunstancia que únicamente fue revelada al momento de expedirse la resolución sancionatoria—, mediante la presentación de pruebas, explicaciones técnicas y argumentos jurídicos en defensa de su actuación, previo conocimiento de los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina que, como quedó visto, no fueron dados a conocer al Concesionario con antelación. Es por lo anterior que dicha diligencia no podía considerarse un mero trámite, como lo sugirió el ICBF en su escrito de alzada, sino que constituía una oportunidad sustancial del procedimiento, indispensable para garantizar el debido proceso, teniendo en cuenta que: **(i)** como indicó el funcionario que presidió la audiencia, en esa segunda diligencia se calificaría el tipo de sanción a imponer al concesionario; **(ii)** ni antes ni durante la audiencia se le había entregado al contratista el informe técnico de las pruebas del INVIMA en las que se fundó

la Contraloría para ejercer su función de advertencia y que originó la citación; **(iii)** tampoco se habían realizado los procedimientos descritos en el anexo técnico de los pliegos de condiciones; y **(iv)** justamente el mismo día en que el ICBF citó a la audiencia —12 de enero— y al día siguiente, el INVIMA, el ICBF y el concesionario habían acordado un plan de acción para detectar las causas y origen del ácido sórbico en la bienestarina.

En esas condiciones, al privar al contratista de la posibilidad de ejercer una defensa efectiva, el ICBF desconoció principios esenciales del procedimiento administrativo sancionatorio, configurando —sin lugar a dudas— una vulneración directa al derecho al debido proceso.

[...] el ICBF omitió aplicar los procedimientos técnicos establecidos en el anexo técnico del pliego de condiciones, destinados a verificar los resultados de laboratorio presentados inicialmente por el INVIMA en caso de objeción, tales como el análisis de contramuestras y la muestra testigo. En consecuencia, al haberse prescindido de dichas diligencias con antelación a la imposición definitiva de la multa, el ICBF no solo vulneró las reglas particulares del contrato, sino que también privó al contratista de garantías mínimas de fiabilidad probatoria y afectó de manera directa su derecho a un procedimiento sancionatorio justo, con las garantías propias del debido proceso.

En este sentido, la Sala resalta que el alcance del aludido debido proceso en este caso concreto tiene una doble connotación: **(i)** desde el plano legal, que encuentra sustento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que estableció unas garantías mínimas a las cuales ya se hizo alusión, y **(ii)** desde el plano contractual, por cuanto las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acordaron expresamente —anexo técnico incorporado en el pliego de condiciones y al contrato—, en punto del análisis de la calidad de los productos, un determinado y preciso procedimiento que debía seguirse en casos de discrepancias entre el concesionario y el contratante respecto de las muestras que se encontraran por fuera de especificación técnica en cuanto a su calidad.

En definitiva, la Sala concluye que la actuación desplegada por el ICBF antes de expedir las resoluciones mediante las cuales impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., estuvo desprovista de las garantías mínimas del debido proceso exigidas legal y contractualmente. Esta vulneración se materializó en la omisión de la segunda audiencia cuya realización había sido previamente anunciada —la cual, como ya se indicó, no constituía un simple trámite formal—; en la realización de la única audiencia que se llevó a cabo sin previa entrega al Concesionario del informe correspondiente al análisis de laboratorio del INVIMA que originó la actuación; en el uso de pruebas carentes de fuerza concluyentes para sustentar la sanción; y en la inobservancia de protocolos técnicos esenciales previstos en el pliego para resolver discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato respecto de la calidad de la bienestarina producida —en particular, la toma de la muestra testigo y la práctica de contramuestras—. Todo ello evidencia un actuar administrativo contrario a los estándares mínimos de legalidad, a las reglas pactadas en el contrato y al respeto por los derechos del contratista en el marco de un procedimiento sancionatorio.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

CONSEJERA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 76001-23-33-000-2013-00283-01 (55030)
Demandante: Ingredion Colombia S.A. (antes, Industrias del Maíz S.A., Corn Products Andina)
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Referencia: Controversias contractuales – CPACA

TEMAS: DEBIDO PROCESO EN MATERIA SANCIONATORIA – Desarrollado a partir del artículo 29 de la Constitución Política y luego incorporado al ordenamiento jurídico en el artículo 17 de Ley 1150 de 2007, como el derecho del contratista a ser escuchado en un procedimiento mínimo antes de la adopción de una sanción, con el que se garantice su derecho de contradicción y defensa respecto de los elementos de incumplimiento que se le endilgan. MULTA – Sanción pecuniaria impuesta por la Administración al contratista con ocasión de incumplimientos parciales durante la vigencia del plazo contractual, con el objeto de conminarlo al cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones. INTERESES REMUNERATORIOS - Su reconocimiento no opera de pleno derecho, dado que, por su naturaleza y función, requiere de la existencia de una estipulación negocial expresa o una disposición legal que así lo establezca. ACTUALIZACIÓN DE PERJUICIOS – Procede cuando la decisión condenatoria de primera instancia ha sido confirmada en sede de apelación y el consecuente reconocimiento pecuniario efectuado no ha sido objeto de cuestionamiento específico.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandante como por la entidad demandada contra la sentencia del 24 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El presente proceso versa sobre la legalidad de las resoluciones mediante las cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en lo sucesivo, ICBF) impuso una multa al contratista, ahora demandante, en el marco del contrato de concesión celebrado entre las partes para llevar a cabo la operación de dos plantas destinadas a la producción y distribución de bienestarina a nivel nacional, como consecuencia de la presencia de un conservante — ácido sórbico— en algunos lotes del producto alimenticio.

La parte accionante considera que tales actos administrativos adolecen de nulidad, por haber sido proferidos en contravención del debido proceso y sin una motivación suficiente que permitiera acreditar, de manera clara y objetiva, la configuración del incumplimiento que dio lugar a la sanción. Como medida de restablecimiento del derecho, solicita la devolución de la suma compensada por concepto de la multa impuesta durante la ejecución contractual, debidamente indexada conforme el IPC,



el reconocimiento de interés moratorios y remuneratorios, así como la adopción de medidas orientadas a la reparación de su buen nombre.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 13 de marzo de 2013¹, Ingredion Colombia S.A. (antes Industrias del Maíz S.A., Corn Products Andina —en adelante Industrias del Maíz S.A.—) presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el ICBF, con las siguientes **pretensiones** (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA PRINCIPAL. *Que se declare la nulidad de las Resoluciones 314 del 27 de enero de 2011 y 2240 de 13 de junio de 2011, proferidas por el ICBF.*

SEGUNDA PRINCIPAL. *Que como consecuencia de la pretensión primera principal, se declare que el ICBF incumplió el Contrato 894 de 2007 al haber impuesto de forma ilegal a INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. una multa contractual.*

TERCERA PRINCIPAL. *Que, como consecuencia de la pretensión primera principal, se condene al ICBF a restituir a INDUSTRIAS DEL MAÍZ, el valor de la suma de la multa impuesta en las Resoluciones censuradas, la misma que fue compensada por la parte demandada durante la ejecución del Contrato 894 de 2007. Dicha suma deberá ser debidamente actualizada, incluyendo los correspondientes intereses corrientes y/o moratorios, y demás valores a que haya lugar. Por lo demás esa suma al 12 de noviembre de 2012 ascendía a los siguientes valores:*

- [...] \$984'164.625, por concepto del costo de capital del monto de la multa, sin incluir aún los intereses legales.
- [...] \$50'088.941, por concepto de indexación sobre el capital del monto de la multa [...], según consta en la certificación de la contadora de INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A. [...].
- [...] \$80'045.420.00, por concepto de los intereses corrientes sobre el capital del monto de la multa [...], según consta en la certificación de la contadora de INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A [...].
- [...] \$160'090.840, por concepto de los intereses moratorios sobre el capital del monto de la multa [...], según consta en la certificación de la contadora de INDUSTRIAS DEL MAÍZ S.A [...].

CUARTA PRINCIPAL. *Que, como consecuencia de la pretensión primera principal, se ordene al ICBF, a través de medios de comunicación nacional de difusión radial, televisiva y escrita, informar respecto de la nulidad de los actos demandados, incluyendo las razones de ilegalidad respectivas, como medida del restablecimiento del buen nombre de mi representada [...].*

QUINTA PRINCIPAL. *Que, como consecuencia de la pretensión primera principal, se ordene al ICBF, informar mediante comunicación escrita, a Colseguros S.A., a la Cámara de Comercio de Cali [...] y a la Procuraduría General de la Nación, la decisión de la nulidad de los actos demandados, incluyendo las razones de ilegalidad respectivas.*

¹ Fl 451 a 489, C.1.



SEXTA PRINCIPAL. *Que, como consecuencia de la pretensión primera principal, se ordene al ICBF, publicar a su costa, en el Diario Oficial, una nota señalando la decisión de la nulidad de los actos demandados, incluyendo las razones de ilegalidad respectivas”.*

1.2. En síntesis, la parte actora narró los siguientes **hechos**:

1.2.1. El 14 de diciembre de 2007, tras haber resultado vencedora de un proceso de licitación pública, Industrias del Maíz S.A. celebró con el ICBF el contrato de concesión 894 de 2007, cuyo objeto consistía en la operación de dos plantas para la producción de bienestarina y su distribución a nivel nacional, por un término de cinco años.

1.2.2. El 16 de diciembre de 2010, la Contraloría General de la República, en ejercicio de su función de advertencia, informó al ICBF que había ordenado al INVIMA realizar pruebas técnicas a diversas muestras de la bienestarina producida por Industrias de Maíz S.A., cuyo resultado reveló la presencia de aproximadamente 51.1 mg/kg de ácido sórbico; cantidad considerablemente alta para un producto que, como se indicaba en el etiquetado, no debía incluir conservantes y/o preservantes, por lo que solicitó tomar las previsiones necesarias, teniendo en cuenta que se encontraba de por medio la salud de niños y adultos mayores beneficiarios de los programas de alimentación del ICBF, a quienes se les podría ocasionar perjuicios.

1.2.3. El 20 de diciembre de 2010, la interventoría y el ICBF, en comunicaciones independientes, remitieron a Industrias de Maíz S.A. el oficio emitido por el ente de control y, con base en su contenido, la requirieron para que ofreciera explicaciones con respecto al posible incumplimiento derivado de la utilización de ácido sórbico como conservante de la bienestarina producida, pese a que la etiqueta del producto afirmara que no contenía aditivos ni preservativos.

1.2.4. El 21 de diciembre de 2010, Industrias de Maíz S.A., en oficios separados, respondió los requerimientos realizados por la interventoría y el ICBF, afirmando que en el proceso productivo de la bienestarina nunca había empleado ácido sórbico y que este tampoco había sido utilizado por los proveedores de materias primas; por tanto, solicitó que le fueran remitidos los análisis de laboratorio elaborados por el INVIMA, pues posiblemente los resultados allí obtenidos fueron consecuencia de errores en la toma de muestras, lo que implicaría la necesidad de realizar un nuevo estudio de laboratorio (contramuestras).

1.2.5. El 21 de diciembre de 2010, el ICBF le solicitó al INVIMA la remisión de una copia de los análisis de laboratorio realizados a las muestras físicas de bienestarina, así como la práctica de un concepto técnico que permitiera determinar el origen del ácido sórbico en dicho suplemento alimenticio y, además, establecer el impacto que una concentración de 51.1 mg/kg podría tener en la salud de los consumidores.

1.2.6. El 23 de diciembre de 2010, el INVIMA remitió al ICBF los análisis de laboratorio solicitados y manifestó que no era posible identificar, mediante un nuevo



análisis, el origen del ácido sórbico en la bienestarina, pues no contaba con las fichas técnicas de las materias primas utilizadas y suministradas por los diferentes proveedores; además, señaló que las cantidades de ácido sórbico detectadas, las cuales oscilaban entre 17.9 mg/kg y 69.4 mg/kg no representaban riesgo para la salud de los consumidores, conforme lo dispuesto en la Resolución 4125 de 1991 del Ministerio de Salud, que establecía que la cantidad máxima permitida de ácido sórbico en alimentos es de 1000 mg/kg.

1.2.7. El 28 de diciembre de 2010, Industrias del Maíz S.A. remitió al ICBF y a la interventoría unas pruebas de laboratorio que había encargado particularmente y que fueron realizadas por Ecoquímica Ltda. sobre los mismos lotes de bienestarina que el INVIMA afirmó contenían ácido sórbico. En esta contramuestra, que se basó en una metodología diferente a la utilizada por el INVIMA, se concluyó que *“no hay ninguna adición de ácido sórbico en el producto de bienestarina y que las mínimas trazas reportadas [encontradas en 3 de los 16 lotes analizados] pueden obedecer a la presencia natural de dicho componente en algunos vegetales”*.

1.2.8. El 12 de enero de 2011, el ICBF citó a Industrias del Maíz S.A. a una audiencia de garantía del debido proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 87 del Decreto 2474 de 2008, con el propósito de que rindiera descargos por el incumplimiento derivado *“de la confirmación [tanto por parte del INVIMA como por Ecoquímica Ltda.] de la presencia de ácido sórbico en pequeñas cantidades en el producto terminado (bienestarina) como en las materias primas”*, lo que, para el demandante, circunscribía el alcance de la audiencia que se pretendía adelantar.

1.2.9. El 17 de enero de 2011, el ICBF celebró la audiencia correspondiente, en cuyo desarrollo Industrias del Maíz S.A. expresó su preocupación por la violación del debido proceso, en tanto que, por un lado, se cuestionaron temas que no habían sido previamente informados ni advertidos en la citación realizada, relacionados con el incumplimiento de algunas cláusulas contractuales y disposiciones contenidas en el anexo técnico del pliego de condiciones; y, por otro lado, *“tampoco existía claridad de si la audiencia tenía por objeto [...] la imposición de una multa o la declaratoria de incumplimiento”*. Sobre este último punto, el funcionario instructor de la audiencia precisó categóricamente que su objeto consistía en escuchar los descargos de la concesionaria en relación con el incumplimiento que se le atribuía, y que, si este se verificaba, se convocaría a otra *“audiencia para cualquiera de tres propósitos: imposición de multa, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o ambas cosas, y por supuesto se les citará haciendo referencia a ese procedimiento”*.

1.2.10. El 27 de enero de 2011, sin que se hubiera celebrado la segunda audiencia anunciada y que estaba prevista en el manual de contratación de la entidad, el ICBF profirió la Resolución 314 de 2011, a través de la cual impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., equivalente al 0.15305% del valor del contrato, suma que ascendía a \$984'164.625. La decisión se fundamentó en los resultados del análisis realizado por el INVIMA, los cuales confirmaron la presencia de ácido sórbico en las muestras de bienestarina, así como en un informe elaborado por la interventoría el 21 de



enero de 2011, el cual, según la demanda, “ *no fue dado a conocer a Industrias del Maíz, conculcando una vez más su derecho de contradicción y por ende el de defensa y al debido proceso, puesto que [...] se realizaron nuevos señalamiento en cuanto a las disposiciones que presumiblemente la concesionaria había incumplido*”.

1.2.11. El 1º de marzo de 2011, Industrias del Maíz S.A. interpuso recurso de reposición contra la resolución antedicha, con base en los siguientes argumentos:

(i) se vulneró el debido proceso del concesionario al no realizarse la segunda audiencia anunciada por la misma entidad contratante y que estaba prevista en su manual de contratación; (ii) aunque el ICBF justificó su convencimiento de que las muestras de bienestarina contenían ácido sórbico en el análisis realizado por el INVIMA, al cual le otorgó prevalencia sobre el remitido por el concesionario, en virtud de lo previsto en el numeral 1.5.4. del anexo técnico del pliego, lo cierto es que esa prevalencia procedía exclusivamente en “*análisis microbiológicos y no a los eventos en los que se cuestionan aspectos físico-químicos, como es el caso de la presencia del ácido sórbico*”; y (iii) se ignoró que el numeral 1.4.6. del anexo técnico del pliego establecía que para resolver discrepancias relativas a aspectos físicos o químicos del producto debía realizarse un análisis de laboratorio de contramuestras y muestra testigo del lote objeto de controversia y dirimir la controversia con base en los resultados de este estudio, procedimiento que no se adelantó.

1.2.12. El 3 de junio de 2011, en cumplimiento de una solicitud de pruebas, el INVIMA remitió al ICBF nuevos análisis de laboratorio (contramuestras) a “*los mismos lotes de bienestarina en los que la Contraloría dijo estar presente el ácido sórbico, sin que se evidenci[ara] la presencia de este [conservante], con las características mínimas que permitan determinar su identificación*”.

1.2.13. El 10 de junio de 2011, el INVIMA presentó algunas aclaraciones en relación con la comunicación precedente, entre las que destacan: (i) que la diferencia de resultados entre la primera muestra y la contramuestra no tenía una justificación desde el punto de vista técnico; y (ii) que “*el ácido sórbico tiende a oxidarse en alimentos y degradarse, dependiendo de ciertas condiciones y en ciertas frutas*”.

1.2.14. El 13 de junio de 2011, el ICBF profirió la Resolución 2240 de 2011, mediante la cual confirmó la multa impuesta, acto administrativo que, afirma el libelo, fue dictado sin ningún parámetro o metodología de dosificación distinto al de su libre arbitrio, pues consideró que, a pesar de que la contramuestra realizada por el INVIMA a los lotes de bienestarina no arrojó la presencia de ácido sórbico, ello no desvirtuaba el hecho de que en la primera muestra se hubiera encontrado la presencia de dicho conservante, dado que, como bien lo explicó la autoridad alimentaria, este componente tiende a oxidarse con el tiempo.

1.2.15. Finalmente, en su demanda Industrias del Maíz S.A. manifestó que el monto de la multa prevista en las Resoluciones 314 y 2240 de 2011 fue compensado por el ICBF, con las sumas que debía pagarle en virtud del contrato 894 de 2007.



1.3. Como **normas violadas**, la sociedad demandante invocó los artículos 6, 29 y 121 de la Constitución Política; los artículos 3 y 24.7 de la Ley 80 de 1993; el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 87 del Decreto 2474 de 3008; y la Resolución 4670 de 2009, contentiva del manual de contratación del ICBF. Con fundamento en estas disposiciones, expuso el **concepto de la violación**, en los siguientes términos:

1.3.1. Precisó que el ICBF vulneró el debido proceso de la sociedad demandante al imponerle una multa sin haberla convocado previamente a la segunda audiencia, a pesar de encontrarse dispuesta en el numeral 1.1.4 del artículo 32 de su manual de contratación vigente —Resolución 4670 de 2009— y haber sido anunciada por la propia entidad. Esta omisión transgredió el principio de confianza legítima e impidió a Industrias del Maíz S.A. ejercer su derecho de defensa, no solo en relación con la supuesta presencia de ácido sórbico en la bienestarina —cuestión que correspondía al alcance de la citación original—, sino también frente a los cargos por incumplimiento de algunas cláusulas contractuales y disposiciones contenidas en el pliego de condiciones, los cuales fueron adicionados ilegalmente por el funcionario que presidió la audiencia preliminar y que el afectado no tuvo oportunidad de controvertir, pues *“solo hasta el momento de la sanción misma [...], descubr[ió] que el fundamento normativo de los cargos de la sanción imputada rebasa[ron] los inicialmente formulados”*.

1.3.2. Arguyó que el ICBF le impuso una multa basada *“en un hecho inexistente, o lo que es lo mismo [...], por mera voluntad sin atender ningún parámetro objetivo y verificable”* —falsa motivación—, pues, aun cuando la primera prueba de laboratorio realizada por el INVIMA reveló pequeñas cantidades de ácido sórbico en algunos lotes de bienestarina, la contramuestra practicada por la misma autoridad sanitaria contradujo los resultados iniciales, al determinar que en dichos lotes no se evidenció trazos del conservante con las características mínimas para confirmar su presencia. En consecuencia, y pese a los esfuerzos argumentativos del ICBF para descalificar los resultados de la contramuestra incluidos en la motivación de las resoluciones acusadas, lo cierto es que no se demostró de manera concluyente la presencia de ácido sórbico en los lotes de la bienestarina producida y distribuida por el concesionario. Por consiguiente, en criterio de la accionante, el fundamento determinante de la sanción carecía totalmente de prueba.

1.3.3. Expresó que, aunque una de las obligaciones contractuales a su cargo consistía en garantizar la calidad de la bienestarina, *“en ninguna parte del contrato o del anexo técnico [que incluía algunas pruebas de laboratorio que debían realizarse para demostrar la idoneidad de la bienestarina] se menciona expresamente que el concesionario debiera haber practicado un ensayo para detectar la presencia o no de ácido sórbico, ni que la interventoría lo hubiera debido auditar”*, por lo que el ICBF vulneró la buena fe contractual e incurrió en un error al afirmar, en la resoluciones controvertidas, que el concesionario debía haber realizado esa prueba específica y que al no hacerlo había incurrido en un incumplimiento obligacional. Según la demanda, tal vulneración se hace más evidente si se observa que el ICBF desechó la propuesta presentada por Industrias



del Maíz S.A. para implementar un plan de acción preventivo que permitiera *“conocer y/o homologar la técnica utilizada por el INVIMA para medir el contenido de ácido sórbico”*.

1.3.4. Afirmó que haber descartado un lote de bienestarina con base en la práctica de una sola prueba de laboratorio contrariaba la norma técnica NTC 1236², la cual exige la realización de un número específico de ensayos para poder concluir que existe presencia de ácido sórbico en los lotes de bienestarina, lo que no fue observado por el ICBF y debilita la fuerza probatoria de la única muestra que tuvo en cuenta al expedir los actos sancionatorios impugnados.

1.3.5. Por último, alegó que, en el hipotético caso de que los argumentos anteriores fueran desestimados, el *quantum* de la sanción impuesta en los actos administrativos impugnados debía ser dosificado, ya que el ICBF no tuvo en cuenta ningún parámetro objetivo, más allá de que el contrato 894 de 2007, en su cláusula décima, lo facultaba para imponer multas que sumadas no excedieran del 10% del valor total del contrato, de modo que, a su juicio, el Instituto *“inobservó cualquier criterio de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la multa, al punto que ni siquiera como consecuencia del recurso de reposición interpuesto por Industrias del Maíz S.A., valoró esta circunstancia que le fue puesta de presente y dio por sentado que la metodología —ninguna— para calcular dicha multa era la correcta”*.

2. Contestación de la demanda

El ICBF³ se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda, al sostener que el proceso administrativo sancionatorio que adelantó y que culminó con la expedición de los actos administrativos demandados respetó plenamente el debido proceso, porque durante su desarrollo se garantizó el derecho de contradicción y de defensa de Industria del Maíz S.A., aunado al hecho de que se demostró de manera fehaciente *“la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida, pese a la prohibición contractual de incluir conservantes y similares en ese importante producto en la nutrición de los niños, niñas y adolescentes del país”*.

En particular, y con base la afirmación anterior, propuso las siguientes excepciones:

(i) “incumplimiento del contrato”, dado que, según los resultados obtenidos en el primer dictamen técnico realizado por el INVIMA y la prueba efectuada por un laboratorio privado, estaba probado que algunos lotes de la bienestarina producida

² Como se explicó en la demanda, la NTC 1236 es una norma técnica que permite determinar la aceptación o rechazo de un producto dependiendo de su tamaño, así *“para un lote que se encuentra en un rango de 31.000 unidades (hay que recordar que 28.900 kilos de bienestarina equivalente a 31.111 bolsas del producto) se requiere analizar 21 bolsas por lote para que de esta forma se pueda obtener un resultado representativo que permita, con base en los datos arrojados, la toma de decisión //.* Así mismo, esta misma norma técnica indica que cuando se presenta un defecto mayor, el lote se considera aceptable si el número de unidades defectuosas no supera las cuatro bolsas que fueron objeto de la muestra, es decir, y en otras palabras, si de las 21 unidades que es necesario analizar, menos de 4 reportan un defecto de tipo mayor, el lote se encuentra en lo que se denomina *número límite de aceptación”*.

³ Fl 510 a 534, C.1.



por Industrias de Maíz S.A. contenían pequeñas cantidades de ácido sórbico, siendo intrascendente la contramuestra realizada por la misma autoridad sanitaria, debido a que el ácido sórbico desaparece con el pasar del tiempo; **(ii) “cumplimiento del debido proceso en la actuación administrativa sancionatoria”**, toda vez que, para la época de los hechos, únicamente la Ley 1150 de 2007 regulaba el procedimiento mínimo que debía surtir para imponer multas, cuyas garantías al debido proceso fueron respetadas, pues, contrario a lo manifestado por la actora, el manual de contratación del ICBF, que preveía la celebración de una segunda audiencia, había perdido fuerza ejecutoria como consecuencia de una sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad condicionada del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, impidiéndole a los entes estatales aplicar el procedimiento incluido en los manuales de contratación para imponer sanciones a los contratistas; y **(iii) “tasación inadecuada de los perjuicios”**, al considerar que la tasación de la multa impuesta guardó proporcionalidad frente a la infracción cometida, pues si bien el Instituto estaba facultado negocialmente para imponerla hasta el equivalente del 10% del valor total del contrato, tan solo la fijó en un porcentaje ínfimo del 0.034%.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. La parte actora⁴ reiteró los argumentos planteados en la demanda, los cuales consideró fortalecidos con las pruebas practicadas en el proceso, que demostraron que el ICBF vulneró el debido proceso en el ámbito sancionatorio, dado que, por un lado, desconoció los dispuesto en su manual de contratación y, por otra parte, fundamentó la imposición de la multa que se controvierte en esta oportunidad en una prueba insuficiente —primer análisis de laboratorio efectuado por el INVIMA—, cuyo contenido fue desvirtuado posteriormente.

3.2. El ICBF⁵ insistió en los argumentos de defensa relacionados en la contestación de la demanda, destacando, en primer término, que se garantizó el debido proceso sancionatorio establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que en las audiencias celebradas se brindó a la sociedad contratista la oportunidad de presentar pruebas y controvertir los cargos que motivaron la imposición de la multa; y, en segundo lugar, que las contramuestras realizadas a los lotes de bienestarina en los cuales el INVIMA había detectado la presencia de pequeñas cantidades de ácido sórbico no eran suficientes para descalificar los resultados del análisis de laboratorio inicial, pues aquellas *“fueron efectuadas cuando las trazas de ácido sórbico desaparecieron por el paso del tiempo”*.

3.3. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 24 de febrero de 2014⁶, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca: **(i)** declaró la nulidad de las Resoluciones 314 del 27 de enero de

⁴ Fl 648 a 652, C.1 y CD 8 (Audiencia de alegatos y juzgamiento)

⁵ *Ibidem*

⁶ Fl. 659 a 706, C. Ppal.



2011 y 2240 del 13 de junio de 2011, expedidas por el ICBF; **(ii)** reconoció a favor de Ingredion Colombia S.A. la suma de \$1.363'544.102, correspondiente al valor de la multa impuesta, debidamente actualizada —\$1.043'278.261—, más los intereses de mora —\$320'265.841—; **(iii)** como medida de restablecimiento al buen nombre, ordenó al ICBF difundir, a través de diferentes medios de comunicación, las razones de ilegalidad que motivaron la nulidad de las resoluciones sancionatorias, así como comunicar la decisión adoptada a Colseguros S.A., a la Cámara de Comercio de Cali y a la Procuraduría General de la Nación; y **(iv)** condenó al ICBF al pago de las costas procesales.

4.2. Como fundamento de su decisión, el *a quo*, en síntesis, razonó lo siguiente:

4.2.1. Tras analizar el trámite previo a la imposición de la multa contra Industria del Maíz S.A., constató que el ICBF transgredió el debido proceso sancionatorio, dado que el procedimiento que adelantó se efectuó por fuera de la ritualidad fijada en su manual de contratación —Resolución 4670 de 2009—, particularmente por haber omitido adelantar la segunda audiencia prevista en el numeral 1.1.4. del mismo, *“a pesar de que los resultados presentados por la Contraloría en el 2010 y efectuados por el INVIMA fueron posteriormente rebatidos por esta última en contramuestra del año 2011, en donde se evidenció que la cantidad de ácido sórbico en la bienestarina no era detectable”*.

En consonancia con lo anterior, precisó que, si bien la parte demandada argumentó que la contramuestra practicada por el INVIMA —siete meses después de haberse efectuado el primer análisis de laboratorio— carecía de suficiencia probatoria para desvirtuar la presencia del ácido sórbico, en tanto, para ese momento, la composición química del producto se había alterado en virtud de su vencimiento, lo cierto es que tal planteamiento, lejos de desvirtuar la alegada vulneración al debido proceso, lo reafirmó, puesto que puso en evidencia que la Administración omitió efectuar la toma de *“la muestra testigo y la contramuestra antes de la expiración de los lotes del producto, a pesar de tener conocimiento previo de que la toma de muestras debe efectuarse en alimentos que se encuentran dentro de la vida útil”*, conforme con la normativa sanitaria aplicable.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, concluyó que procedía la anulación de las Resoluciones 314 del 27 de enero de 2011 y 2240 del 13 de junio de 2011, expedidas por el ICBF, comoquiera que *“las actuaciones surtidas a lo largo del procedimiento están plagadas de fundamentos sin grado de suma de certeza, propio de una investigación realizada con premura y carente de respeto a la ritualidad respectiva, sin que sea necesario en principio desviar la atención sobre las razones o no en la decisión adoptada de fondo por la administración, dado que no basta tener la razón para que el Estado pueda abstenerse de quebrantar obligaciones constitucionales”*, como la de garantizar el debido proceso en todas actuaciones administrativas, incluso en las sancionatorias contractuales.

4.2.2. Finalmente, constató que la multa impuesta a Industria del Maíz S.A. (hoy, Ingredion Colombia S.A.), cuyo monto ascendió a \$984'164.625, fue compensada



por el ICBF durante la ejecución del contrato, por lo que, según indicó, dicha suma, debidamente indexada a la fecha de la sentencia, debía ser restituida, *“con el reconocimiento del doble del interés legal conforme a la Ley 80 de 1993, sin tener en cuenta los intereses corrientes establecidos en el peritaje* [practicado al interior del proceso], *pues el artículo 4º numeral 8º del EGCAP solo hace mención al pago de intereses moratorios en tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico indexado”*.

5. Recursos de apelación

Ambas partes apelaron la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de febrero de 2014.

5.1. La demandante⁷ expresó su inconformidad frente a la condena impuesta, al considerar que el Tribunal debió reconocer los intereses remuneratorios solicitados, toda vez que su causación estaba acreditada con el dictamen pericial practicado en el proceso, además de que su reconocimiento procedía de pleno derecho, puesto que la jurisprudencia ha aceptado *“que cuando ha existido daño emergente y no es posible demostrar lucro cesante originado por ese daño, se presume un lucro cesante equivalente al interés legal que hubiera ganado el capital que se inmoviliza a causa del daño, presume el fallador que, como mínimo, la víctima habría podido colocar su dinero de forma tal que le produjese un interés lucrativo”*.

5.2. El ICBF⁸ solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda. Al efecto, expuso los argumentos de inconformidad que se pasan a sintetizar:

En primer término, y contrario a lo afirmado por el Tribunal, sostuvo que, en el marco del procedimiento sancionatorio adelantado en contra de Industria del Maíz S.A., garantizó plenamente el debido proceso, dando cumplimiento estricto a lo regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el manual de contratación del ICBF vigente para la época de los hechos —Resolución 4670 de 2009—, dado que en la audiencia celebrada el 17 de enero de 2011 la contratista tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa respecto del incumplimiento que se le endilgó, presentar pruebas y controvertir las allegadas por la entidad.

Indicó que, si bien el manual de contratación citado establecía que, antes de la imposición de una sanción, el ICBF debía *“requerir al contratista para que ‘si a ello hubiere lugar’ subsane los motivos que dieron lugar al incumplimiento, en el presente caso no era dable otorgar ese plazo [...] porque la bienestarina producida [...] con ácido sórbico ya había sido consumida en parte por los destinatarios y la otra cantidad iba a ser recogida, situación que en todo caso no podía ser subsanada porque [...] la infracción al contrato y a la normativa ya estaba consumada”*. En tal virtud, ante la imposibilidad material que tenía el contratista de subsanar la situación descrita, no era posible aplicar al caso *sub examine* lo dispuesto en el manual de

⁷ Fl. 711, C. Ppal.

⁸ Fl. 712 a 737, C. Ppal.



contratación del ICBF respecto del procedimiento previsto para los incumplimientos susceptibles de subsanación, el cual contemplaba, entre otros aspectos, la celebración de una segunda audiencia. Lo anterior, por cuanto la situación concreta analizada no se enmarcaba dentro de los supuestos que permitía aplicar dicho procedimiento.

En suma, manifestó que, aun cuando el reglamento de contratación de la entidad preveía la realización de una audiencia para comunicar la decisión sancionatoria al afectado y esta no fue llevada a cabo por el ICBF, dicha omisión no contaba con la entidad suficiente para configurar una violación al debido proceso, *“porque no es requisito legal realizarse y por el contrario se procedió a notificar personalmente y por edicto [dicha decisión] conforme lo establecido en el CCA; entonces no puede pensarse que la falta de realización de una audiencia de trámite pueda vulnerar la garantía del derecho al debido proceso, cuando dentro del trámite de la imposición de multas se le dieron las garantías al contratista como presentación de descargos, presentación de pruebas y participación en la audiencia de descargos”*.

En segundo lugar, respecto de la controversia de si hubo o no presencia de ácido sórbico en la bienestarina, señaló que las pruebas allegadas al plenario resultaban insuficientes para desvirtuar los resultados de la primera prueba de laboratorio realizada por el INVIMA, en la cual se detectó dicho conservante en varios lotes del producto y que, a la postre, sirvió como fundamento para la imposición de la multa controvertida. En este sentido, advirtió que el Tribunal incurrió en un yerro al aseverar lo contrario, basándose, por una parte, en testimonios sospechosos por el interés que sus declarantes tendrían en el resultado del proceso —específicamente hizo referencia a los testigos Omar Velásquez, director técnico de Ecoquímica, y Luz Mary Cortes Bolaño, representante legal de Ingredion S.A.—; y, por otra parte, en la contramuestra efectuada por el mismo INVIMA en el marco del procedimiento sancionatorio, la cual *“carece de validez porque se realizó sobre productos que ya se encontraban vencidos, desconociendo los propios reglamentos del INVIMA”*.

6. Pruebas en segunda instancia

El ICBF solicitó el decreto de algunas pruebas —seis testimoniales y una pericial— que se dejaron de practicar en la primera instancia⁹⁻¹⁰. Esta Corporación accedió a lo pedido y decretó las pruebas¹¹, decisión que fue recurrida por la parte actora¹² y confirmada en su integridad¹³. La recepción de los testimonios —de los cuales únicamente se practicaron tres— tuvo lugar en audiencia¹⁴, a la que asistieron los extremos procesales y el delegado del Ministerio Público —quien para ese entonces

⁹ Fl. 779 a 783, C. Ppal.

¹⁰ Esta petición había sido inicialmente formulada por el ICBF en su recurso de apelación (acápites III), bajo el argumento de que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca *“le vulneró [...] el derecho al debido proceso en la posibilidad que tiene de que se practiquen las pruebas [que habían sido] decretadas”*.

¹¹ Fl. 787 a 789, C. Ppal.

¹² Fl. 790 a 796, C. Ppal.

¹³ Fl. 825 a 827, C. Ppal.

¹⁴ Fl. 880 a 888, C. Ppal y CD 14



era el actual Consejero de Estado, Nicolas Yepes Corrales—. Por su parte, la prueba pericial fue aportada al expediente por el Ministerio de Salud¹⁵, y sobre ella la demandante formuló algunas observaciones de carácter técnico¹⁶.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. La parte actora¹⁷ indicó que, aunque el ICBF ha intentado con fundamento en un dictamen técnico practicado en esta segunda instancia *“zanjar la diferencia técnica existente entre la primera y segunda muestra realizada [por el INVIMA] durante el proceso administrativo que culminó con la expedición de las resoluciones atacadas”*, aquella prueba resultaba insuficiente para tal fin, porque *“presenta la insalvable dificultad de que a través de esta se persigue la constatación, en la actualidad, de muestras de bienestarina que no se sabe si existen ni tampoco si su composición química ha cambiado luego de más de 8 años, lo que no resultaría orientador en la valoración de las pruebas del proceso, y por el contrario, genera mayor incertidumbre”*. En tal virtud, estimó que los recursos interpuestos contra la sentencia dictada por el *a quo* deben resolverse únicamente con base en las pruebas recaudadas en la primera instancia, de acuerdo con las cuales, a su juicio, se encuentra probado no solo la transgresión al debido proceso —como bien lo determinó el *a quo*—, sino también que *“el fundamento mismo de la sanción, cual es, la presencia de ácido sórbico en la bienestarina, no existe y, por tanto, se trata de un motivo determinante de la sanción carente, en absoluto de prueba”*.

7.2. EL ICBF¹⁸ reiteró varios de los argumentos expuestos en sede de apelación, transcribiendo fragmentos de su alzada.

7.3. El Ministerio Público¹⁹ rindió concepto favorable a los intereses de la sociedad demandante, solicitando confirmar parcialmente la sentencia recurrida, con inclusión del reconocimiento de los intereses remuneratorios pedidos por aquella parte. A propósito de esto último, expuso los siguientes argumentos:

En primer lugar, sostuvo que, con ocasión de la anulación del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008 —decretada por el Consejo de Estado—, *“el ICBF no tenía competencia para establecer en su manual de contratación procedimiento alguno para la imposición de multas y al utilizarlo para tramitar la sanción contra Industrias del Maíz, como lo indicó en la primera página de la Resolución 314 de 2011, incurrió en una violación del debido proceso derivada de su falta de competencia”*. Sin perjuicio de lo anterior, indicó que, aun en el escenario hipotético de considerar que la nulidad de la citada norma no produjo la derogatoria o suspensión del manual de contratación de la entidad demandada —en tanto se trata de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad—, *“habrá de decirse que también por esta vía se vulneró el debido proceso al contratista”*, en tanto se omitió el procedimiento

¹⁵ Fl. 925 a 926, C. Ppal.

¹⁶ Fl. 929 a 968 y 970 a 978, C. Ppal.

¹⁷ Índices 96 y 97, Samai.

¹⁸ Índice 101, Samai.

¹⁹ índice 103, Samai.



para la imposición de multas previsto en el artículo 32 de dicho manual, en particular, incumpléndose lo referente al otorgamiento de un plazo para subsanar el presunto incumplimiento y lo relativo a la convocatoria de una segunda audiencia antes de la imposición definitiva de la sanción.

En segundo lugar, consideró que, aunque el fundamento del ICBF para imponer la multa controvertida a Industrias del Maíz S.A. fueron los resultados que arrojaron las primeras pruebas de laboratorio practicadas por el INVIMA —en las que se detectaron trazas de ácido sórbico en varias muestras de bienestarina—, dichos resultados, al haber sido objetados por el concesionario, debieron ser verificados conforme lo dispuesto en los numerales 1.4.5 y 1.4.6 del anexo técnico del pliego de condiciones, que establecieron los lineamientos técnicos para la toma de contramuestras y comprobación mediante la muestra testigo de los lotes analizados, procedimientos omitidos en el trámite sancionatorio, lo cual deja sin respaldo técnico y jurídico la decisión adoptada.

Finalmente, manifestó que procedía el reconocimiento los intereses remuneratorios pretendidos por la parte actora, en virtud de lo dispuesto en un pronunciamiento de esta Subsección²⁰.

III. CONSIDERACIONES

La Subsección seguirá el siguiente orden metodológico para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes: (1) cuestión previa: impedimento; (2) presupuestos procesales; (3) objeto de los recursos y problemas jurídicos a resolver; (4) hechos probados y pruebas adicionales; (5) caso concreto; y (6) costas.

1. Cuestión previa: impedimento

El 5 de junio de 2015²¹, el magistrado Nicolás Yepes Corrales manifestó encontrarse impedido para conocer del presente asunto, conforme lo dispuesto en los artículos 140²² y 141.12²³ del CGP, debido a su participación, como procurador primero delegado ante esta Corporación, en la audiencia de recepción de testimonios celebrada por el despacho sustanciador.

La Sala resuelve declarar fundado el impedimento manifestado por el doctor Nicolás Yepes Corrales, dejándose constancia de que el magistrado se aparta del conocimiento del proceso, por lo que no participa ni interviene en el estudio de la decisión de esta providencia.

²⁰ Citó: “Consejo de Estado, Subsección C, sentencia [no especificó fecha], exp. 32428”.

²¹ Índice 117, Samai.

²² “Artículo 140. Los magistrados [...] en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta [...]”.

²³ “Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes: [...] 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. [...]”.



2. Presupuestos procesales

2.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 104²⁴ del CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto²⁵, dado que la controversia planteada versa sobre la legalidad de actos administrativos que impusieron una multa en el marco de un contrato de concesión celebrado entre un contratista particular y una entidad pública, como lo es el ICBF²⁶, establecimiento público²⁷ creado por la Ley 75 de 1968.

Por su parte, conforme con lo establecido por los artículos 150²⁸ y 152²⁹ del CPACA, al Consejo de Estado le corresponde resolver los recursos de apelación interpuestos por ambos extremos procesales contra la sentencia del 24 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dada la vocación de doble instancia del proceso, dado que la pretensión mayor de la demanda excede los 500 SMLMV a la fecha de su presentación³⁰.

2.2. El medio de control procedente es el de controversias contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 141³¹ del CPACA, por cuanto en el presente asunto

²⁴ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

²⁵ Al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021, debido a que no se encontraba vigente para la fecha en que se interpusieron los recursos de apelación (31 de marzo y 1º de abril de 2014).

²⁶ Ley 75 de 1968. “Artículo 50. Créase el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como establecimiento público, esto es, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”. // Decreto 1137 de 1999. “Artículo 14. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud. Su domicilio legal es la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. pero podrán organizarse dependencias en el territorio nacional”.

²⁷ Ley 80 de 1993. “Artículo 1º. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principio que rigen los contratos de las entidades estatales. // Artículo 2º. Para los solos efectos de esta Ley: 1º. Se denominan entidades estatales: a) [...] los establecimientos públicos [...]”.

²⁸ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]”.

²⁹ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.

³⁰ En el *sub examine* fue formulada la pretensión económica por una suma de \$984.164.625, monto que excedió los 500 SMLMV, que para el año de presentación de la demanda (2013) ascendían a \$294.750.000.

³¹ “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]”. (subrayado añadido).



se pretende la nulidad de las Resoluciones 314 de 2011 y 2240 de la misma anualidad, actos administrativos contractuales mediante los cuales el ICBF impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., en su calidad de concesionario del contrato 894 de 2011.

2.3. La demanda presentada el 13 de marzo de 2013 fue ejercida oportunamente, esto es, dentro del término de dos años previsto en el artículo 164.2 (literal j)³² del CPACA, toda vez que la Resolución 2240 de 2011 —mediante la cual se confirmó la imposición de la multa al ahora demandante— fue notificada por edicto fijado el 28 de junio de 2011 y desfijado el 13 de julio de la misma anualidad³³, de modo que el plazo para que se configurara la caducidad del medio de control de controversias contractuales transcurrió entre el 14 de julio de 2011 y el 14 de julio de 2013. Esto, incluso sin necesidad de tener en cuenta la suspensión de dicho término por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial³⁴.

2.4. Ingredion Colombia S.A. (antes Industrias del Maíz S.A.³⁵) y el ICBF se encuentran legitimados en la causa por activa y pasiva, respectivamente, no solo por haber sido las partes del contrato de concesión 894 de 2011, sino también porque el primero es el destinatario de los actos administrativos cuya nulidad se pretende en esta oportunidad, y el segundo es la entidad que los profirió.

3. Objeto de los recursos de apelación y problemas jurídicos a resolver

De conformidad con los cargos de apelación formulados por las partes, los cuales delimitan el ámbito de competencia funcional del juzgador de segunda instancia, en atención a lo dispuesto en los artículos 320³⁶ y 328³⁷ del CGP, a esta Subsección le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, debe determinarse si las resoluciones demandados, mediante las cuales se impuso una multa al contratista, en el marco del contrato de concesión 894 de 2007, adolecen de nulidad por haber sido proferidas con desconocimiento de las garantías propias del debido proceso sancionatorio.

³² “Artículo 164, La demanda deberá ser presentada: [...]. 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirva de fundamento [...]”.

³³ Fl 108 a 109, C.1.

³⁴ Fl 448 a 450, C.1. La solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 8 de junio de 2012 y se declaró fallida el 24 de septiembre de la misma anualidad.

³⁵ Fl 3 a 7, C.1. Certificado de existencia y representación de Ingredion Colombia S.A. con radicado 20130111524 del 1º de febrero de 2013 expedida por la Cámara de Comercio de Cali.

³⁶ “Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

³⁷ “Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. // Sin embargo, cuando ambas hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. (subrayado añadido). En el asunto analizado, se observa que la parte demandante únicamente controvertió lo concerniente a la negativa de habersele reconocido intereses remuneratorios, por tanto, el análisis que procede en esta ocasión debe limitarse a los cargos de apelación formulados por cada uno de los recurrentes.



En segundo lugar, y únicamente en el evento en que se concluya que el ICBF no incurrió en una vulneración del debido proceso sancionatorio, deberá establecerse si los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, en razón a que el incumplimiento contractual imputado como sustento de la multa impuesta no estuvo soportado en evidencias suficientes que permitieran acreditar de manera clara e inequívoca el incumplimiento endilgado.

Finalmente, en caso de que se mantenga la decisión de anular las resoluciones censuradas, debe la Sala decidir sobre la procedencia del reconocimiento de los intereses remuneratorios solicitados por la parte demandante.

4. Hechos probados y pruebas adicionales

La Sala procederá a establecer los hechos probados que resultan relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia. Para el efecto, se analizarán los documentos allegados por las partes al expediente, incluso aquellos que constan en copia simple, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 246³⁸ del CGP.

4.1. En el 2007³⁹, el ICBF adelantó la licitación pública ICBF-SN-01-07 con el objeto de contratar la *“concesión para la operación de las plantas de producción de alimentos de alto valor nutricional (bienestarina) de [su] propiedad, ubicadas en los municipios de Sabanagrande, departamento del Atlántico, y Cartago, departamento del Valle del Cauca, desarrollo de nuevos productos derivados de sus fórmulas y distribución de estos alimentos en el territorio nacional”*. En desarrollo del proceso de selección, el Instituto publicó el pliego de condiciones⁴⁰ con su respectivo anexo técnico⁴¹.

4.1.1. En cuanto a la calidad de la bienestarina, a la conformidad de las fichas técnicas del producto y al procedimiento de muestreo que se debía realizar en los casos de lotes de producto no conformes⁴² —todos aspectos discutidos en el *sub judice*—, el citado anexo técnico estableció lo siguiente:

“CAPITULO 1. GESTION DE LA CALIDAD

1.2. Fichas técnicas.

³⁸ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³⁹ CD. 2 [Carpeta denominada “Actos del proceso licitatorio LP-ICBF-SN-001-07”]

⁴⁰ CD. 2 [Archivo denominado “PLIEGOS DE CONDICIONES DEFINITIVOS”]

⁴¹ CD. 2 [Archivo denominado “PLIEGO DE CONDICIONES ANEXO TÉCNICO”]

⁴² El numeral 1.5.7 del anexo técnico definió que *“es considerado como producto no conforme todo producto terminado que no cumpla con las características de calidad relacionadas con peso neto, empaque y resultados fisicoquímicos y/o apariencia en las fichas técnicas, susceptibles de mejora, el cual no ha salido de la planta para su distribución al consumo. Se exceptúan incumplimientos en parámetros microbiológicos”*.



Las fichas técnicas de los alimentos de alto valor nutricional que deberá producir el concesionario en las plantas de producción de Cartago y Sabanagrande en ejecución del contrato, así como las de sus materias primas [...] se encuentran en el capítulo 11 – Fichas Técnicas [entre las que destaca la referente a la bienestarina FB-01 y FB-02, como se relaciona en el siguiente cuadro:]

Producto	ingredientes	Vida útil	Cumplimiento legal
Bienestarina tradicional FB-01 y FB 02	Harina de Trigo, Fécula de maíz, Harina de soya, Leche entera en polvo, Fosfato tricálcico, Ácido Ascórbico (Vitamina C) Sulfato Ferroso, Sulfato de Zinc, Vitamina A, Niacinamida, Maltodextrina, Vitamina B12, Clorhidrato de Pirididoxina 8 Vitamina B6, Riboflavina Vitamina B2), Monohidrato de tiamina (Vitamina B1), y Ácido Fólico.	Seis (6) meses	Cumple con todas las exigencias de la Norma Técnica Colombiana 5148, productos elaborados con base en cereales para la alimentación a partir de los 6 meses de edad.

1.3. Manejo del producto no conforme.

El Concesionario debe asegurar que el producto terminado, materias primas, producto en proceso que no sea conforme con las especificaciones entregadas por el ICBF en la ficha técnica sea identificado y controlado hasta su disposición final para prevenir su uso o entrega no intencional [...].

1.4. Control de calidad.

El control de la calidad es un proceso que hace parte de la gestión de la calidad por lo tanto se debe garantizar que los ensayos realizados a nivel de laboratorio sean los apropiados y los requeridos para garantizar que tanto las materias primas, los productos en proceso y terminados cumplan a satisfacción con los parámetros establecidos garantizando que ningún producto saldrá de las plantas hasta tanto su calidad no haya sido evaluada y comprobada.

El Concesionario deberá garantizar que cumplen con el objetivo de calidad por lo tanto el objetivo de este es establecer los parámetros de calidad de las pruebas que deben realizar para garantizar que los productos Bienestarina Tradicional, y los nuevos productos desarrollos a partir de su fórmula, cumplen con los requerimientos nutricionales, fisicoquímicos y microbiológicos establecidos por el ICBF que a su vez han sido fijados a partir de la Resolución del Ministerio de Salud hoy Ministerio de Protección Social (Resolución 11488 de Agosto 27/84, Alimentos para niños elaborados a base de harinas precocidas y crudas).

1.4.1 Requerimientos del control de calidad. Cada planta tiene un laboratorio en donde se deben realizar las pruebas establecidas tanto para materias primas, productos en proceso, productos terminados, aguas, ambientes. // El Concesionario deberá elaborar y documentar un procedimiento de toma de muestras para análisis microbiológicos y fisicoquímicos [...].

[...] **1.4.4 Muestras fuera de especificación.** Se utilizará el laboratorio microbiológico del INVIMA [...], para aquellas muestras que se encuentren fuera de especificación microbiológico en las que haya discrepancia entre el Concesionario y la Interventoría [...].



1.4.5. Contramuestras. *La contramuestra debe ser parte del pool homogenizado conformado por un número de muestras determinadas, según el plan de muestreo diseñado conforme a la NTC 2859 y que correspondan a un mismo lote, las cuales serán tomadas durante el proceso de producción de la bienestarina, por el encargado de esta labor en las plantas, con el acompañamiento de la interventoría. Esta muestra se conservará en una bolsa estéril, bien sellada e identificada, en cumplimiento a la normatividad vigente para estos casos. // Se utilizará el laboratorio microbiológico del INVIMA [...] para aquellas contramuestras en las que haya discrepancia entre el concesionario y la interventoría. // Cuando se obtengan resultados positivos para algún patógeno la contramuestra pool que se encuentra en la planta respectiva se enviará al INVIMA [...] para su confirmación [...].*

1.4.6 Muestra testigo del concesionario. *Se denomina muestra testigo a una bolsa de kilo, sellada en su empaque original de cada lote de fabricación y que será tomada durante el muestreo aplicado siguiendo la NTC 2859, por el encargado de esta labor en las plantas. Este procedimiento será acompañado y verificado por la interventoría. Dicha muestra se utilizará en caso de que haya una reclamación por aspectos físicos o químicos [...].*

4.2. El 20 de noviembre de 2007⁴³, el ICBF profirió la Resolución 3193 de 2007, por medio de la cual adjudicó a Industrias del Maíz S.A. la licitación pública ICBF-SN- 01-07, al haber presentado la única oferta hábil dentro del proceso de selección.

4.3. El 14 de diciembre de 2007⁴⁴, el ICBF celebró con Industrias del Maíz S.A. el contrato 894 de 2007, cuyo objeto consistió en otorgar *“a título de concesión las plantas ubicadas en los municipios de Sabanagrande, departamento del Atlántico, y Cartago, departamento del Valle del Cauca, para la producción de alimentos de alto valor nutricional (Bienestarina), el desarrollo de nuevos productos derivados de sus fórmulas y la distribución de estos alimentos en el territorio nacional”* (cláusula primera), con un plazo de ejecución inicial de 53 meses —prorrogado por 7 meses⁴⁵, para un total de 60 meses—, contados a partir de la suscripción del acta de inicio (cláusula cuarta), y por un valor que ascendía a \$643’000.000.000 —adicionado en \$23’535.349.578, para un total de \$666’535.349.578⁴⁶—.

4.3.1. Respecto de las obligaciones del concesionario, la cláusula segunda incluyó, entre otras: (i) cumplir a cabalidad con el objeto del contrato (numeral segundo); (ii) cumplir con los requisitos fijados en las normas de calidad de procesos y productos de que trata el contrato de acuerdo con los procedimientos, normatividad y tiempos establecidos en el pliego de condiciones y sus anexos (numeral octavo); (iii) permitir a la interventoría la toma de muestras en las plantas de producción y en los puntos de distribución para la realización de análisis fisicoquímicos y microbiológicos a las materias primas y a los alimentos terminados, antes de la distribución, así como permitir que el Instituto en cualquier momento seleccione muestras para corroborar sus características, cantidad, calidad y valores (numeral noveno); (iv) garantizar la producción de bienestarina de acuerdo con las condiciones técnicas, de oportunidad

⁴³ CD. 2 [Archivo denominado “ADA_PROCESO_07-1-22096-119004000_383314”]

⁴⁴ Fl 357 a 370, C.1.

⁴⁵ Prórroga No. 1 suscrita el 16 de mayo de 2012, por 7 meses (Fl 376 a 380, C.1)

⁴⁶ Monto que surge de sumar las tres adiciones realizadas al contrato: (i) Adición No. 1, suscrita el 23 de noviembre de 2012, por un valor de \$8.359.725.273 (Fl 372 a 373, C.1); Adición No. 2, suscrita el 24 de diciembre de 2010, por un valor de \$175.624.305 (Fl 374 a 375, C.1); y Adición No. 3 suscrita el 8 de junio de 2012, por un valor de \$15.000.000.000 (Fl 376 a 380, C.1)



y calidad fijadas en el pliego de condiciones y sus anexos (numeral decimotercero); y (v) cumplir con todas las obligaciones que se deriven de la naturaleza del contrato, las normas, leyes y reglamentos vigentes (numeral decimocuarto).

4.3.2. En relación con las obligaciones del ICBF, la cláusula tercera incorporó, entre otras, ejercer el control sobre la totalidad de las estipulaciones del contrato a través de la interventoría (numeral primero).

4.3.3. Acerca de las sanciones por incumplimiento, la cláusula decima estipuló que *“el ICBF, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, podrá imponer multas al concesionario por el incumplimiento parcial de sus obligaciones, las cuales sumadas no podrán exceder el 10% del total del valor del contrato. Igualmente, vencido el plazo del contrato, el ICBF podrá declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria”*.

4.3.4. Por otra parte, la cláusula décimo segunda estableció que el concesionario deberá mantener indemne al ICBF frente a cualquier reclamo, demanda o acción legal que se derive de daños o lesiones a personas durante la ejecución contractual. Refiriendo que *“se consideran como hechos imputables al concesionario, todas las acciones u omisiones de su personal, de sus proveedores, y del personal al servicio de cualquiera de ellos; los errores y defectos de sus trabajos, y en general cualquier incumplimiento de sus obligaciones contractuales”*.

4.3.5. Sobre la asunción de responsabilidad del concesionario, la cláusula décimo tercera determinó que, con la presentación de la oferta y la suscripción del contrato, este acepta tanto los términos y condiciones técnicas, económicas y legales como los riesgos asumidos, salvo aquellos que expresamente hubieran sido atribuidos al ICBF en los pliegos de condiciones y sus anexos. Por consiguiente, se entiende que ha adelantado *“sus propias averiguaciones, estudios y proyecciones, condiciones técnicas, sociales, de orden público, ambientales, legales y comerciales en las que se adelantará la ejecución de la concesión y en consecuencia [...] se considera conocedor de todos los elementos necesarios para tomar la decisión de asumir por su cuenta y riesgo las obligaciones derivadas de este contrato”*.

4.3.6. Respecto de los documentos que formaban parte integral del contrato, la cláusula vigésima relacionó, entre otros, el pliego de condiciones, sus adendas, el anexo técnico y el apéndice del anexo técnico.

4.4. El 16 de diciembre de 2010⁴⁷, la Contraloría General de la República, mediante oficio 2010EE8410201, informó al ICBF que había ordenado al INVIMA practicar una prueba técnica sobre la bienestarina natural y la de sabor vainilla producida por Industrias del Maíz S.A., siendo recolectadas las siguientes muestras físicas a nivel nacional:

Sitio de toma de muestra	Municipio - Departamento	Fecha de toma de muestra	Lotes muestreados
--------------------------	--------------------------	--------------------------	-------------------

⁴⁷ FI 110 a 112, C.1.



Planta procesadora de alimentos ICBF	Cartago - Valle	16 de noviembre de 2010	4341212
Bodega ICBF	Dosquebradas - Risaralda	18 de noviembre de 2010	4229352
Bodega de almacenamiento 11	Jumbo - Valle	17 de noviembre de 2010	4341212 4368581
Planta procesamiento de bienestarina	Sabanagrande - Atlántico	16 de noviembre de 2010	377342 A3 436403 A1 429872 J2 379176 R3 436400 D2
Bodega del adulto mayor 9A	Santa Marta - Magdalena	17 de noviembre de 2010	428194 R3 401533 A1
Bodega principal	Riohacha - Guajira	18 de noviembre de 2010	421366 411970 397731

Añadió que, una vez obtenidos los resultados analíticos emitidos por el laboratorio del INVIMA, esta autoridad sanitaria determinó que *“todos los productos cumplen con los requisitos microbiológicos establecidos para la bienestarina, por lo cual se emite el resultado ‘microbiológicamente aceptable’. En cuanto a los parámetros fisicoquímicos analizados se encontró la presencia de ácido sórbico en la totalidad de las muestras, siendo este un conservante y dado que el fabricante declara en el rotulo que ‘la bienestarina no contiene aditivos ni preservativos’ esta sustancia no debe estar presente en el producto, razón por la cual se emitió el concepto de ‘fisicoquímicamente rechazado’ para todas las muestras objeto de análisis”*.

De acuerdo con lo anterior, y en ejercicio de su función de advertencia, el ente de control concluyó: (i) que las pruebas de laboratorio microbiológicas, fisicoquímicas y organolépticas realizadas por el INVIMA a los lotes de bienestarina indicaron que todas las muestras contenían aproximadamente 51.1 mg/kg de ácido sórbico, lo cual constituía *“una cantidad bastante alta en un producto que no debe contener conservantes y/o preservantes”*; y (ii) que lo declarado en la etiqueta no correspondía a la realidad, *“por cuanto no indica el contenido y cantidad del ácido sórbico que se observa en el resultado de las muestras analizadas”*. En definitiva, solicitó al ICBF tomar todas las previsiones necesarias, teniendo en cuenta que estaba de por medio la salud de los niños y de los adultos mayores beneficiarios de los programas de alimentación.

4.5. El 20 de diciembre de 2010⁴⁸, la interventoría, mediante oficio 260-CA-3623- OB, puso en conocimiento de Industrias del Maíz S.A. la advertencia realizada por la Contraloría y, en consecuencia, lo requirió para que, de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, ofreciera explicaciones sobre *“los posibles incumplimientos que se pudieron dar en la ejecución del contrato referentes a la no declaración como ingrediente de la bienestarina del ácido sórbico o su eventual utilización como conservante del producto ya que el rotulo de la bienestarina indica que esta no contine aditivos ni preservativos. Lo anterior garantizando el derecho al*

⁴⁸ Fl 113 a 114, C.1.



debido proceso del contratista y para que una vez analizados los argumentos [...], la entidad decida si es viable la imposición de sanciones”.

4.6. En la misma fecha, 20 de diciembre de 2010⁴⁹, mediante oficio S-2010-051086- NAC, el ICBF comunicó a Industrias del Maíz S.A. que los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA detectaron la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida, de lo cual se deducía un incumplimiento tanto de la ficha técnica del producto como de lo establecido en el anexo técnico concerniente a la obligación del concesionario de garantizar los parámetros de calidad del producto fijados por el Instituto, conforme con la Resolución 11488 del 1984 proferida por el entonces Ministerio de Salud.

Con base en lo anterior, lo requirió para que proporcionara *“las explicaciones respecto a los posibles incumplimientos al incluir en la formulación materias primas como el ácido sórbico, no autorizadas en la ficha técnica y adicionalmente no registrarlas en la declaración de ingredientes en el rotulado aprobado para la bienestarina el cual reza que ‘no contiene aditivos ni preservativos’; [esto con el propósito de] establecer las responsabilidades y definir las consecuencias legales en caso que no se reciban explicaciones satisfactorias”*.

4.7. El 21 de diciembre de 2010⁵⁰, Industrias del Maíz S.A., mediante comunicación GPN-805, respondió al requerimiento efectuado por la interventoría, indicando que, en su calidad de concesionaria, *“cumple 100% con todas las exigencias técnicas de formulación del producto bienestarina de acuerdo con las obligaciones del contrato y su anexo técnico, por tanto, no se hace declaración de aditivos ni preservantes ya que estos no hacen parte de la fórmula del producto, ni tampoco son adquiridos o incorporados en alguna de las líneas de producción”*. No obstante lo anterior, refirió que adelantaría una investigación sobre el caso, para lo cual solicitó que le fuera remitida copia de los análisis detallados de cada muestra expedida por el INVIMA, así como el acta de toma de muestra.

4.8. El 21 de diciembre de 2010⁵¹, el ICBF, mediante oficio S-2010-051330-NAC, solicitó al INVIMA copia de los resultados de los análisis de laboratorio que realizó a las muestras de bienestarina y que, a la postre, originaron la advertencia de la Contraloría General de la República. De igual manera, lo requirió para que aportara su concepto técnico *“respecto del posible impacto que pudiera tener en la salud de los consumidores la presencia de ácido sórbico con una dosificación de 51,1 mg/kg de producto en polvo”*.

4.9. El 22 de diciembre de 2010⁵², Industrias del Maíz S.A., mediante comunicación GPN-808, informó a la interventoría que, dando alcance a la comunicación GPN- 805 y con el fin de comprobar la presencia y la procedencia del ácido sórbico en la bienestarina, desplegó las siguientes acciones: (i) trasladó la advertencia realizada

⁴⁹ Fl 115 a 116, C.1.

⁵⁰ Fl 117, C.1.

⁵¹ Fl 382, C.1.

⁵² Fl 118 a 119, C.1.



por la Contraloría a cada uno de los proveedores de materias primas (harina de trigo, harina de soya, leche en polvo, premezcla vitamínica, fosfato tricálcico, sabor de vainilla y premezcla vitamínica), quienes, mediante certificaciones escritas⁵³, respondieron que no utilizaban conservantes como el ácido sórbico en las materias primas suministradas; y (ii) tomó contramuestras de productos disponibles en cada planta de producción, así como de materias primas utilizadas, las cuales fueron enviadas a laboratorios acreditados bajo la norma ICONTEC 17025 para que se efectuara un análisis de ácido sórbico.

4.10. El 23 de diciembre de 2010⁵⁴, el INVIMA, mediante oficio 400-3389-10, remitió al ICBF los resultados de los análisis que había realizado a la bienestarina producida por Industrias del Maíz S.A. Además, señaló: (i) que las concentraciones de ácido sórbico detectadas en las muestras analizadas —las cuales oscilan entre un rango de 17.9 mg/kg y 69,4 mg/kg— no representaban un riesgo para la salud humana, dado que la reglamentación sanitaria nacional (Resolución 4125 de 1991) establecía un límite máximo permitido de 1000 mg/kg de este componente en alimentos; y (ii) que para identificar el origen del ácido sórbico presente en el producto era necesario revisar las fichas técnicas de las materias primas suministradas por los distintos proveedores, información de la que el INVIMA no disponía, motivo por el cual no estaba en condiciones de brindar el apoyo solicitado.

4.11. El 23 de diciembre de 2010⁵⁵, el ICBF, mediante oficio S-2010-051704-NAC, informó a la Contraloría General de la República que, en atención a su advertencia sobre la presencia de ácido sórbico en proporción de 51.1 mg/kg en los lotes de bienestarina producida, consultó a expertos en la materia, quienes manifestaron que dicho porcentaje se encontraba por debajo de los límites máximos permitidos a nivel nacional e internacional, por lo que su consumo no representaba un riesgo para la salud de las personas que lo ingerían. No obstante, expresó que tal advertencia *“resulta inquietante, dado que el ácido sórbico no es parte de la formulación de la bienestarina, no es agregado durante el proceso productivo, ni está declarado en el rotulado del empaque, por lo cual se procedió a realizar los análisis componente por componente para determinar su procedencia, pues podría venir incorporado en alguna de las materias primas utilizadas en la fabricación y cuyo proveedor no lo esté declarando, en tal caso procederemos a su eliminación”*.

4.12. El 28 de diciembre de 2010⁵⁶, Industrias del Maíz S.A., mediante comunicación GPN-814, remitió a la interventoría los resultados de las pruebas de detección de ácido sórbico que había encargado a Ecoquímica Ltda., laboratorio acreditado, las cuales arrojaron como resultado:

“PLANTA CARTAGO

⁵³ A dicha comunicación fueron anexadas las certificaciones de los diferentes proveedores de las materias primas utilizadas para la fabricación de la bienestarina, en las que consta que estos no adicionan ácido sórbico, ni ningún otro tipo de preservante ni conservante a los productos (Fl 120 a 137, C.1).

⁵⁴ Fl 383 a 384, C.1.

⁵⁵ Fl 355 a 356, C.1.

⁵⁶ Fl 138 a 140, C.1.



Material	Lote	Resultado (mg/kg)
Bienestarina tradicional	436852	No detectable
Bienestarina tradicional	436865	No detectable
Bienestarina tradicional	436863	0,25
Bienestarina vainilla	434121	3,251
Bienestarina vainilla	430545	3,016
Bienestarina tradicional	436858	No detectable

Material	Lote	Resultado (mg/kg)
Leche	1591702	No detectable
Trigo	1595013	2,862
Soya	1594567	No detectable
Trigo	1594562	0,459
Soya	1594317	No detectable
Leche	1593077	No detectable
Trigo	1598477	2,123
Trigo	1598475	No detectable
Soya	1592266	0,378
Fosfato	1598466	No detectable
Premezcla	1598832	No detectable

PLANTA SABANAGRANDE [en 10 lotes de bienestarina y 24 lotes de materia prima analizados no se detectó presencia de ácido sórbico]

Con base en los resultados obtenidos y de acuerdo con los protocolos de producción establecidos en el contrato de concesión 894 de 2007, el concesionario concluyó que *“no hay ninguna adición de ácido sórbico en el producto bienestarina y que las mínimas trazas reportadas en los análisis adjuntos pueden obedecer a la presencia natural de dicho componente en algunos vegetales”*. En consecuencia, como plan de acción preventivo, propuso: (i) realizar un análisis detallado y científico acerca de la hipótesis relativa a la presencia natural de ácido sórbico en algunos vegetales; (ii) conocer y/o homologar la técnica utilizada por el INVIMA para medir el contenido de ácido sórbico, descartando además una posible confusión con el ácido ascórbico, el cual sí se utiliza como vitamina C en la premezcla vitamínica de la bienestarina; e (iii) incorporar en los análisis de control de calidad al menos una prueba trimestral de detección de ácido sórbico en la bienestarina, con el fin de ofrecer mayor garantía y tranquilidad a los consumidores.

4.13. El 12 de enero de 2011⁵⁷, el ICBF, mediante oficio S-2011-000965-NAC, citó a Industrias del Maíz S.A. para que compareciera a una audiencia de garantía del debido proceso y rindiera los descargos correspondientes frente a un posible incumplimiento derivado de la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida. La mencionada citación se realizó bajo los siguientes parámetros:

“En desarrollo del control de advertencia que la Contraloría General de la República realizó [...], el ICBF y la Interventoría requirieron a Industrias del Maíz [...] para que diera las explicaciones sobre la presencia de ácido sórbico en la bienestarina tradicional y saborizada [...] en diferentes muestras del producto bienestarina

⁵⁷ FI 141 a 142, C.1.



tomadas por el INVIMA; por constituirse tal situación en un incumplimiento de las fichas técnicas y el rotulado del empaque definidos en el contrato 894 de 2007 [...].

En respuesta al mencionado requerimiento, Industrias del Maíz informó que el ácido sórbico no se utiliza en el proceso productivo de la bienestarina y que tampoco lo usan los proveedores de materias primas. Posteriormente [...], Industrias del Maíz informa a la interventoría que se enviaron muestras de producto y de las materias primas para su análisis por laboratorios acreditados, confirmando la presencia del ácido sórbico en los lotes 436863, 434121, 430545 de producto terminado y en los lotes 1595013, 1594562 y 1598477 de Trigo y en el lote 1592266 de soya, lotes que corresponden a la Planta de Cartago.

En razón a la confirmación de la presencia del ácido sórbico en pequeñas cantidades [...] y para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 87 del Decreto 2474 de 2008, se advierte un incumplimiento del contrato en cuanto a la presencia de sustancias extrañas en el producto bienestarina. Por lo anterior [...], deberá comparecer a [...] una audiencia de garantía para el debido proceso [...] para que presente los descargos correspondientes a este incumplimiento.

Adicionalmente le comunico que frente a esta situación se hace necesario que en adelante el concesionario asegure la no presencia de ácido sórbico, ni de ninguna otra sustancia extraña a la ficha técnica del producto, para cada lote de producción, antes de su liberación, por lo que solicitamos la aplicación inmediata de este parámetro de calidad”.

4.14. El 12 y 13 de enero de 2011⁵⁸, representantes del ICBF, del INVIMA y de Industrias del Maíz S.A. sostuvieron dos reuniones con el propósito de definir el plan de acción necesario para identificar las causas que generan la presencia de ácido sórbico en la bienestarina, concluyendo que *“el método a utilizar es el propuesto por el INVIMA de acuerdo al documento código PO04-DS-403-P106, Procedimientos para Análisis de Conservantes (ácido benzoico y ácido sórbico) en Jugos por Cromatografía Líquida de Alta Eficiencia (HPLC)”*⁵⁹. De acuerdo con lo decidido, Industrias del Maíz S.A. expresó que *“aunque existe una alta probabilidad de utilizar esta técnica en sus laboratorios necesita confirmarlo, comprometiéndose a informar el resultado de la averiguación el próximo 17 de enero de 2011”*.

4.15. El 17 de enero de 2011⁶⁰, el ICBF llevó a cabo audiencia del debido proceso, con el fin de escuchar al contratista respecto de los incumplimientos que se pudieron dar en la ejecución del contrato 894 de 2007. Durante el desarrollo de la audiencia se realizó una relación de los antecedentes fácticos, para luego afirmar que *“dadas las condiciones y la confirmación de la presencia, no solo por parte de INVIMA sino por el mismo Industrias del Maíz, de ácido sórbico en las materias primas y producto terminado, entiende el Instituto que, con esos hechos se incumple el inciso 8º de la cláusula segunda del contrato (obligaciones especiales del concesionario), la cláusula 12 (indemnidad del ICBF), y la cláusula 13 (asunción de responsabilidad); así como también se incumplen los capítulos 1.2 (fichas técnicas) y 1.4 (control de calidad) del anexo técnico del pliego, documento que hace parte integral del contrato”*.

⁵⁸ Fl 386 a 392, C.1.

⁵⁹ El documento que contiene el procedimiento referido fue anexado al acta de la segunda reunión (Fl 393 a 399, C.1).

⁶⁰ CDS 3 y 10.



4.15.1. Frente a las imputaciones de incumplimiento, Industrias del Maíz S.A alegó una violación al debido proceso y adujo que las comunicaciones mediante las cuales lo habían requerido para presentar explicaciones sobre un eventual incumplimiento, así como la citación para comparecer a la audiencia *“hacían relación exclusiva a la aparición de ácido sórbico, elemento no autorizado conforme a la ficha técnica”*, a pesar de lo cual en esta ocasión se le formularon nuevos señalamientos, con base en cláusulas contractuales y capítulos del anexo técnico del pliego de condiciones que no habían sido mencionados previamente en tales documentos. A partir de lo anterior, consideró que se vulneró su derecho a conocer anticipadamente los cargos formulados y, en consecuencia, se impidió el ejercicio pleno de su derecho de defensa y contradicción en la audiencia, máxime si tampoco existía claridad sobre el objeto de la misma, es decir, si era para evaluar el mero incumplimiento o para imponer una sanción, como multas o cláusula penal pecuniaria.

4.15.2. Ante lo manifestado, el instructor de la audiencia refirió expresamente que no desconocía que la carta de citación a la presente audiencia *“no menciona ninguna referencia ni a una multa ni a una cláusula penal pecuniaria; la entidad lo que necesita en este momento es definir si hay un incumplimiento del contrato, y ya verá si eso deriva en una multa, deriva en una cláusula penal pecuniaria o en ambas cosas. Lo que venimos aquí a debatir es conocer si hay o no incumplimiento del contrato. Por supuesto, si a futuro se define, de acuerdo a sus explicaciones, que es necesario imponer una multa, que es necesario no imponer una multa pero sí hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, o que son necesarias ambas, la entidad los citará para ese procedimiento específico, después de adelantar este. Esta [se refiere a la audiencia], no tiene por ningún otro objetivo que conocer si existe o no un incumplimiento del contrato a la luz de la presencia de los hechos relatados”*. En tal sentido, propuso al contratista, *“con el ánimo de dar la seguridad jurídica que merece esta audiencia, que retire su inicial advertencia de la no conformidad con el avance de la audiencia por violación al debido proceso”*.

En relación con la petición aludida anteriormente, Industrias del Maíz S.A. indicó que si, como claramente lo expresó, la audiencia *“es para rendir las explicaciones para que posteriormente se abra o no una audiencia o un proceso de investigación para definir el incumplimiento o una multa, con esa aclaración, nosotros retiramos la primera observación”*.

4.15.3. En este punto, el instructor de la audiencia describió el alcance de la audiencia indicando que la presente *“tiene por objeto precisar y escuchar [al concesionario] en relación con el incumplimiento del contrato. Tendrá, a posteriori, si se verifica el incumplimiento del contrato, como resultado de esta audiencia y las acciones adicionales que haya que surtir, vendrá una audiencia para cualquiera de tres propósitos: imposición de multa, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o ambas cosas. Y, por supuesto, se les citará haciendo referencia a ese procedimiento, que será la conclusión a la que llegue la entidad después de que evacuemos si los hechos relacionados, que para hoy son de convencimiento del Instituto de que existe un incumplimiento del contrato, pues efectivamente se*



confirman a la luz del debido proceso, con base en la información que ustedes nos han hecho llegar y, por supuesto, **esta audiencia**".

4.15.4. Encontrándose de acuerdo con el alcance dado a la audiencia, Industrias del Maíz S.A. procedió a exponer argumentos fácticos y jurídicos que consideraba procedentes para desvirtuar las imputaciones formuladas por el ICBF y por la interventoría frente a su hipotético incumplimiento del contrato y en particular la ficha técnica, a saber: (i) que la cantidad de 51.1 mg/kg de ácido sórbico detectada en la bienestarina era ínfima frente a los límites máximos permitidos normativamente que ascienden a 1000 mg/kg; por consiguiente, aquella cantidad no generaba un riesgo para la salud de los consumidores, ni tampoco alcanzaba a tener algún efecto conservante o función tecnológica, sin que pudiera afirmarse que el ácido sórbico fue adicionado intencionalmente para obtener como resultado una mayor duración;

(ii) que ha dado estricto cumplimiento al contrato en general, entregando a los beneficiarios de la bienestarina un producto de óptima calidad que cumple con los estándares exigidos, por lo que *"la traza de ácido sórbico encontrada puede ser debido a que dicha sustancia es un ácido graso insaturado que está presente de forma natural en algunos vegetales, cuya característica fundamental es su no toxicidad"*; y (iii) que, de acuerdo con las disposiciones que regulan el tema del rotulado de los productos (Resoluciones 4125 de 1991 y 5109 de 2005 expedidas por el Ministerio de la Protección Social), podía afirmarse que el concesionario *"no estaba, ni está, en la obligación de incluir en el rotulo de la bienestarina [...] el ácido sórbico, ya que, en primer lugar, no lo adicionó de forma intencional con el propósito de [...] prolongar la vida útil del producto; en segundo lugar, dado que las cantidades encontradas son ínfimas, no tiene ninguna función tecnológica como conservante, y en tercer y último lugar, porque de conformidad con el protocolo de pruebas del INVIMA con código P004-DS-403-P106, cuando el resultado de la prueba arroja la presencia de ácido sórbico en una proporción menor a 10 mg/kg se debe reportar como 'No Detectable' y ese fue precisamente el resultado que dieron los ensayos ordenados por Industrias del Maíz S.A."*

Finalmente, Industrias del Maíz S.A. solicitó que le fueran entregados los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina, ya que, no obstante haberlos pedido, a la fecha no le habían sido entregados, con lo cual culminó su intervención.

4.15.5. Surtidas las actuaciones relacionadas en precedencia, el funcionario del ICBF que presidió la audiencia la dio por concluida.

4.16. El 21 de enero de 2011⁶¹, la interventoría allegó al ICBF un concepto frente a los argumentos formulados por Industrias del Maíz S.A. en la audiencia de descargos con referencia al eventual incumplimiento del contrato, considerando que estos no eran de recibo, por cuanto *"existen evidencias suficientes que demuestran la no observancia integral de las obligaciones contractuales adquiridas por parte del concesionario, por lo tanto, [...] recomienda imponer una multa equivalente al valor*

⁶¹ FI 539 a 545, C.1.



de la bienestarina entregada [...] con contenidos de ácido sórbico la cual asciende a \$987'015.675”.

4.17. El 27 de enero de 2011⁶², el ICBF profirió la Resolución 314 de 2011, mediante la cual impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., equivalente al 0.15305% del valor total del contrato, suma que ascendía a \$984'164.625.

Como fundamento de dicha decisión, la entidad relacionó las actuaciones administrativas desplegadas, las cuales —afirmó— garantizaron el debido proceso del concesionario, toda vez que este tuvo la oportunidad de conocer las imputaciones de incumplimiento que se le endilgaron, para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa, tanto por escrito como de manera oral en audiencia. No obstante, la entidad afirmó que el concesionario no logró desvirtuar tales cargos y, por el contrario, se evidenció el incumplimiento de varias obligaciones estipuladas en la cláusula segunda del contrato (numerales 2, 8, 13 y 14) y en el numeral 1.2. del anexo técnico del pliego, relacionado con las fichas técnicas del producto, por las siguientes razones:

“Que el incumplimiento [...] se encuentra probado; por una parte por la irrefutable aparición de ácido sórbico en las muestras tomadas por el INVIMA relacionadas en el documento enviado por la Contraloría y soportado de manera clara en el informe de la interventoría que hacen parte de la motivación del presente acto y por otra, en la no aparición de la sustancia en el rótulo de los empaques de la bienestarina.

Que la aparición del ácido sórbico y la no mención en el rótulo de los empaques, hace que se genere el incumplimiento toda vez que trasgredió el contenido de las normas precitadas, de las cláusulas contractuales, los anexos técnicos y en especial la Resolución 4125 de 1991 expedida por el Ministerio de Protección Social, en la cual de manera expresa señala las sustancias permitidas en los alimentos a los cuales pertenece la bienestarina, y cita que la presencia del ácido sórbico debe ser necesariamente registrada en el rotulado de los empaques.

Que es claro para el ICBF, con base en las pruebas documentales esgrimidas, no solo la aparición del ácido sórbico en las muestras tomadas por el INVIMA, lo que da prueba de la existencia del ácido en los lotes analizados, sino que además el concesionario estaba en la obligación legal y contractual de citar en el rótulo del empaque la aparición y cantidad de la sustancia.

Que estos hechos [...], fueron reconocidos expresamente por el contratista en la audiencia de descargos del día 17 de enero de 2011 [...].

Que ninguna otra consideración, como el daño eventual de la sustancia en los consumidores, el gramaje o la cantidad permitida por las autoridades sanitarias, es objeto del presente análisis.

Que con fundamento en todo lo anterior, se establece que se cumple con todos y cada uno de los presupuestos fácticos y legales para imponer una multa al contratista, como consecuencia de su probado y no excusable incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 894 de 2007”.

⁶² FI 9 a 43, C.1.



4.18. El 1º de marzo de 2011⁶³, Industrias del Maíz S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución anterior, de acuerdo con los siguientes cargos de inconformidad:

En primer lugar, afirmó que el ICBF violó el debido proceso, *“ya que al momento de realizar la convocatoria a la reunión del 17 de enero de 2011 citó, para soportar sus argumentos, la inobservancia de unas disposiciones del contrato, las cuales no son las mismas que las indicadas en la Resolución 314 de 2011, por lo que el contratista quedó en imposibilidad material y jurídica de rebatirlas; así mismo, no efectuó la cuantificación de la sanción impidiendo su cuestionamiento”*. Además, recordó que el director de Logística y Abastecimiento anunció de manera expresa en la audiencia que *“en el evento que el ICBF considerara que había lugar a la imposición de sanción se haría una nueva audiencia con apego al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007”*; sin embargo, esta jamás se realizó, conculcando así los derechos del concesionario y restringiendo el ejercicio legítimo del debido proceso. Finalmente, coligió que al tasar la multa la interventoría y el ICBF emplearon una metodología que no estaba contemplada ni en el contrato ni en el pliego, con lo cual transgredieron los principios de legalidad y de debido proceso.

En segundo lugar, precisó que venía cumpliendo con la totalidad de las obligaciones contractuales a su cargo y, especialmente, con lo referente a la calidad de la bienestarina exigida en el anexo técnico del pliego de condiciones, no solamente a través de la realización de las pruebas de laboratorio expresamente incluidas en este, sino al haber contado desde el principio con la certificación ISO 9011 y con la certificación del producto otorgada por el ICONTEC. En tal sentido, consideró que *“el hecho de que en una prueba se hubiese detectado la presencia de ácido sórbico, [...], no quiere decir, ni desde el punto de vista de las normas técnicas colombianas que regulan la materia, ni tampoco jurídico, que la Bienestarina analizada, en efecto, contiene ácido sórbico [amén de la metodología que fue aplicada], ya que hasta tanto no se estudie la contramuestra y la muestra testigo y se analice cada lote de acuerdo con técnicas de muestreo confiables, dicha conclusión sólo tendría la categoría de preliminar, jamás definitiva”*, llevando a concluir que Industrias del Maíz

S.A. no incumplió ninguna norma relacionada con el rotulado del producto, ya que mal haría en incluir dicha sustancia en la etiqueta cuando no lo contiene.

Con todo lo anterior, solicitó el decreto y la práctica de una prueba de análisis para la detección de ácido sórbico tanto a la contramuestra como a la muestra testigo contemplada en el numeral 1.4.6 del anexo técnico de pliego de condiciones a los lotes de bienestarina sobre los cuales el INVIMA realizó los ensayos en el mes de noviembre de 2010.

4.19. El 20 de abril de 2011⁶⁴, el ICBF, mediante auto de decreto de pruebas, ordenó al INVIMA la realización de un *“análisis para la determinación de la presencia de ácido sórbico, a las contramuestras de las muestras de control oficial que se dejaron*

⁶³ FI 548 a 591, C.3.

⁶⁴ FI 422 a 427, C.3.



durante la inspección que el INVIMA adelantó en noviembre del 2010, por solicitud de la Contraloría, siguiendo el mismo método de análisis utilizado”.

4.20. El 2 de junio de 2011⁶⁵, el INVIMA, mediante oficio 0403-01089-11, remitió al ICBF los análisis fisicoquímicos requeridos, bajo la metodología J. AOAC 1985, los cuales se realizaron a algunas muestras de bienestarina correspondientes a los mismos lotes en los que previamente dicha autoridad sanitaria había detectado presencia de ácido sórbico, con los siguientes resultados:

Número radicado	Lotes muestreados	Fecha vencimiento del producto	Presencia conservantes (ácido sórbico)
20102123 ⁶⁶	4229352	17 de abril de 2011	No detectables
20102422 ⁶⁷	4341212	10 de mayo de 2011	No detectables
20111396 ⁶⁸	4368581	12 de mayo de 2011	No detectables
20111397 ⁶⁹	428194 R-3	26 de abril de 2011	No detectables
20111398 ⁷⁰	428191 R-3	25 de abril de 2011	No detectables
20111399 ⁷¹	396248 J-2	7 de febrero de 2011	No detectables
20111400 ⁷²	401533 A-1	23 de febrero de 2011	No detectables
20111438 ⁷³	377342 A-3	23 de diciembre de 2011	No detectables
20111439 ⁷⁴	436403 A-1	10 de mayo de 2011	No detectables
20111440 ⁷⁵	429872 J-2	30 de abril de 2011	No detectables
20111441 ⁷⁶	379176 R-3	4 de enero de 2011	No detectables
20111442 ⁷⁷	436400 D-2	10 de mayo de 2011	No detectables
20111443 ⁷⁸	411970	16 de marzo de 2011	No detectables
20111444 ⁷⁹	421365	19 de abril de 2011	No detectables
20111445 ⁸⁰	397731	11 de febrero de 2011	No detectables

De acuerdo con los resultados anteriores, la autoridad sanitaria concluyó que todos los productos analizados eran fisicoquímicamente aceptables según los parámetros utilizados, con la observación de que se evidenció en cada uno de ellos *“una señal en el minuto 11.3, tiempo correspondiente a la elusión del ácido sórbico el cual no se puede cuantificar dado que se encuentra a un nivel por debajo del límite de detección de la metodología”*.

4.21. El 3 de junio de 2011⁸¹, el INVIMA, mediante oficio 403-1090-11, remitió al ICBF una ampliación del concepto del análisis efectuado a las muestras de

⁶⁵ Fl 143, C.1.

⁶⁶ Fl 144, C.1.

⁶⁷ Fl 145, C.1.

⁶⁸ Fl 146, C.1.

⁶⁹ Fl 147, C.1.

⁷⁰ Fl 148, C.1.

⁷¹ Fl 149, C.1.

⁷² Fl 150, C.1.

⁷³ Fl 151, C.1.

⁷⁴ Fl 152, C.1.

⁷⁵ Fl 153, C.1.

⁷⁶ Fl 154, C.1.

⁷⁷ Fl 155, C.1.

⁷⁸ Fl 156, C.1.

⁷⁹ Fl 157, C.1.

⁸⁰ Fl 158, C.1.

⁸¹ Fl 400, C.1.



bienestarina, en los siguientes términos relevantes: (i) *“en ninguna de las muestras se evidenció la presencia de ácido sórbico en un nivel tal que pueda determinarse con precisión y exactitud razonable en las condiciones fijadas”*; y (ii) *“aunque los cromatogramas evidencian una señal que aparece en el mismo tiempo de retención del ácido sórbico, esta no cumple con las características mínimas para su identificación ni para su cuantificación, razón por la cual en los informes emitidos se expresa la cantidad presente como no detectable, además el software del equipo lo expresa como 0 en cantidad detectada”*.

4.22. El 10 de junio de 2011⁸², el INVIMA, mediante oficio 400-1413-2011, respondió a diversos cuestionamientos formulados por el ICBF en relación con los resultados de las contramuestras realizadas, entre los que destacan:

“1. Respecto a la pregunta ‘Cuáles son las razones técnicas que explican la no presencia del ácido sórbico en los resultados reportados en su comunicación del 2 de junio de 2011, teniendo en cuenta que los resultados obtenidos a los análisis realizados en los mismos lotes de producto en diciembre de 2010 reportaron presencia de este conservante’ se responde:

[...] Teniendo como base los resultados obtenidos en los años 2010 y 2011, más los soportes presentados en las diferentes etapas [anexos al presente oficio⁸³], no se evidencia justificación desde el punto de vista técnico que determine el por qué se presenta la diferencia obtenida en los resultados analíticos expedidos en las comunicaciones ya mencionadas, ya que los análisis efectuados tanto a las muestras como a las contramuestras se realizaron en debida forma y los soportes presentados evidencian que los controles establecidos en la metodología analítica se cumplieron a cabalidad.

2. Respecto a la pregunta ‘¿Es posible que el ácido sórbico desaparezca con el paso del tiempo?’ se responde:

Citando lo descrito por Melnick y colaboradores (1954), y que es tenido en cuenta en el documento publicado por la Organización Mundial de la Salud OMS en su serie sobre aditivos alimentarios número 5 [...]; y que para el caso [...] de la degradación del ácido sórbico en alimentos, se indica: ‘Cuando el ácido sórbico es incorporado a los alimentos puede oxidarse formando peróxidos y productos de oxidación secundaria. En presencia de suficientes carbohidratos metabolizables los productos resultantes son dióxido de carbono y agua. Si no hay presencia de carbohidratos metabolizables, acetoacetato y acetona son también producidos’.

En este mismo sentido, el Fondo de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO en el documento titulado ‘Conservación de frutas y hortalizas mediante tecnologías combinadas’ manifiesta que: ‘El ácido sórbico, se degrada apreciablemente en función del tiempo, la temperatura y el PH durante el almacenamiento de las frutas conservadas, perdiendo su efectividad como obstáculo [...]’.

3. Respecto a la pregunta ‘¿Se cumplió a cabalidad el protocolo de custodia y toma de muestras de Bienestarina durante todo el proceso?’ [...] se responde:

El procedimiento realizado para la recolección y envío de la totalidad de las muestras, se llevó a cabo conforme al ‘Manual de Procedimiento Para Toma de Muestras, documento de carácter técnico identificado con el código PM02-IVC-PR05

⁸² Fl 159 a 163, C.1.

⁸³ Fl 164 a 354, C.1.



del mapa de procesos del INVIMA que incluye el Manual de Toma de Muestras de Alimentos y Bebidas Alcohólicas' (PMO2-IVC-M2) [...]. // En virtud de lo anterior, el INVIMA reitera que el procedimiento relacionado con la recolección y envío de las muestras, se realizó de conformidad con los criterios técnicos establecidos por el Instituto para tal fin, y normas sanitarias vigentes, especialmente el Decreto 3075 de 1997, artículos 74 y 75 [...]."

4.23. El 13 de junio de 2011⁸⁴, el ICBF profirió la Resolución 2240, por medio de la cual confirmó en su integridad la Resolución 314 de 2011. Como fundamento de su decisión, la entidad respondió los cargos de inconformidad formulados por el contratista, entre los que destacan los atinentes a la supuesta vulneración del debido proceso y a la falta de certeza sobre la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida. Sobre el particular, expuso:

"[...] sobre las afirmaciones del recurrente cuando hace mención al debido proceso [...], hay que explicar que [...] el Director de Logística y Abastecimiento Estratégico mencionó efectivamente [en la audiencia del 17 de enero de 2011] que se haría una audiencia adicional en el caso en que la administración fuera a tomar la decisión de elaborar una multa [sin que esta se hubiera realizado]. Sin embargo, el debido proceso no se ve vulnerado por este hecho, porque la realización de la audiencia para rendir descargos cumple la función de garantizar el derecho que tienen los particulares para ser escuchados y que ellos puedan controvertir, en este caso los cuestionamientos hechos por el ICBF en relación con las apariciones del ácido y las pruebas aportadas por el INVIMA [...]. Esta garantía se dio a ultranza y la manifestación del Director de Logística no vulnera la protección que del derecho a controvertir tuvo el contratista. Al concesionario se le escuchó y se le valoró todas y cada una de las explicaciones dadas en relación con la aparición del ácido sórbico en la bienestarina. De igual manera se le dio la oportunidad de controvertir tanto el informe del INVIMA como las observaciones preventivas que sobre el asunto hizo la Contraloría.

El contratista tenía pues, plena certeza de la realización de la audiencia, así como de las dudas o preguntas que sobre el tema se le harían en dicha reunión. Así que no puede esgrimirse como violado el debido proceso en esta diligencia por el hecho de no haberse realizado otra audiencia, es totalmente ineficiente dicha razón, ya que el requisito legal fue cumplido sin desmedro de los derechos constitucionales y legales del concesionario.

En este sentido, el ICBF y con base en las consultas hechas a los asesores externos como a la Oficina Asesora Jurídica, determinó que los hechos motivo de la citación a la audiencia fueron suficientemente debatidos y que la aparición de la sustancia (ácido sórbico), fue un hecho notorio, probado y reconocido en dicha diligencia, con lo cual la realización de una nueva audiencia manifestada por el Director de Logística y Abastecimiento Estratégico, se consideró innecesaria y por ende el instituto toma la determinación de no realizar una nueva citación, ya que los hechos motivo de la misma fueron claramente analizados y sopesados para continuar con las actuaciones que llevaron a tomar la determinación de expedir el acto administrativo sancionatorio.

[...] Por otro lado, es menester retomar el resultado enviado por el INVIMA, en relación con las contramuestras, es decir con las pruebas ordenadas y practicadas en esta actuación administrativa, decretadas mediante el Auto No. 1, y que fueron enviadas con la comunicación E-2011-036864-NAC. El informe señala en uno de sus apartes lo siguiente [...] 'En ninguna de las muestras se evidenció la presencia

⁸⁴ FI 45 a 106, C.1.



de ácido sórbico en un nivel tal que pueda determinarse con precisión y exactitud razonables en las condiciones establecidas’.

[...] Las manifestaciones hechas por el INVIMA en la comunicación citada [...] no invalidan de ninguna manera los resultados obtenidos inicialmente de los análisis practicados a las muestras de los lotes que fueron motivo de la multa. Y no solo no invalidan los resultados iniciales, sino que tampoco impiden confirmar las razones por las cuales se sancionó a Industrias del Maíz, como consecuencia de los probados incumplimientos plasmados tanto en la Resolución No. 00314 de 2011, como en este acto administrativo.

[...] Es claro para el ICBF que no existe contradicción alguna entre los resultados iniciales de la aparición de la sustancia y entre el resultado de las contramuestras analizadas con ocasión de la práctica de las pruebas [pues el mismo INVIMA en oficio 400-1413-2011] nos muestra que científicamente es posible la degradación y/o desaparición del ácido sórbico con el paso del tiempo en condiciones especiales. Con lo cual el ICBF ratifica la convicción razonable de haber sustentado la sanción en pruebas irrefutables al momento del análisis de las muestras y como consecuencia del hallazgo de la sustancia y de su no rotulación en los lotes analizados por el INVIMA, ratificados por la Contraloría General de la República.

Que con fundamento en todo lo anterior, se establece que se cumple con todos y cada uno de los presupuestos fácticos y legales, para confirmar la multa al contratista que se impuso mediante la Resolución 00314 de 2011, todo ellos como consecuencia de su probado y no excusable incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 894 de 2007”.

4.24. El 13 de julio de 2011⁸⁵, el coordinador del grupo de administración financiera del ICBF, mediante memorando 80200, dispuso que, con el fin de dar cumplimiento a lo estipulado en la cláusula sexta del contrato de concesión 894 de 2007, respecto del pago de la bienestarina, remitía la siguiente relación de pagos autorizados por la interventoría para ser realizados con cargo al registro presupuestal 58 del 3 de enero del 2011:

CUADRO	33 DE 2011
Kilos	341.887,50
Valor cuadro	\$1.170'334.125
Menos descuento por multa mediante resolución 2240 del 13 de junio de 2011	\$984'164.625
VALOR TOTAL A PAGAR	\$186'169.500

4.25. El 16 de septiembre de 2011⁸⁶, Ecoquímica Ltda. certificó que los análisis de laboratorio que había efectuado a las mismas muestras de bienestarina examinadas por el INVIMA y con los cuales se ratificó la presencia de pequeñas cantidades de ácido sórbico en algunos de los lotes muestreados⁸⁷, se adelantaron bajo una metodología distinta a la empleada por el INVIMA, es decir, sin la correspondiente homologación y sin que aquellos fueran objeto de validación, por lo que el procedimiento aplicado “no sirve para determinar la presencia de ácido sórbico debido a la diferencia de metodología”.

⁸⁵ Fl 444 a 445, C.1.

⁸⁶ Fl 405 a 406, C.1.

⁸⁷ Numeral 4.12 de los hechos probados.



4.26. En octubre de 2012⁸⁸, por encargo de Industrias del Maíz S.A., Ecoquímica Ltda. llevó a cabo un estudio para *“determinar la presencia en, seis meses, del ácido sórbico en productos de bienestarina [...] con pequeñas concentraciones”*, utilizando una metodología de almacenamiento de muestras del producto, a las cuales se les añadió concentraciones de ácido sórbico de 80.8 ppm y 117.9 ppm, en condiciones ambientales de laboratorio 25°C y un rango de humedad relativa de 50%-60%, lo que arrojó como resultado *“que el ácido sórbico en las matrices de la bienestarina no ha sufrido durante el periodo de estudio alteración significativa alguna y por tanto se puede descartar el argumento de que si se adiciona el conservante en esas pequeñas cantidades a una producción de bienestarina, éste desaparezca en un corto tiempo de seis meses”*.

4.27. Finalmente, además de los medios probatorios que dan cuenta de los hechos probados que han quedado establecidos, durante la etapa probatoria adelantada tanto en primera como en segunda instancia, se practicaron las siguientes pruebas adicionales, las cuales serán valoradas únicamente si se considera pertinente, a saber;

4.27.1. Dictamen pericial presentado por el contador Juan Jerónimo Banguero, a solicitud de la parte demandante⁸⁹, quien al calcular y liquidar los daños y perjuicios derivados del cobro de la multa impuesta a Industrias del Maíz S.A., determinó que el monto de los daños ascendía a \$1.514’317.058, desglosado en los siguientes conceptos:

CONCEPTO	MONTO
Capital adeudado	\$984’164.625
Indexación	\$54’012.922
Intereses corrientes [6% de acuerdo con el artículo 2232 del CC]	\$158’713.170
Intereses por mora [12% de acuerdo con el artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993]	\$217’426.340
TOTAL	\$1.514’317.058

4.27.2. Testimonios solicitados por la parte actora y rendidos por Omar Velásquez, director técnico de Ecoquímica Ltda., y Luz Mary Cortez, gerente de dicha empresa, quienes manifestaron, de manera general, que los pequeños trazos de ácido sórbico detectados en los estudios de laboratorio realizados a las muestras de bienestarina nunca superaron los límites de cuantificación fijados por el INVIMA, de acuerdo con la normativa nacional, razón por la cual debían considerarse como no detectables⁹⁰.

4.27.3. Testimonios solicitados por la entidad demandada y rendidos por Myriam Rivera, profesional de la Oficina de Laboratorios y Control de Calidad del INVIMA, y Javier Eduardo Cárdenas, operador de plantas del ICBF, quienes afirmaron, de manera general, que la totalidad de los análisis realizados durante el procedimiento

⁸⁸ Fl 560 a 578, C.1.

⁸⁹ Fl 628 a 631, C.1. (dictamen inicial) y 639 a 642, C.1. (complementación y/o aclaración a la experticia).

⁹⁰ CDs 5 y 6.



sancionatorio permitía establecer claramente la presencia de ácido sórbico en la bienestarina, independientemente de su concentración; así como el testimonio rendido por Heidy Yobanna Moreno, asesora jurídica del ICBF, quien sostuvo que el procedimiento seguido para imponer la multa a Industrias del Maíz S.A. garantizó el principio del debido proceso⁹¹.

4.27.4. Informe técnico elaborado por la Oficina de Laboratorios y Control de Calidad del INVIMA, a solicitud de la entidad demandada, el cual, amparado en literatura especializada, determinó que la concentración de ácido sórbico en la bienestarina, en efecto, puede disminuir con el paso del tiempo, razón por la cual ambos análisis presentados por dicha autoridad sanitaria resultan perfectamente coherentes⁹².

4.27.5. Observaciones presentadas por Ingredion Colombia S.A. al informe técnico anterior, en las que señaló, con base en el estudio practicado por Ecoquímica Ltda. y que fue aportado con el libelo introductorio⁹³, que el paso del tiempo no disminuye la concentración de ácido sórbico en la bienestarina; por tanto, debía entenderse que los dos análisis efectuados por el INVIMA a las mismas muestras de producto si resultan contradictorios⁹⁴.

5. Caso concreto

La Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de las resoluciones demandadas, mediante las cuales el ICBF impuso una multa a Industrias del Maíz S.A. por el incumplimiento del contrato de concesión 894 de 2007, en tanto el procedimiento sancionatorio que precedió la expedición de tales actos administrativos desconoció el debido proceso del concesionario, puesto que se prescindió de la celebración de una segunda audiencia —expresamente anunciada por la entidad contratante— destinada a garantizar el ejercicio efectivo del derecho defensa en el marco de la imposición de sanciones y, además, se omitió la aplicación de los procedimientos técnicos previstos en el pliego de condiciones para el análisis y verificación de las condiciones microbiológicas y fisicoquímicas de la bienestarina producida, en caso presentarse discrepancias sobre su conformidad.

De igual forma, se mantendrá la decisión negativa en relación con el reconocimiento de intereses remuneratorios, por cuanto la obligación de pagarlos no se genera de pleno derecho, sino que requiere de una disposición legal expresa o de un acuerdo entre las partes que así lo estipule, circunstancia que no se configura en este caso.

Bajo este panorama, el análisis de la Sala se desarrollará abordando los siguientes aspectos:

(i) el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de estudio y el marco normativo vigente en materia de imposición de multas; **(ii)** el alcance del debido proceso en el ámbito sancionador contractual; **(iii)** la vulneración del debido proceso por parte del ICBF al imponerle una multa a Industrias del Maíz S.A.; y **(iv)** la

⁹¹ FI 880 a 884, C.1 y CD 14.

⁹² FI 925 a 928, C.1 y CD 14.

⁹³ Numeral 4.26 de los hechos probados.

⁹⁴ FI 929 a 968, C.1 y CD 14.



improcedencia del reconocimiento de intereses remuneratorios, así como la actualización de la condena impuesta en primera instancia.

5.1. Régimen jurídico aplicable al contrato y marco normativo vigente en materia de imposición de multa

De conformidad con lo establecido en el artículo 38⁹⁵ de la Ley 153 de 1887, el régimen jurídico aplicable al contrato de concesión 894 del 14 de diciembre 2007 es el previsto en la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de su celebración⁹⁶. Asimismo, cabe destacar que en la cláusula decima de dicho negocio jurídico se pactó expresamente la facultad del ICBF para imponer multas al contratista en caso de incumplimiento parcial de sus obligaciones⁹⁷, estipulación que, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007⁹⁸, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 17 *ejusdem*, el cual prevé que la decisión de imposición de multas⁹⁹ *“deberá estar precedida de una audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso”*.

La disposición transcrita fue reglamentada por el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008¹⁰⁰, norma que facultó a los entes estatales para incorporar en sus respectivos

⁹⁵ De conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. En este último evento, la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido la infracción.

⁹⁶ Aunque la Ley 1150 fue promulgada el 16 de julio de 2007, el artículo 33 *ejusdem* dispuso, como regla general, que *“la presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación”*, es decir, a partir del 16 de enero de 2008. En consecuencia, la integralidad de esta normativa no resulta aplicable al contrato de concesión 894 suscrito el 14 de diciembre de 2007, salvo algunas excepciones previstas en determinados artículos, tal como se señala en la nota al pie 98.

⁹⁷ Numeral 4.3.3 de los hechos probados.

⁹⁸ “Artículo 33. [...] **Parágrafo 2o. Los artículos 9o y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley**”, es decir, desde el 16 de julio de 2007. Por tanto, al haberse celebrado el contrato de concesión 894 el 14 de diciembre de 2007, a este le resultan plenamente aplicables dichas disposiciones.

⁹⁹ En lo relativo a las multas en contratos estatales, esta Corporación señaló claramente que: *“tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. // La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. // Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración”*. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 2010, exp 2040. Reiterado por la Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp 28875.

¹⁰⁰ “Artículo 87. **Procedimiento de imposición de multas. De conformidad con el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. // Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el**



manuales de contratación un procedimiento mínimo a seguir para imponer multas, el cual, en todo caso, debía contemplar un mecanismo que permitiera garantizar al contratista el ejercicio de su derecho de defensa con anterioridad a la imposición de la sanción correspondiente.

No obstante, resulta pertinente advertir que la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 14 de abril de 2010¹⁰¹, declaró la nulidad condicionada del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, en los términos que se transcriben a continuación:

“Noveno. DECLÁRASE nulo artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, pero únicamente en tanto se interprete que faculta a la administración para crear procedimiento administrativo sancionador.

En cambio, se niegan las pretensiones contra la misma norma en tanto se interprete que sólo permite establecer el procedimiento interno mínimo a seguir para la imposición de multas, es decir que sólo se limita a definir los aspectos inter-orgánicos, en los términos analizados en esta providencia.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Consejo de Estado en la sentencia aludida y que motivaron la anterior determinación fueron los siguientes:

“[...] La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa [...]. Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establecen entre administración y ciudadano (extra-orgánica), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos.

Sin embargo, la Sala debe precisar que los aspectos inter-orgánicos del procedimiento sí pueden ser confiados a la potestad de auto organización de cada entidad administrativa [...]. La determinación, por ejemplo, del trámite interno que deben seguir los funcionarios en las dependencias de la entidad cuando se adelanta un procedimiento administrativo de carácter sancionador no condiciona ninguna de las garantías del debido proceso, la eficacia de esta clase de normas se agota en el interior del aparato administrativo y por ende pueden regularse en los denominados manuales de contratación o de funciones.

[...] Para la Sala, si bien no es nulo todo el aparte acusado, por las razones expuestas, en todo caso se condiciona su alcance en cuanto a que ‘el procedimiento mínimo a seguir para la imposición de multas y que las entidades pueden señalar en sus manuales de contratación’ se refiera a aspectos inter-orgánicos, es decir, a los trámites internos que deben adelantar los funcionarios encargados del correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio. Por oposición, debe entenderse que la posibilidad de crear procedimiento administrativo sancionador, con

procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición. // En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente”.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp 36054.



base en la norma analizada, vulnera el ordenamiento jurídico constitucional.
(subrayado añadido).

En este contexto, a la vista de la pauta jurisprudencial puesta de presente, la Sala advierte que, si bien al momento de iniciarse el procedimiento sancionatorio objeto de análisis —20 de diciembre de 2010¹⁰²— se encontraba en vigencia la Resolución 4670 de 2009, mediante la cual se adoptó el manual de contratación del ICBF y cuyo artículo 32 fijaba reglas procedimentales orientadas a garantizar el debido proceso para la imposición de multas, lo cierto es que dicha normativa no resulta aplicable para efectos del análisis que debe hacerse en el presente asunto.

Lo anterior, por cuanto, con ocasión de la anulación condicionada del artículo 87 del Decreto 2474 de 2008 —declarada por esta Corporación mediante sentencia del 14 de abril de 2010, fecha anterior al inicio del procedimiento sancionatorio objeto de análisis—, quedó claro que las entidades a través de reglamentos —o, en particular, por medio de sus manuales— no pueden implementar o modificar procedimientos administrativos de carácter sancionatorio respecto de contratistas (extra-orgánico), condicionando las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso, cuando dicha tarea es del resorte exclusivo del legislador.

De ahí que, a partir de la sentencia en mención y ante la inexistencia de una reglamentación válida en materia de procedimiento sancionatorio contractual específico del ICBF —en la medida que el manual de contratación que lo estableció se sustentaba en el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, norma que fue anulada—
, es necesario acudir al procedimiento general previsto en la codificación administrativa.

En consecuencia, para efectos de determinar si en el caso bajo estudio se vulneró el debido proceso de Industrias del Maíz S.A., en su condición de concesionario, no resultan aplicables las disposiciones contenidas en el manual de contratación del ICBF, sino que el respectivo análisis debe realizarse con base en lo dispuesto en la normativa general vigente para la época en que ocurrieron los hechos objeto de estudio¹⁰³, razón por la que se hace indispensable precisar el alcance del debido proceso en materia sancionatoria contractual, conforme con el marco normativo y el correspondiente desarrollo jurisprudencial del cual ha sido objeto, en tanto ello constituye el eje central para resolver el primer problema jurídico.

5.2. Alcance del debido proceso en el ámbito sancionador contractual

5.2.1. El artículo 29 de la Constitución Política¹⁰⁴ consagra el derecho fundamental

¹⁰² Numerales 4.5 y 4.6 de los hechos probados.

¹⁰³ Al respecto, se recuerda que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las normas que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, pues en tal evento son aplicables las normas bajo las cuales se hubiere cometido la infracción. Esta es, justamente, la situación que aquí se presenta, dado que se analiza la imposición de una multa contractual.

¹⁰⁴ “Artículo 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



al debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico¹⁰⁵, en virtud de las cuales se busca proteger a toda persona involucrada en una actuación administrativa o judicial, imponiéndole a quien asume su dirección la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente definido en la ley o en los reglamentos, *“con el fin de preservar las garantías —derechos y obligaciones— de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”*¹⁰⁶.

En materia administrativa, ha sido entendido que el debido proceso es de ineludible observancia y su garantía debe armonizarse con la aplicación de los principios que orientan la función administrativa¹⁰⁷, incluso en el ámbito de la contratación estatal, cuando en pro de la continua y eficiente prestación de los servicios y bienes objeto de la contratación se hiciera necesario adoptar decisiones que afecten los intereses del contratista, como cuando la administración ejerce su potestad sancionadora¹⁰⁸, que, si bien se efectúa unilateralmente, debe estar precedida de un procedimiento mínimo que preserve las garantías del debido proceso del afectado, tornando improcedente la imposición de sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio¹⁰⁹.

Aunque la obligación de la Administración de respetar el debido proceso en el ámbito sancionatorio contractual no fue contemplada explícitamente en la Ley 80 de 1993, lo cierto es que su desarrollo, fundado en el artículo 29 de la Constitución Política, fue eminentemente jurisprudencial, como bien lo explicó la Sección Tercera

cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; 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. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-980 del 1º de diciembre de 2010. “De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso: a) el derecho a la jurisdicción [...], b) el derecho al juez natural [...]; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público [...]; e) el derecho a la independencia del juez; f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario [...]”.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-073 del 17 de febrero de 1997.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014. “En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibidem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.”

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009. “[...] la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-. // Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones”.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 21430. “El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal. En general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate”.



en un importante pronunciamiento¹¹⁰ que se resume a continuación:

En una primera etapa se consideró que la imposición de una sanción exigía que la Administración aplicara el debido proceso en las actuaciones administrativas previas a su decreto, con fundamento en la remisión que la Ley 80 de 1993 (artículo 77) hace a la normas generales del CCA (artículos 3, 14, 28, 34, 35 y 50) o, en su defecto, a la Ley 58 de 1982 (artículo 5º), puesto que, al tratarse de una medida trascendental, no podía ser tomada en forma sorpresiva para el contratista, a quien debía brindársele la oportunidad tanto de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales como de contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le atribuyeran, sin perjuicio de los recursos administrativos y de las acciones judiciales que pudiera interponer.

En una segunda etapa, la Sección Tercera matizó esta posición, al establecer que, si bien la Administración debía garantizar el debido proceso en materia sancionatoria y adelantar un procedimiento administrativo previo, este no podía concebirse como uno general o gubernativo puro en los términos del CCA, ni implicar necesariamente la formación de un expediente. En su lugar, se sostuvo que debía llevarse a cabo de manera ágil, a través de un requerimiento previo al contratista, brindándole la oportunidad de pronunciarse sobre el incumplimiento que se le atribuía, con el propósito de que se defendiera de dicha imputación y solicitara la práctica de pruebas para contradecir aquellas que se presentaran en su contra.

Al punto, se indicó que *“incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestando al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato [o la imposición de una sanción], pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual”*¹¹¹.

En definitiva, en materia sancionatoria contractual, la jurisprudencia citada reclamó que las garantías del debido proceso fueran aplicadas de manera atemperada, armonizándolas con los fines de la contratación pública y la prevalencia del interés general, sin que la medida sancionatoria resultara sorpresiva o intempestiva para el contratista, y que, en todo caso, se otorgara al interesado la oportunidad de expresar

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp 18394.

¹¹¹ *Ibidem*.



su opinión y contradecir los elementos de juicio que el ente contratante esgrimiera en su contra, antes de adoptarse la decisión.

5.2.2. Ahora bien, los fundamentos jurisprudenciales mencionados en precedencia fueron incorporados formalmente al ordenamiento jurídico a través del artículo 17¹¹² de la Ley 1150 de 2007¹¹³, que dispuso que las garantías del debido proceso, como principio rector en materia contractual, se extienden a la fase de formación de los actos administrativos sancionatorios —se hizo referencia a las multas y cláusulas penales pecuniarias—, dado que los contratistas tienen el derecho a ser oídos en un procedimiento mínimo¹¹⁴ antes de la adopción de una decisión que pueda afectar sus intereses, permitiéndoseles conocer anticipada y claramente los elementos de incumplimiento que se les imputan y ejercer su derecho de contradicción y defensa.

En este sentido, aun cuando la Ley 1150 de 2007 incorporó expresamente el debido proceso en materia sancionatoria contractual, estableciendo la observancia de un procedimiento sumario que garantizara el cumplimiento efectivo del artículo 29 de la Constitución Política, no reglamentó expresamente dicho procedimiento, el cual vino a consagrarse concretamente con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011¹¹⁵. Con

¹¹² “Artículo 17. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. // En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. // PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva [...]”. (subrayado fuera del texto)

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de octubre de 2021, exp 53479. “En efecto, incluso antes de la expedición de esa norma [artículo 17 de la Ley 1159 de 2007], el criterio jurisprudencial preponderante era el que indicaba que, para la protección de esta garantía de raigambre constitucional [Artículo 29 de la Constitución Política - debido proceso], cuando la Administración pretendiera adoptar una decisión que afectara los derechos e intereses del contratista —como en el caso de cualquier otro sujeto— sus actuaciones debían garantizar que el afectado pudiera intervenir en la etapa previa a la expedición del respectivo acto administrativo con el objeto de que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción, para lo cual debía conocer el inicio de la actuación, las razones en las cuales se fundara, tener oportunidad de aportar y discutir las pruebas que en su contra se adujeran y, en general, presentar los descargos que considerara pertinentes. Estas guías y orientaciones jurisprudenciales, a no dudarlo, fueron recogidas por el legislador en el referido artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que dispuso, como principio rector en materia contractual, que las sanciones que se impongan deben estar precedidas de un trámite mínimo que garantice el debido proceso”.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2022, exp. 53318. “[...] esta Corporación ya precisó que en el ámbito contractual, el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales o aun a los administrativos que están reglados, en tanto los procedimientos administrativos contractuales deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia de la actividad que busca la garantía de la continua prestación de los servicios o bienes contratados en interés del público en general. Además, tales procedimientos se amoldan a los fines que se persiguen, por lo cual no son únicos ni rígidos, pues en el marco de los criterios y principios que gobiernan la noción de justicia administrativa, se adecúan a la realización de los fines de la función y cometido o tarea que con ella se realiza”.

¹¹⁵ “Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el



todo, esta última norma no será analizada en esta oportunidad, en tanto no resulta aplicable al contrato objeto de controversia, dado que para la fecha de su celebración y ejecución aquella ley aún no había sido promulgada.

Conviene precisar que, incluso en los casos como el que se analiza —en los cuales aún no había entrado en vigor la Ley 1474 de 2011—, esta Subsección ha sostenido que el respeto de las garantías mínimas del debido proceso resulta exigible en todo procedimiento administrativo, por lo que aplicar ese principio al ámbito sancionatorio contractual implica la obligación de vincular de manera efectiva al particular afectado tanto al trámite como a la decisión que eventualmente pueda derivarse, asegurando, como mínimo, las siguientes garantías: **(i)** ser escuchado antes de que la entidad adopte una decisión definitiva; **(ii)** participar de manera efectiva en el procedimiento desde su inicio hasta su culminación; **(iii)** tener la oportunidad de presentar, solicitar y controvertir pruebas; **(iv)** obtener decisiones debidamente motivadas; **(v)** recibir notificaciones oportunas y practicadas según los requisitos legales; **(vi)** acceder a la información y documentación relacionada con la actuación; **(vii)** recibir asesoría jurídica; y **(viii)** interponer los recursos y demás mecanismo de defensa procedentes en contra de las decisiones administrativas que se profieran en su contra¹¹⁶.

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 [...].”

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, exp 31618. “[...] En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los 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 urgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general. Esta concepción formal e igualmente material de ofrecimiento de garantías de manera amplia, donde se crea una especie de carga garantística para la administración frente a los sujetos involucrados en toda actuación



5.3. Vulneración del debido proceso en el caso concreto

5.3.1. Precisado el alcance del debido proceso en materia sancionatoria contractual y con el propósito de resolver el asunto *sub examine*, resulta necesario analizar las actuaciones previas a la expedición de las resoluciones demandadas, mediante las cuales el ICBF impuso una multa a Industrias del Maíz S.A. Esto, con el propósito de determinar si a la contratista se le garantizó o no dicho derecho fundamental.

Pues bien, en el expediente se encuentra acreditado que, en el contrato de concesión 894 de 2007 suscrito entre el ICBF e Industrias del Maíz S.A. para la operación de dos plantas destinadas a la producción y distribución de bienestarina a nivel nacional¹¹⁷ —del cual hacía parte integral el anexo técnico incorporado con el pliego de condiciones¹¹⁸—, se relacionaron expresamente las especificaciones técnicas relativas a las materias primas que debían utilizarse para la elaboración del referido suplemento alimenticio, asignándole al concesionario el deber de garantizar su calidad conforme con los ingredientes allí previstos, situación que sería verificada periódicamente mediante ensayos de laboratorio aplicados a muestras de cada lote producido.

Asimismo, el mencionado anexo técnico dispuso que, en caso de que los análisis arrojaran resultados de no conformidad respecto de las especificaciones técnicas exigidas, y se presentaran discrepancias entre los extremos negociales en relación con dichos resultados, debían llevarse a cabo determinadas pruebas de verificación ante el INVIMA, consistentes en: **(i)** la toma de contramuestras, provenientes del pool homogenizado integrado por un número determinado de muestras correspondientes a un mismo lote; y **(ii)** la toma de la muestra testigo, extraída de una bolsa sellada de un kilo en su empaque original correspondiente al lote presuntamente afectado.

A su vez, se demostró en el proceso que, el 16 de diciembre de 2010, la Contraloría General de la República, en ejercicio de su función de advertencia¹¹⁹, informó al ente contratante que había solicitado al INVIMA la realización de pruebas técnicas a diversas muestras de la bienestarina producida, cuyo resultado reveló la presencia de aproximadamente 51.1 mg/kg de ácido sórbico en cada muestra, concentración significativamente elevada para un producto que, como se relacionaba en la etiqueta y estaba establecido en la ficha técnica, no debía contener conservantes.

Igualmente, quedó probado que, con ocasión de la advertencia previamente aludida, tanto el ICBF como la interventoría requirieron al concesionario para que rindiera explicaciones en relación con un posible incumplimiento originado en la deficiente calidad de la bienestarina producida¹²⁰, al haber incluido en su formulación ácido

administrativa, se observa en el derecho colombiano en la relación normativa conformada por los artículos 29 constitucional y 35 inciso 1º del CCA”.

¹¹⁷ Numeral 4.3 de los hechos probados.

¹¹⁸ Numeral 4.3.6 de los hechos probados.

¹¹⁹ Numeral 4.1.1 de los hechos probados.

¹²⁰ Numerales 4.5 y 4.6 de los hechos probados.



sórbico, pese a que dicho componente no estaba autorizado, conforme con la ficha técnica del producto, incorporada en el anexo técnico del pliego de condiciones¹²¹.

Asimismo, está demostrado que, en cumplimiento de los requerimientos realizados y como parte de sus explicaciones, el concesionario afirmó que venía cumpliendo con los parámetros de calidad exigidos en la producción de la bienestarina, asegurando que en su formulación no adicionaba ácido sórbico ni otro tipo de conservante, como tampoco utilizaba materias primas que contuvieran dicho componente¹²²; además, presentó un análisis de laboratorio practicado por Ecoquímica Ltda. sobre 16 muestras de la bienestarina producida, de las cuales únicamente en 3 se detectó ácido sórbico¹²³, concluyéndose que *“las mínimas trazas reportadas en los análisis pueden obedecer a la presencia natural de ese componente en algunos vegetales”*, por lo que resultaba necesario acordar un plan de acción preventivo para identificar el origen y las causas que generaban la presencia de ácido sórbico en el producto. Así, tras la realización de dos reuniones llevadas a cabo el 12 y 13 de enero de 2011 entre representantes del ICBF, del INVIMA y de Industrias del Maíz S.A., fue convenido el plan de acción referido, bajo la utilización del método propuesto por el instituto *“de acuerdo al documento código PO04-DS-403-P106”*¹²⁴.

Además, se encuentra acreditado que, el 12 de enero de 2011, con fundamento en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 87 del Decreto 2474 de 2008, el ICBF citó a Industrias del Maíz a una audiencia de garantía del debido proceso¹²⁵, para que presentara los descargos correspondientes frente al *“incumplimiento del contrato en cuanto a la presencia de sustancias extrañas en la bienestarina”*, y conminándolo a que *“en adelante asegure la no presencia de ácido sórbico, ni de ninguna otra sustancia extraña a la ficha técnica del producto para cada lote de producción”*.

Bajo este panorama, está probado que, el 17 de enero de la misma anualidad, el ICBF celebró la audiencia de garantía al debido proceso¹²⁶, en cuyo desarrollo se presentaron las siguientes intervenciones relevantes: **(i)** el funcionario instructor puso de presente que no existía duda acerca de la presencia de ácido sórbico en las muestras de bienestarina analizadas, con lo cual concluyó que Industrias del Maíz S.A. habría incumplido diversas obligaciones contractuales (cláusulas 8.2, 12 y 13) y disposiciones incluidas en el anexo técnico (capítulo 1.2 y 1.4.) relativas a los parámetros de calidad exigidos para producir la bienestarina y a la veracidad de las fichas técnicas suministradas; **(ii)** frente a dichas imputaciones, y antes de presentar los correspondiente descargos, el concesionario alegó una vulneración al debido proceso, aduciendo, en primer lugar, que en la citación a la audiencia no se relacionaron de manera expresa las cláusulas y disposiciones contractuales presuntamente transgredidas, lo que, a su juicio, afectaba su derecho a conocer de forma anticipada los cargos que se le atribuían y, en tal virtud, a ejercer su defensa

¹²¹ Numeral 4.1.1 de los hechos probados.

¹²² Numerales 4.7 y 4.9 de los hechos probados.

¹²³ Numeral 4.12 de los hechos probados.

¹²⁴ Numeral 4.14 de los hechos probados.

¹²⁵ Numeral 4.13 de los hechos probados.

¹²⁶ Numeral 4.15 de los hechos probados.



adecuadamente y, en segundo lugar, que no existía claridad acerca del objeto de la diligencia, esto es, si se trataba exclusivamente de una audiencia para verificar el eventual incumplimiento o si, además, tenía como propósito la imposición de sanciones¹²⁷; **(iii)** ante estas observaciones, el funcionario instructor aclaró, conforme lo indicado en la citación, que la finalidad de la audiencia era únicamente oír al concesionario respecto del presunto incumplimiento contractual, consistente en la presencia de ácido sórbico en la bienestarina, pues, en caso de comprobarse dicho incumplimiento, *“vendr[ía] una audiencia para cualquiera de tres propósitos: imposición de multa, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o ambas cosas, y, por supuesto, se les citará haciendo referencia a ese procedimiento”*¹²⁸; **(iv)** con dicha precisión, el concesionario retiró su reparo consistente en la violación al debido proceso y procedió a defenderse respecto de la supuesta presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida, argumentando que la concentración hallada era mínima, por lo cual no cumplía una función tecnológica o de conservación y tampoco representaba un riesgo para la salud de los consumidores; por tanto, no era exigible su declaración en el etiquetado del producto¹²⁹, siendo inexistente el incumplimiento que se le atribuía, máxime cuando, pese a haberlos solicitado, no le habían sido remitidos los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA; y **(v)** solicitó que le fueran entregados los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina, ya que, no obstante haberlos pedido, a la fecha no le habían sido entregados¹³⁰.

A su turno, en el proceso se demostró que, sin haberse citado a la segunda audiencia anunciada, el ICBF profirió la Resolución 314 del 27 de enero de 2011¹³¹, mediante la cual impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., equivalente al 0.15305% del valor del contrato, suma que ascendía a \$984'164.625, argumentando que había quedado establecido el incumplimiento del concesionario, ya que las pruebas documentales allegadas —los análisis de laboratorio practicados por el INVIMA y por Ecoquímica Ltda.— revelaban inequívocamente la aparición de ácido sórbico en las muestras tomadas y la consecuente omisión del concesionario en relacionar la presencia de dicho componente en la etiqueta de la bienestarina, lo que constituía una infracción a varias cláusulas del contrato y al numeral 1.2. del anexo técnico del pliego, relacionado con las fichas técnicas del producto y los ingredientes que este debía contener. En cuanto al debido proceso, aseveró que fue plenamente garantizado al concesionario, quien tuvo la oportunidad de conocer previamente las imputaciones de incumplimiento y ejercer su derecho de contradicción y defensa, tanto por escrito como de manera oral en audiencia.

Adicionalmente, se encuentra acreditado que, inconforme con la decisión anterior, el concesionario interpuso recurso de reposición¹³², por medio del cual alegó: **(i)** la vulneración al debido proceso, toda vez que las disposiciones contractuales que se consideraron incumplidas no fueron debatidas durante la audiencia de garantía al

¹²⁷ Numeral 4.15.1. de los hechos probados.

¹²⁸ Numeral 4.15.2. de los hechos probados.

¹²⁹ Numeral 4.15.3. de los hechos probados.

¹³⁰ Numeral 4.15.4. de los hechos probados.

¹³¹ Numeral 4.17. de los hechos probados.

¹³² Numeral 4.18 de los hechos probados.



debido proceso, omisión que le impidió ejercer su derecho de defensa, y que el funcionario sustanciador de dicha diligencia manifestó expresamente que su objeto era única y exclusivamente oír al contratista en relación con la presencia del ácido sórbico en la bienestarina y que, en caso de verificarse dicho incumplimiento, se convocaría a una nueva audiencia en la que se precisaría el tipo de sanción aplicable, lo cual no ocurrió; y **(ii)** la validez de la prueba de laboratorio del INVIMA que detectó trazas de ácido sórbico en varias muestras de bienestarina y sirvió de fundamento a la decisión sancionatoria, al considerar que sus resultados no fueron contrastados conforme lo establecido en los numerales 1.4.5 y 1.4.6 del anexo técnico del pliego de condiciones, referidos a los lineamientos técnicos para la toma de contramuestras y la verificación mediante muestra testigo de los lotes analizado, procedimientos que fueron omitidos, lo que despojaba de respaldo técnico y jurídico la decisión adoptada, al no existir un examen concluyente que permitiera establecer con certeza la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida.

Así también, quedó debidamente probado que, en atención a la solicitud realizada por el concesionario, el ICBF profirió un auto de pruebas mediante el cual requirió al INVIMA para la realización de un análisis de contramuestras sobre los mismos lotes de bienestarina previamente examinados, con el propósito de verificar la presencia de ácido sórbico¹³³. Tales análisis fueron practicados por la autoridad sanitaria, los cuales arrojaron como resultado la no detección de este componente en el producto¹³⁴, indicándose, además, que no se evidenciaba una justificación técnica concluyente que explicara la discrepancia entre los dos resultados analíticos obtenidos, pues ambos se realizaron conforme los protocolos técnicos exigidos, dejando abierta la posibilidad de que la diferencia se debiera a la eventual degradación o desaparición del componente con el transcurso del tiempo¹³⁵.

Finalmente, se acreditó que el ICBF profirió la Resolución 2240 del 13 de junio de 2011¹³⁶, a través de la cual confirmó el acto administrativo recurrido por el concesionario, al considerar, por una parte, que independientemente de que no se hubiera llevado a cabo la segunda audiencia anunciada por el funcionario que presidió la primera, esta resultó suficiente para garantizar plenamente el derecho fundamental al debido proceso del concesionario, en tanto *“se le escuchó y se le valoró todas y cada una de las explicaciones dadas [...] de igual manera se le brindó la oportunidad de controvertir tanto el informe del INVIMA como las observaciones preventivas que hizo la Contraloría”*; por otra parte, sostuvo que los resultados del segundo análisis practicados por el INVIMA no desvirtuaban los obtenidos inicialmente, pues la misma autoridad sanitaria indicó que científicamente era posible la degradación y/o desaparición del ácido sórbico con el paso del tiempo, lo cual, a juicio del Instituto, *“ratifica la convicción razonable de haber sustentado la sanción en pruebas irrefutables al momento del análisis de las muestras y como consecuencia del hallazgo de la sustancia y de su no rotulación en los lotes analizados por el INVIMA”*.

¹³³ Numeral 4.19 de los hechos probados.

¹³⁴ Numerales 4.20 y 4.21 de los hechos probados.

¹³⁵ Numeral 4.22 de los hechos probados.

¹³⁶ Numeral 4.23 de los hechos probados.



5.3.2. Conforme con lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala considera que el ICBF impuso a Industrias del Maíz S.A. una multa por incumplimiento del contrato de concesión 894 de 2007, sin haber observado en su integridad todas las garantías del debido proceso exigidas en el marco de los procedimientos sancionatorios, ni el protocolo previsto en el anexo técnico del contrato, relativo al trámite que debía surtir en caso de discrepancias sobre el cumplimiento de las especificaciones técnicas preestablecidas para la producción de la bienestarina; específicamente, se omitió la realización de los análisis de laboratorio a cargo del INVIMA —con presencia de la interventoría— sobre las contramuestras y la muestra testigo, prescindiendo así de medios probatorios esenciales para verificar, de forma objetiva y técnica, la supuesta no conformidad del producto, lo cual inexorablemente configura una vulneración directa del derecho fundamental al debido proceso.

En tal sentido, conviene reiterar que la Sección Tercera ha sido enfática en sostener que, incluso en aquellos casos en los que el trámite sancionatorio se hubiera adelantado antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011 —como en el asunto *sub examine*—, la Administración se encontraba en la obligación de garantizar un procedimiento mínimo que respetara íntegramente el debido proceso en favor de sus contratistas, lo que implicaba, entre otros aspectos, no solo asegurar la posibilidad real de ser escuchados, sino también garantizar el derecho a conocer, de forma anticipada y clara, los cargos de incumplimiento que se le atribuían, así como el tipo de sanción que eventualmente se pretendía imponer, a aportar y controvertir pruebas y, en términos generales, a ejercer cabalmente su derecho de defensa.

En el presente asunto se observa que, en la citación a la audiencia del 17 de enero de 2011, el ICBF se limitó a enunciar de forma genérica el supuesto incumplimiento en el que incurrió Industrias del Maíz S.A., relacionado con la inclusión de ácido sórbico en la bienestarina producida y con la omisión de su mención en la etiqueta del producto, sin que se hubiera identificado de forma precisa y clara las cláusulas contractuales y disposiciones del pliego que se consideraban transgredidas, como tampoco la eventual sanción que podría imponerse en caso de comprobarse el incumplimiento referido.

Lo consignado en dicha comunicación determinaba, en criterio de la Sala, el alcance de la audiencia programada, a lo cual debía ceñirse el funcionario que la presidiera. En consecuencia, resulta contrario al debido proceso que, durante el desarrollo de la diligencia, se hayan incorporado nuevos cargos, como la posible transgresión de diversas cláusulas contractuales y disposiciones del pliego, así como la advertencia de que su eventual verificación podría dar lugar a la imposición de una sanción, pues con esto, claramente, se modificó el objeto de la audiencia, sin que la sociedad concesionaria hubiera podido preparar adecuadamente su intervención, en tanto tales cargos, así como el propio informe de las pruebas de laboratorio realizadas por el INVIMA, le eran desconocidos hasta ese preciso momento, todo lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa íntegramente, situación que fue oportunamente advertida por Industrias del Maíz S.A.



Se observa que, en virtud de la advertencia formulada por el concesionario, el propio funcionario del ICBF que instruyó la audiencia se vio en la necesidad de dejar constancia expresa de que no se trataba de una audiencia sancionatoria, sino de una diligencia preliminar destinada única y exclusivamente a oír al contratista respecto de la presencia de ácido sórbico en la bienestarina y que, en el caso de comprobarse dicha situación, se convocaría a una nueva audiencia con todas las garantías del debido proceso, manifestación que generó en Industrias del Maíz S.A. una expectativa legítima de que contaría con una segunda oportunidad formal para ejercer materialmente su defensa frente a la eventual imposición de una sanción, con mayor razón cuando, justamente, durante la audiencia el concesionario expresamente solicitó que le fueran entregados los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina.

Pese a lo anterior, en contravía de afirmado por el funcionario del ICBF en el curso de la audiencia, sin que para ese momento se hubiera seguido el protocolo exigido en el pliego para la verificación de conformidad de la bienestarina respecto de las especificaciones técnicas y sin previa entrega del análisis de laboratorio del INVIMA en el que se apoyaba el ICBF, la entidad expidió de plano la Resolución 314 de 2011, mediante la cual impuso la multa al contratista. Esta actuación, además de contradecir la determinación expresamente adoptada por la propia entidad, desconoció el principio de publicidad y contradicción de la prueba, pasó por alto el procedimiento técnico de toma de muestras y contra muestras contemplado en los pliegos de condiciones para la verificación del producto no conforme y privó al concesionario de una participación efectiva en el procedimiento sancionatorio, configurando un acto sorpresivo y contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual está proscrito imponer sanciones sin una instancia procesal claramente definida que garantice el ejercicio del derecho de defensa del afectado.

En este contexto, resulta preciso destacar que, de haberse convocado a la segunda audiencia mencionada¹³⁷, el contratista habría contado con una oportunidad real y efectiva para controvertir la supuesta vulneración de disposiciones contractuales — circunstancia que únicamente fue revelada al momento de expedirse la resolución sancionatoria—, mediante la presentación de pruebas, explicaciones técnicas y argumentos jurídicos en defensa de su actuación, previo conocimiento de los análisis de laboratorio realizados por el INVIMA a las plantas de producción de bienestarina que, como quedó visto, no fueron dados a conocer al Concesionario con antelación. Es por lo anterior que dicha diligencia no podía considerarse un

¹³⁷ Resulta pertinente aclarar que, si bien la segunda audiencia a la que se hace referencia fue establecida en el manual de contratación del ICBF —la cual no se realizó—, lo cierto es que la vulneración del debido proceso en este asunto no se concreta porque se hubiese desconocido el referido manual —que, desde luego, tal como se explicó en esta providencia (acápites 5.1. de las consideraciones), aquel no era posible tenerlo en cuenta para efectos del análisis de este caso—, sino porque se premitieron las garantías mínimas del debido proceso, pues la no realización de esa segunda audiencia, que previamente había sido anunciada expresamente por el funcionario de dicha entidad durante la celebración de la audiencia del debido proceso, implicó la afectación material del derecho de defensa y contradicción del contratista.



mero trámite, como lo sugirió el ICBF en su escrito de alzada, sino que constituía una oportunidad sustancial del procedimiento, indispensable para garantizar el debido proceso, teniendo en cuenta que: **(i)** como indicó el funcionario que presidió la audiencia, en esa segunda diligencia se calificaría el tipo de sanción a imponer al concesionario; **(ii)** ni antes ni durante la audiencia se le había entregado al contratista el informe técnico de las pruebas del INVIMA en las que se fundó la Contraloría para ejercer su función de advertencia y que originó la citación; **(iii)** tampoco se habían realizado los procedimientos descritos en el anexo técnico de los pliegos de condiciones; y **(iv)** justamente el mismo día en que el ICBF citó a la audiencia —12 de enero— y al día siguiente, el INVIMA, el ICBF y el concesionario habían acordado un plan de acción para detectar las causas y origen del ácido sórbico en la bienestarina.

En esas condiciones, al privar al contratista de la posibilidad de ejercer una defensa efectiva, el ICBF desconoció principios esenciales del procedimiento administrativo sancionatorio, configurando —sin lugar a dudas— una vulneración directa al derecho al debido proceso.

Cabe advertir, además, que tampoco resulta aceptable sostener que el debido proceso fue garantizado por el solo hecho de que la sociedad contratista tuvo la posibilidad de controvertir la decisión sancionatoria inicial mediante el ejercicio de los recursos administrativos, y de solicitar y controvertir pruebas dentro de dicho trámite, puesto que la Sección Tercera de esta Corporación estableció que, *“en los procedimientos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso, de ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos”*¹³⁸.

5.3.3. Adicionalmente, la Sala precisa que otro aspecto relevante de la vulneración al debido proceso radica en que la multa impuesta por el ICBF se sustentó en los primeros análisis de laboratorio efectuados por el INVIMA, en los que se reportó la presencia de ácido sórbico en la bienestarina. Sin embargo, dicho hallazgo resultó ser distinto de los resultados que arrojó un segundo análisis practicado por la misma autoridad sanitaria, en el que no se encontró rastro alguno del referido conservante.

Además, a pesar de esta nueva evidencia, la Administración optó por no suspender ni reevaluar la sanción impuesta, amparándose en la premisa de que el conservante pudo haberse diluido u oxidado con el transcurso del tiempo, afirmación que carecía de respaldo técnico o científico suficiente y se fundamentó —llanamente— en una interpretación subjetiva de unas respuestas del INVIMA a un cuestionario, en las cuales la autoridad sanitaria planteó tal posibilidad de manera meramente hipotética respecto al caso de la bienestarina, sin que existieran estudios concluyentes en tal

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 24 de septiembre de 1998, exp. 14891.



sentido¹³⁹, con lo cual nunca se obtuvo certeza sobre la presencia de ácido sórbico en la bienestarina producida.

Lo anterior reviste especial relevancia si se considera que el ICBF omitió aplicar los procedimientos técnicos establecidos en el anexo técnico del pliego de condiciones, destinados a verificar los resultados de laboratorio presentados inicialmente por el INVIMA en caso de objeción, tales como el análisis de contramuestras y la muestra testigo¹⁴⁰. En consecuencia, al haberse prescindido de dichas diligencias con antelación a la imposición definitiva de la multa, el ICBF no solo vulneró las reglas particulares del contrato, sino que también privó al contratista de garantías mínimas de fiabilidad probatoria y afectó de manera directa su derecho a un procedimiento sancionatorio justo, con las garantías propias del debido proceso.

En este sentido, la Sala resalta que el alcance del aludido debido proceso en este caso concreto tiene una doble connotación: **(i)** desde el plano legal, que encuentra sustento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que estableció unas garantías mínimas a las cuales ya se hizo alusión, y **(ii)** desde el plano contractual, por cuanto las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acordaron expresamente —anexo técnico incorporado en el pliego de condiciones y al contrato—, en punto del análisis de la calidad de los productos, un determinado y preciso procedimiento que debía seguirse en casos de discrepancias entre el concesionario y el contratante respecto de las muestras que se encontraran por fuera de especificación técnica en cuanto a su calidad.

En definitiva, la Sala concluye que la actuación desplegada por el ICBF antes de expedir las resoluciones mediante las cuales impuso una multa a Industrias del Maíz S.A., estuvo desprovista de las garantías mínimas del debido proceso exigidas legal y contractualmente. Esta vulneración se materializó en la omisión de la segunda audiencia cuya realización había sido previamente anunciada —la cual, como ya se indicó, no constituía un simple trámite formal—; en la realización de la única audiencia que se llevó a cabo sin previa entrega al Concesionario del informe correspondiente al análisis de laboratorio del INVIMA que originó la actuación; en el uso de pruebas carentes de fuerza concluyentes para sustentar la sanción; y en la inobservancia de protocolos técnicos esenciales previstos en el pliego para resolver discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato respecto de la calidad de la bienestarina producida —en particular, la toma de la muestra testigo y la práctica de contramuestras—. Todo ello evidencia un actuar administrativo contrario a los estándares mínimos de legalidad, a las reglas pactadas en el contrato y al respeto por los derechos del contratista en el marco de un procedimiento sancionatorio.

En suma, el hecho de que el ICBF haya justificado su actuación en que ya había escuchado al concesionario y valorado sus argumentos en una audiencia preliminar, no excusa la ausencia de un procedimiento claro, completo y garantista, dado que la protección del debido proceso no se agota con brindar una sola oportunidad formal o simbólica de defensa, sino que exige asegurar que se cumplan todas las

¹³⁹ Numeral 4.22 de los hechos probados (Específicamente el cuestionamiento 2).

¹⁴⁰ Numeral 4.1.1 de los hechos probados



etapas que permitan una defensa real y efectiva, conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución. En este sentido, la actuación del ICBF constituye una clara vulneración del derecho fundamental al debido proceso de Industrias del Maíz S.A.

En virtud de lo expuesto y a la luz del material probatorio recaudado en el proceso, la Sala comparte la decisión adoptada por el Tribunal, mediante la cual declaró la nulidad de las Resoluciones 314 del 27 de enero de 2011 y 2240 del 13 de junio de 2011, por haber sido proferidas con desconocimiento de las garantías propias del debido proceso sancionatorio, pero por las razones aquí expuestas.

Los anteriores argumentos, que resultan suficientes para mantener incólume la decisión de anular los actos administrativos controvertidos, exime a la Subsección de pronunciarse respecto del segundo problema jurídico planteado, toda vez que, como se advirtió, dicho interrogante solo debía resolverse en el evento de concluirse que el ICBF no había incurrido en vulneración al debido proceso¹⁴¹.

5.4. Improcedencia del reconocimiento de intereses remuneratorios y actualización de la condena impuesta en primera instancia

5.4.1. En este punto resulta necesario analizar el cargo de apelación formulado por la parte accionante, concerniente al reconocimiento de los intereses remuneratorios sobre el monto de la multa impuesta y que fueron denegados en primera instancia, pues consideró que *“cuando ha existido un daño emergente [como fue la retención del monto de la multa ilegalmente cobrada] se presume un lucro cesante equivalente al interés legal que hubiera ganado el capital que se inmoviliza a causa del daño”*, tal como fue calculado en el dictamen pericial practicado en el proceso¹⁴².

En relación con este aspecto, conviene recordar que los intereses remuneratorios son aquellos que corresponden a la retribución del capital por el plazo en que el acreedor no tiene a su disposición determinada suma de dinero, y que incluyen, además del rendimiento, el riesgo de incumplimiento o insolvencia, así como la pérdida del poder adquisitivo¹⁴³. Ahora bien, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁴ y ha sido reiterado por esta Sección del Consejo de Estado¹⁴⁵, por su naturaleza y función, la obligación de

¹⁴¹ Numeral 3 objeto de los recursos de apelación y problemas jurídicos a resolver.

¹⁴² Numeral 4.27.1. de los hechos probados

¹⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de agosto de 2008, exp. 1997-14171-01. *“Los intereses remuneratorios retribuyen, retribúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo créditos de incumplimiento o insolvencia deuditoria”*.

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de noviembre de 1989. Gaceta CXCVII, 2435. Reiterada por la misma Sala de Casación civil en sentencia del 23 de septiembre de 2019, exp. 2019-02930-00. *“[...] la obligación de pagar intereses remuneratorios como fruto de prestaciones dinerarias no opera ipso iure, como acontece con los intereses moratorios (artículo 883 del Código de Comercio), sino que es incuestionablemente necesario que la obligación de pagarlos dimane de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal que así lo determine”*.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de agosto de 2023, exp. 66901, sentencia del 12 de julio de 2024, exp. 67946



pagar este tipo de interés no opera de pleno derecho, sino que requiere la existencia de una estipulación negocial expresa o una disposición legal que así lo disponga.

De acuerdo con las previsiones anteriores, resulta forzoso concluir que en el presente asunto no concurren los supuestos descritos, dado que la indemnización que se persigue tiene su origen en la compensación realizada por el ICBF por concepto de una multa ilegalmente impuesta a Industrias del Maíz S.A., sin que se acreditara la existencia de cláusula contractual —al no haberse pactado— o disposición legal que fundamentara la procedencia de intereses remuneratorios en esta situación específica.

5.4.2. Aclarado lo anterior, y dado que ninguna de las partes procesales controvertió los perjuicios reconocidos en la sentencia de primera instancia —razón por la cual no corresponde efectuar consideraciones adicionales sobre su procedencia y, en tal virtud, su reconocimiento se mantendrá incólume—, la Sala procederá a actualizar tanto el monto de la condena impuesta en primera instancia por concepto de la multa controvertida, la cual ascendió a \$1.043'278.261, como el valor reconocido a título de intereses moratorios.

5.4.2.1. Para la actualización de la primera condena aludida, se tomará como índice base el correspondiente al IPC del mes en que se profirió la sentencia de primera instancia —febrero de 2014—, y como índice final el IPC reportado para la fecha de expedición de esta providencia —mayo de 2025—, conforme la siguiente fórmula:

$$VP = \frac{VH \times \text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde,

VP	Corresponde al valor presente
VH	Es el valor histórico o inicial (\$1.043'278.261)
Índice final	Es el IPC vigente a la fecha de este fallo (mayo de 2025) = 150,14
Índice inicial	Es el IPC vigente a la fecha dispuesta por el a quo (febrero de 2014) = 80,45

Para el caso concreto se tiene:

$$VP = \frac{\$1.043'278.261 \times 150,14}{80,45}$$

En consecuencia, **VP equivale a mil novecientos cuarenta y siete millones veinte mil cuatrocientos ochenta y seis pesos con nueve centavos (\$1.947'020.486,09).**

5.4.2.2. En lo que atañe a los intereses moratorios reconocidos en primera instancia sobre el valor de la multa impuesta —sin que, como se advirtió, corresponda efectuar consideraciones adicionales sobre su procedencia¹⁴⁶—, este juzgador efectuará su

¹⁴⁶ Tratándose de aquellos casos en los que se declara la nulidad de un acto administrativo que impuso una multa o que hizo efectiva una cláusula penal pecuniaria, los intereses moratorios se reconocen a partir de la fecha de la sentencia, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la



actualización, conforme con los mismos parámetros dispuestos por el *a quo*. En este sentido, se tomará como periodo de cálculo comprendido entre la fecha que fue considerada en primera instancia como la de pago efectivo de la multa —16 de julio de 2011— y la fecha de expedición de la presente providencia, aplicando para ello una tasa equivalente al doble del interés legal civil, esto es, el 12 % anual, en los términos del artículo 4.8 de la Ley 80 de 1993¹⁴⁷, toda vez que en el contrato no se pactó una tasa de intereses moratorios diferentes.

Entonces¹⁴⁸:

Fecha inicial	Fecha final	Días	Valor	Variación del IPC año anterior	Capital actualizado	Tasa de interés	Intereses moratorios
16/07/2011	31/12/2011	165	\$984'164.625	1,45	\$998'435.012	5,50	\$54'913.926
1/01/2012	31/12/2012	360	\$998'435.012	3,73	\$1.035'676.638	12,00	\$124'281.197
1/01/2013	31/12/2013	360	\$1.035'676.638	2,44	\$1.060'947.148	12,00	\$127'313.658
1/01/2014	31/12/2014	360	\$1.060'947.148	1,94	\$1.081'529.523	12,00	\$129'783.543
1/01/2015	31/12/2015	360	\$1.081'529.523	3,66	\$1.121'113.503	12,00	\$134'533.620
1/01/2016	31/12/2016	360	\$1.121'113.503	6,77	\$1.197'012.887	12,00	\$143'641.546
1/01/2017	31/12/2017	360	\$1.197'012.887	5,75	\$1.265'841.128	12,00	\$151'900.935
1/01/2018	31/12/2018	360	\$1.265'841.128	4,09	\$1.317'614.031	12,00	\$158'113.684
1/01/2019	31/12/2019	360	\$1.317'614.031	3,18	\$1.359'514.157	12,00	\$163'141.699
1/01/2020	31/12/2020	360	\$1.359'514.157	3,80	\$1.411'175.695	12,00	\$169'341.083
1/01/2021	31/12/2021	360	\$1.411'175.695	1,61	\$1.433'895.623	12,00	\$172'067.475
1/01/2022	31/12/2022	360	\$1.433'895.623	5,62	\$1.514'480.557	12,00	\$181'737.667
1/01/2023	31/12/2023	360	\$1.514'480.557	13,12	\$1.713'180.406	12,00	\$205'581.649
1/01/2024	31/12/2024	360	\$1.713'180.406	9,28	\$1.872'163.548	12,00	\$224'659.626
1/01/2025	16/06/2025	166	\$1.872'163.548	2,40	\$1.917'095.473	5,53	\$106'015.380
TOTAL							\$1.940'517.907

En consecuencia, los intereses moratorios sobre la suma cobrada por concepto de la multa impuesta a Industrias del Maíz S.A. **asciende mil novecientos cuarenta millones quinientos diecisiete mil novecientos siete pesos (\$1.940'517.907).**

Corporación, puesto que es en ese momento en el que nace la obligación a favor del contratista y a cargo de la entidad a restituir la suma correspondiente, toda vez que con anterioridad a la sentencia el acto estaba amparado por la presunción de legalidad y, por tanto, la entidad demandada no debía restituir suma alguna al contratista por ese concepto; **no obstante, a pesar del criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado al respecto, lo cierto es que en este caso particular se reconocieron intereses moratorios en la sentencia de primera de instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, punto que no fue apelado por ninguno de los extremos procesales y, por ende, a esta Subsección —en segunda instancia— no le es posible entrar a cuestionar su procedencia, de ahí que se mantenga su reconocimiento.**

¹⁴⁷ “Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: // 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. // Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado” (subrayado añadido).

¹⁴⁸ Para la liquidación de los intereses moratorios, la Sala adoptará el mismo método de liquidación desarrollado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779. Método reiterado por esta Subsección en la sentencia del 2 de julio de 2021, exp. 51163.



5.4.2.3. A partir de lo expuesto, los valores que deben reconocerse en favor de la parte actora se plasman en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR
Multa impuesta declarada nula (capital histórico actualizado)	\$1.947'020.486,09
Intereses moratorios	\$1.940'517.907
TOTAL	\$3.887'538.393,09

5.5. En definitiva, esta Subsección modificará la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la actualización de la condena impuesta, en el sentido que el ICBF deberá reconocer y pagar, como medida de restablecimiento del derecho a Ingredion Colombia S.A. y siguiendo los términos dispuestos en los artículos 192¹⁴⁹ y 195.4¹⁵⁰ del CPACA., la suma de **tres mil ochocientos ochenta y siete millones quinientos treinta y ocho mil trecientos noventa y tres pesos con nueve centavos (\$3.887'538.393,09).**

6. Costas

6.1. El artículo 361 del CGP prevé que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”*. A su turno, los artículos 365¹⁵¹ y 366¹⁵² *ejusdem*, aplicables a los

¹⁴⁹ “Artículo 192. [...] Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada. // Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código”.

¹⁵⁰ “Artículo 195. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas: [...] 4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial [...]”.

¹⁵¹ “Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]”.

¹⁵² “Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas”.



procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA¹⁵³, establecen que se condenará en costas *“a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, siempre que se demuestre en el expediente su causación; y su liquidación se realizará, de manera concentrada, por la Secretaría del Tribunal a quo, correspondiéndole a este juzgador la fijación de las agencias en derecho de segunda instancia, de acuerdo con las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

6.2. Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y que ninguno de estos prosperó, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas de segunda instancia, por cuanto las mismas se entienden compensadas¹⁵⁴.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el magistrado Nicolas Yepes Corrales.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia del 24 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual, siguiendo la redacción original, quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 314 del 27 de enero de 2011 y 2240 del 13 de junio de 2011, expedidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **RECONOCER** los siguientes saldos a favor de Ingredion Colombia S.A., por habersele impuesto una multa con violación al debido proceso administrativo, así

Concepto	Monto
Capital histórico actualizado	\$1.947'020.486,09
Intereses moratorios	\$1.940'517.907
Total liquidación	\$3.887'538.393,09

TERCERO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, como medida de restablecimiento del buen nombre de la empresa, lo siguiente: a) a través de medio de comunicación nacional de difusión radial, televisiva y escrita, se informe sobre la nulidad de los actos demandados, incluyendo las razones de ilegalidad respectivas; y b) mediante comunicación escrita, se informe de la decisión adoptada en el presente fallo a Colseguros S.A., a la Cámara de Comercio de Cali y a la Procuraduría General de la Nación.

¹⁵³ “Artículo 188. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC”.

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 7 de mayo de 2021 y del 22 de agosto de 2023, exp. 64033 y 66901.



Radicado: 76001-23-33-000-2013-00283-01 (55030)
Demandante: Ingredion Colombia S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que serán liquidadas por Secretaría, debiendo considerar que se fijan como agencias en derecho en derecho la suma de \$68'177.205, equivalente al 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas”.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala
Aclara voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada