

ACCION CONTRACTUAL - Contrato de suministros / CONTRATO DE SUMINISTROS - Del Instituto Nacional de Salud con persona natural / OBJETO CONTRATO DE SUMINISTROS - Almuerzos durante días lunes a viernes para empleados del Instituto Nacional de Salud / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Se declaró mediante acto administrativo por incumplimiento del contratista / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Por encontrarse diferencias de pesaje y contaminación en alimentos ofrecidos por contratista

Contrato de suministro No 68/98, celebrado el 29 de mayo de 1998, entre el Instituto Nacional de Salud y la señora Betty Carrillo Jiménez”, donde ésta en su condición de contratista se obligaba para con el Instituto “al suministro de almuerzos durante los días hábiles de la semana, comprendida ésta de Lunes a Viernes, en forma exclusiva para todos sus empleados que trabajan en la sede de la Avenida Eldorado con Carrera 50, CAN, zona 6 de la ciudad de Santafé de Bogotá y de conformidad con la invitación pública No 09 de 1998. Y la propuesta presentada el 11 de mayo de 1998”.(...) la Resolución No 0849 del 23 de noviembre de 1998 por medio de la cual El Director General del Instituto Nacional de Salud, “declara la caducidad del contrato No 68 de 1998”, al considerar entre otras razones (...) presentó informe sobre el servicio de alimentos ofrecido por el Restaurante Ucrania a los funcionarios del Instituto Nacional de Salud, entrando a establecer que éstos presentan diferencias frente al gramaje que la contratista se comprometió a ofrecer en el contrato 68 de 1998. Este hecho evidenció un incumplimiento a lo pactado en la cláusula tercera literal b del contrato 068 de 1998.

DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTROS - No se infringió el derecho al debido proceso / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - La contratista siempre estuvo enterada de las visitas practicadas por el Comité de Vigilancia en instalaciones donde se preparaban los alimentos

En el sub lite de manera alguna puede hablarse de violación al debido proceso. Las pruebas traídas al expediente, que hemos relacionado en otro aparte de esta sentencia, demuestran todo lo contrario: (i) que la Contratista siempre estuvo enterada de las visitas que practicaba el Comité de Vigilancia en las instalaciones donde se preparaban los alimentos, pues al momento de practicarse la inspección siempre estaba presente el empleado suyo encargado de la Cafetería; (ii) que siempre se le enteró de los resultados de los exámenes de laboratorios practicados, y siempre se le requirió previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, para que tomara los correctivos del caso.

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Violación al debido proceso / DEBIDO PROCESO - No se infringió dado que la contratista estuvo advertida de las consecuencias de su proceder

La entidad demandada no actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. Es decir, la contratista no fue sorprendida con la caducidad, y posterior liquidación del contrato, sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta. Como se indicó, a la contratista Betty Carrillo Jiménez, se le advirtió en distintas oportunidades sobre las consecuencias de su proceder, en cuanto el Instituto a través del Comité de Vigilancia de la Cafetería, le dio a conocer los diferentes factores que constituían incumplimiento en la ejecución del objeto del contrato 68 de 1998, tales como: requerimientos, apremios por desaseo y mala preparación de los alimentos, órdenes previas, avisos por faltantes, con lo cual se demuestra que la declaratoria de caducidad no fue intempestiva. (...) el Instituto Nacional de Salud declaró la caducidad del contrato 68 de 1998 y consecuentemente su liquidación, existiendo fundadas razones para hacerlo, porque de la lectura que se hace de las razones de hecho y de derecho que lo justificaban, está en consonancia con el interés general que lo autorizaba para que obrara de esa manera., por lo que no hay duda que el Instituto actuó de conformidad con la ley para adoptar las

decisiones que aquí se cuestionan, sin que la parte actora hubiese desvirtuado la legalidad de las resoluciones demandadas.

LIQUIDACION DEL CONTRATO - Las partes suscribieron acta de acuerdo para liquidarlo / LIQUIDACION DEL CONTRATO - La contratista manifestó reservarse el derecho de reclamar / LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO - Finiquita las cuentas que acuerdan las partes. Participa de una naturaleza de negocio jurídico / LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO - El acto suscrito por las partes puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque vicio del consentimiento

Quiere precisar la Sala que el otro argumento válido para desestimar las pretensiones de la demanda es el hecho que aparece copia del “Acta de acuerdo de liquidación del contrato No 068 de 1998, celebrada entre el Instituto Nacional de Salud y Betty Carrillo Jiménez, celebrada el 16 de abril de 1999, - con posterioridad a la declaratoria de caducidad del citado contrato -, acta que es suscrita por el Director General del Instituto, la Jefe División de Recursos Humanos, la Jefe de División Administrativa y Financiera del Instituto y por la contratista Betty Carrillo Jiménez, quien impuso en el acta la siguiente nota: “Me reservo el derecho de reclamar”. (...) la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. (...) una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

DERECHO DE ACUDIR ANTE JUEZ JURISDICCIONAL - Al momento de liquidarse contrato pueden las partes reservarse el derecho de reclamar ante juez competente / LIQUIDACION DEL CONTRATO - Las divergencias entre las partes anunciadas en acta no aceptadas son motivo para demandar / LIQUIDACION FINAL DEL CONTATO - La parte que no deje anotada en el acta final la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía no podrá pretenderlas judicialmente / PROCESO JUDICIAL CONTRACTUAL - Versará sobre las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer

Si la liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. (...) Bajo las orientaciones de la Jurisprudencia de esta Corporación conviene precisar que la acción contractual que se promueva en relación con diferencias surgidas de un negocio jurídico que previamente ha sido objeto de liquidación bilateral o voluntaria, por acuerdo entre las partes, en principio, únicamente puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la respectiva liquidación final del contrato. **NOTA DE RELATORIA** - Referente a s pretensiones para liquidar el contrato estatal, consultar sentencia de 16 de febrero de 2001, Exp.11689 MP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez

CARGA DE LA PRUEBA - Se incumplió por la contratista / CARGA DE LA PRUEBA - No se probó por la contratista el supuesto de hecho alegado en contra de la administración

La actora incumplió con la carga procesal de la prueba que estaba a su cargo, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran

el efecto jurídico que ellas persiguen, noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01993-01(23517)

Actor: BETTY CARRILLO JIMENEZ

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, el 30 de julio de 2002, a través de la cual se declararon infundadas las excepciones formuladas y se niegan las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 13 de julio de 1999¹, la señora Betty Carrillo Jiménez, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, formuló demanda en contra del Instituto Nacional de Salud, con el objeto se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. - “Declarar que es nula la Resolución No 0849 de fecha 23 de noviembre de 1998 y la 0922 del 23 de diciembre de 1998, por medio del cual se declaró la caducidad del contrato No 068 de 1998 de suministro de almuerzos durante los días hábiles de lunes a viernes para los empleados que laboran en el Instituto Nacional de Salud, y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la garantía única de cumplimiento y se liquidó dicho contrato.

¹ Folios 1 a 35. C. 1.-

1.2.- *Que como consecuencia de la nulidad declarada, se declare la terminación del contrato.*

1.3.- *Que se condene a la entidad demandada a indemnizar por concepto de perjuicios sufridos, provenientes de la declaratoria de caducidad del contrato 68 de 1998 a la señora Betty Carrillo Jiménez.*

1.4.- *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al Instituto Nacional de Salud, a pagar los perjuicios, comprendidos en daño emergente y en lucro cesante que se le han causado y que se llegaren a causar a la demandante en la cuantía que se determine dentro del proceso o en el correspondiente incidente de regulación debidamente actualizado en el momento del pago.*

1.5.- *Que se disponga el cumplimiento del fallo favorable, dentro de los términos legales establecidos en los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984.*

1.6.- *Que al liquidarse la condena se tenga en cuenta por la entidad demandada el ajuste al valor contenida en el artículo 178 del C.C.A.*

1.7.- *Que se ordene a la entidad demandada a darle cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 336 del C. de P.C., con la modificación del artículo 158 del decreto 2282 de 1989.*

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Los demandantes narraron en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. El Instituto Nacional de Salud abrió la Licitación Pública No 003 fe 1998, para el suministro de almuerzos para los empleados que laboren en el citado Instituto, durante los días hábiles comprendidos de lunes a viernes, licitación que fue declarada desierta mediante resolución No 0224 del 30 de marzo de 1998, razón por la cual se procedió a contratar directamente, haciéndose la invitación pública a cotizar No 09 de 1998.

2.2. Dentro de la oportunidad respectiva se presentaron como proponentes las siguientes firmas: DOCUR, SERAL LTDA., y BETTY CARRILLO – RESTAURANTE UCRANIA.

2.3. Previo estudio y efectuado el análisis comparativo de las propuestas, el 29 de mayo de 1998 se celebró entre el Instituto Nacional de Salud y la señora Betty Carrillo Jiménez, el contrato de suministro No 68/98, estableciéndose en la cláusula primera del contrato, el objeto del mismo, en donde *“el contratista se obliga para con el Instituto al suministro de almuerzos durante los días hábiles de la semana, comprendida ésta de Lunes a Viernes, en forma exclusiva para todos sus empleados que trabajan en la sede de la Avenida Eldorado con Carrera 50,*

CAN, zona 6 de la ciudad de Santafé de Bogotá y de conformidad con la invitación pública No 09 de 1998. Y la propuesta presentada el 11 de mayo de 1998...”.

2.3.1. En la Cláusula Sexta del contrato se acordó el plazo del contrato, así: *“PLAZOS: A) VIGENCIA DEL CONTRATO: El término de vigencia del presente contrato será de Doce (12) meses, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. B) TÉRMINO DE EJECUCIÓN. La ejecución del presente contrato deberá hacerse en un término de Ciento Ochenta y Dos Días (182) Hábiles a partir del primero (1º) de junio de 1998 y hasta el 27 de febrero de 1999...”.*

2.3.2. El valor y forma de pago del contrato, se estipuló en la cláusula cuarta del contrato, en los siguientes términos: *“CUARTA. VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor límite de este contrato es de Ciento un millones ochocientos cuarenta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho pesos moneda corriente (\$ 101.844.288.00), incluido el IVA, suma que será cancelada por el instituto al Contratista mensualmente por el sistema de precios unitarios, o sea por unidades o cantidades de almuerzos, en donde el valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de almuerzos entregados por el precio de cada uno de ellos, dentro del valor límite que se fija en esta cláusula. El Instituto cancelará al Contratista al finalizar el término del presente contrato de acuerdo al servicio prestado mediante la relación de los vales indicando el valor, previa certificación de recibido a satisfacción por el Jefe de la División de Recursos Humanos...”.*

2.3.3. En la cláusula segunda del contrato se estipularon las *“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA,”* destacándose entre otras las siguientes: *“...5) Preparar los alimentos en las mejores condiciones higiénicas y de calidad, para lo cual debe garantizar su variedad, balanceo, etc...10) Suministrar a los empleados que requiera para el cumplimiento del presente contrato las dotaciones de uniformes, gorros, delantales y demás implementos que garanticen su seguridad y su buena e higiénica presentación...12) Adquirir los elementos necesarios para el aseo que requiera la cafetería, garantizando su limpieza permanentemente...14) Evacuar diariamente los desperdicios de las instalaciones de la cafetería, sin que éstos sean depositados en áreas o predios del Instituto....TERCERA.- SUMINISTROS:...b) Las cantidades mínimas de los alimentos a suministrar por el Contratista serán las siguientes: Jugo natural 200 c.c., leche pasteurizada grado A 200 c.c., sopa o crema 270 c.c., carne de res 150 gramos cocinada, carne de cerdo 150 gramos cocinada, pescado 150 gramos cocinado, pollo 150 gramos cocinado, arroz 60 gramos cocinado, vegetales 120 gramos, leguminosas 80 gramos, farináceas 100 gramos, fruta 160 gramos, dulce 50 gramos, gaseosa adicional 200 c.c.”.*

2.4. En los numerales undécimo, duodécimo y décimo tercero del contrato se estipularon las siguientes cláusulas, respectivamente: *“CLÁUSULA DE CADUCIDAD: El Instituto podrá declarar la caducidad de este contrato con fundamento y en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. DUODÉCIMA.- MULTAS: En caso de mora o de incumplimiento parcial del contrato por parte del Contratista, podrán imponerse multas sucesivas diarias de Diez Mil Pesos (\$ 10.000.00) que sumadas no superen el diez por ciento (10%) del valor total del contrato. DÉCIMA TERCERA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones por parte del Contratista o de declaratoria de caducidad, el Contratista pagará al Instituto a título de pena pecuniaria el diez por ciento (10%) del valor límite del contrato o sea la suma de Diez millones ciento ochenta y cuatro mil cuatrocientos veintiocho pesos con 80/100 M/CTE. El valor de la cláusula penal pecuniaria se considera como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados al Instituto...”*

2.5. En la cláusula Vigésima Primera del Contrato, se estipuló el *“COMITÉ DE VIGILANCIA: El Instituto ejercerá la supervisión del presente contrato por intermedio del Comité de Vigilancia designado para tal fin: La Jefe de la División Administrativa y la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto. En consecuencia, el contratista deberá facilitarle al Comité la inspección en la preparación de los alimentos y suministrarles los informes y datos que éste requiera. El Comité tendrá a su cargo, entre otras, las siguientes funciones:...c) Exigir que el personal que emplee el Contratista en la preparación de los alimentos sea idóneo...f) Informar oportunamente y por escrito a la División Administrativa y Financiera del Instituto respecto de aquellos daños o desperfectos que presenten los equipos de la cafetería para que ésta solicite al Contratista su oportuna reparación con el fin de garantizar una eficiente prestación del servicio...j) Realizar tomas de muestras para el respectivo análisis físico – químico y microbiológico en los laboratorios del Instituto...”*

2.6. Que en distintas oportunidades la parte actora puso en conocimiento de la entidad demandada, el estado de abandono de los elementos de cocina, lo mismo que la forma grosera como eran tratados sus empleados por parte de los funcionarios del Instituto.

2.7. El Instituto Nacional de Salud solicitó al INVIMA una visita a las instalaciones del restaurante (áreas sanitarias, de almacenamiento de materias primas, equipos, utensilios y disposición de basuras), en la cual se concluyó que existían algunas anomalías referentes a la conservación y manipulación de los alimentos. Se realizó un análisis a una muestra de arroz con pollo la cual dio como resultado la presencia de microorganismos mesófilos perjudiciales para la salud del consumidor, hecho que generó un llamado de atención por parte de la entidad contratante.

2.8. La parte demandante ante la situación anterior, hizo los correctivos del caso y para ello contrató un análisis microbiológico de ambiente con la firma Adcontrol Laboratorio Especializado, empresa especializada en exámenes químicos, alimentos y aguas – capacitación, realizando análisis sobre dos muestras de ambientes en cocina y comedor, siendo rechazadas ambas señalándose como motivo de las mismas el presentar recuento alto de hongos y levaduras que sobrepasan los límites aceptados y que las posibles causas es que el personal que asiste puede traer de la calle microorganismos, la humedad propia del ambiente que favorece el crecimiento de estos y no tener buenos sistemas de fumigación de ambientes.

2.9. El 24 de septiembre de 1998, la contratista envió una carta a la Jefe de la División Administrativa, comunicándole que el 9 de septiembre a las diez de la mañana, subieron a la cafetería los señores Fredy Salinas y Santiago Rodríguez, funcionarios de virología con el fin de efectuar una inspección a las instalaciones, introduciendo uno de ellos sus manos en el congelador, tocando todas las bandejas que contenían carnes y las bolsas que contenían verduras, por lo que se les solicitó el favor que no hiciera eso y que se lavaran las manos con jabón quirúrgico, porque por el trabajo que ejercen se encuentran expuestos a virus y bacterias, haciendo caso omiso al citado llamado, lo cual se puso en conocimiento de la referida funcionaria a efectos tomara los correctivos del caso, lo que nunca aconteció, ni siquiera un llamado de atención se le hizo a los citados señores.

2.10. El 9 de octubre de 1998, la Jefe de la División Administrativa y Financiera de la entidad, envía el Oficio DAF 1285 a la señora Betty Carrillo en donde le comunica que existían quejas verbales y por escrito por la prestación del servicio, específicamente en lo relacionado con las porciones de cada uno de los alimentos suministrados, puesto que estaban dando un gramaje menor al que se debía otorgar por alimento y que se debía hacer un uso adecuado de los uniformes, gorros, zapatos y demás dotación, reiterándole nuevamente que de no tomarse los correctivos inmediatos se verían obligados a solicitar la terminación del contrato o en su defecto la caducidad del mismo.

2.11. Se afirma que contrario a lo afirmado por la Jefe de la División Administrativa y Financiera de la entidad, en el oficio relacionado en el numeral precedente, la doctora Vilma Fabiola Izquierdo, del Centro de Control de Enfermedades, cuatro días después, es decir el 13 de octubre, “le manifiesta que le hace llegar los comentarios sobre la evaluación técnica preliminar del nuevo ciclo de minutas presentado por la contratista de la cafetería, textualmente indicó: *“Se envía un ciclo de minutas de treinta (30) menús, los cuales contienen una buena diversidad de preparación. En ellos se encuentran toda la variedad de menús “tipo” sugeridos en la licitación para la cafetería. La evaluación general de*

los menús da como resultado que dicho ciclo se puede aplicar siempre y cuando se tenga en cuenta algunas sugerencias que darán a continuación y se elabore y se entregue en la administración del Instituto el análisis químico de algunos de los menús a implantar”.

2.12. Que la contratista siempre estuvo atenta a responder y cumplir cuando las circunstancias lo ameritaban a los requerimientos realizados por la entidad, a más de realizar gestiones propias y canceladas con su propio pecunio (sic) para determinar irregularidades en el medio ambiente y mejorar cada día el servicio prestado. Que el 25 de noviembre el señor Saúl Peñaranda envía informe de la inspección realizada a la cafetería, con resultados satisfactorios.

2.13. Que el mismo día en que se rindió el informe favorable para todas las áreas de la cafetería por parte del Comité de Vigilancia, se expide la Resolución No 0849 del 23 de noviembre de 1998, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato No 68 de 1998, aduciendo para ello, entre otras causas, que los menús presentaban un gramaje menor al ofrecido, inadecuada conservación de alimentos ya preparados, mala conservación de las carnes y distribución de los alimentos en el cuarto frío, desaseo en el lugar donde se preparan los alimentos, la no evacuación oportuna de las basuras.

2.14. La resolución en cita fue recurrida por la Contratista y la Compañía Aseguradora. Argumenta la parte actora, que las situaciones que alegó el contratante para decretar la caducidad del contrato, no están conforme a la realidad pues los fundamentos en que se basaron no son claros, por ejemplo: en la toma de muestra del 20 de agosto de 1998 no estuvo presente el contratista, aparte de que fue practicada por una persona ajena al comité de vigilancia. Sin embargo la resolución recurrida es confirmada a través de la Resolución No 0922 del 23 de diciembre de 1998.

3. Los cargos formulados al acto que declaró la caducidad del contrato, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la garantía única de cumplimiento y se liquidó el contrato.

Son tres los cargos que hace la parte actora a la decisión del Director General del Instituto Nacional de Salud de declarar la caducidad del contrato de suministro No 68 del 29 de mayo de 1998, hacer efectiva las cláusulas penal pecuniaria y de garantía, y de ordenar la liquidación del citado contrato: (i) Afirma que previo a la declaratoria de caducidad del contrato se ha debido adelantar un procedimiento, como lo exigen los artículos 3, 14, 28, 34 y 35 del C.C.A, pues nunca se le permitió conocer y controvertir las acusaciones de la administración, vulnerándole su derecho al debido proceso, causándole un grave perjuicio tanto moral como material, al imponérsele una sanción de inhabilitación para contratar por un término de cinco (5) años. Que dichas resoluciones debieron cumplir un

procedimiento administrativo para garantizarle al perjudicado los medios de defensa otorgados por la ley, cosa que no sucedió en el caso de la señora Betty Carrillo. (ii) Igualmente dice, que tal decisión fue expedida con desviación de poder desconociendo lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1994, porque las motivaciones de las resoluciones no fueron claras, específicas y concretas, conteniendo simples afirmaciones genéricas, en razón a que la parte actora nunca realizó hechos u omisiones graves que afectaran la ejecución del contrato, puesto que la misma se realizó de manera continua, constante e ininterrumpida, por lo que no debió decretarse la caducidad del contrato y finalmente anota que (iii) las resoluciones fueron expedidas con falsa motivación, en cuanto no consultan, con exactitud y precisión, la veracidad y realidad de las situaciones de hecho sucedidas alrededor del vínculo contractual en estudio, ya que no corresponden a la situación que argumentó el Instituto, ya que falseó la realidad de los hechos infringiendo con ello los principios de legalidad, lealtad, finalidad e imparcialidad. ².

4.- Actuación Procesal

4.1.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por auto de 19 de agosto de 1999,³ niega la suspensión provisional de los actos administrativos acusados, admite la demanda, dispone la notificación personal al Director del Instituto Nacional de Salud y al Agente del Ministerio Público., ordena la citación como litisconsorte por activa a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado, ordena la fijación en lista y reconoce personería al apoderado judicial de la parte demandante.

4.2.- Por auto de fecha 9 de marzo de 2000⁴, se abre el periodo probatorio y en sendos escritos presentados el 21 de noviembre de 2000, la parte demandada⁵, como demandante⁶, respectivamente, alegan de conclusión.

4.2.1.- La parte demandada en su escrito de alegatos afirma que *“(…) Las pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso demuestran que el Director del Instituto Nacional de Salud expidió los actos administrativos, Resoluciones Nos. 0849 del 23 de noviembre de 1998 y 0922 del 23 de diciembre de 1998, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato No 068 de 1998 suscrito entre el Instituto y Betty Carrillo Jiménez – Restaurante Ucrania, objeto de solicitud de nulidad, de conformidad con procedimientos y formas determinadas, sin violar el derecho de defensa de la contratista, al permitir que esta conociera los diferentes requerimientos, ya fueran verbales o escritos, la toma de muestras y los resultados obtenidos.*

² Folios 23 a 30. C. 1.

³ Folio s 38 a 40, ib.

⁴ Folios 76 y 77, ib.

⁵ Folios 93 a 96, ib.

⁶ Folios 97 a 102, ib.

Así mismo, estos actos no fueron expedidos con desviación de poder como lo afirma la demandante, pues en ningún momento se ignoró el verdadero alcance del artículo 18 de la ley 80 de 1993, por el contrario se tuvo en cuenta lo consagrado en el, como fue la presentación de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista que afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidenciaba su paralización en razón a que los funcionarios que tenían derecho al servicio de suministro de almuerzo se encontraban inconformes con este y que el Instituto ante la comprobada mala calidad y menor cantidad de los alimentos no podía permitir que se ocasionara una intoxicación o se afectara de manera negativa la salud de los funcionarios y que se siguiera incumpliendo con las obligaciones asumidas por el contratista.

En cuanto a la falsa motivación de los actos administrativos aducida por la demandante...es importante reiterar que las pruebas aducidas para decretar la caducidad, demuestran que a la contratista se le requirió en varias oportunidades de forma escrita y verbal como quedó consagrado en los testimonios rendidos por los supervisores del contrato, con el fin de que cumpliera con las obligaciones contraídas a través del contrato No 68 de 1998, hechos que fueron soportes para la declaratoria de caducidad efectuada a través de la Resolución No 0849 y de la 0922...”.

4.2.2.- La parte demandante en escrito presentado en la misma fecha – 21 de noviembre de 2000 -⁷ alega de conclusión, quien luego de relatar los antecedentes del proceso, reitera lo que ha venido diciendo a lo largo del proceso, cuando afirma que “(...) Los actos administrativos hoy atacados, no muestran en sus considerandos actos del contratista que tiendan a evidenciar que iba a incurrir en incumplimiento de sus obligaciones afectando de manera grave y directa el contrato...lo anterior se comprueba que en los numerales de los considerandos que afirman existir diferencia entre el menú ofreció (sic) a los funcionarios del Instituto con el que la contratista se comprometió a ofrecer en el contrato 068 de 1998 dicha afirmación se tiene como genérica, toda vez que no indica los alimentos del análisis referido para que arrojara dicha diferencia, así las cosas, la contratista vio transgredido su derecho contenido en el artículo 3 del decreto 01 de 1984, que recoge los principios orientadores de todas las actuaciones administrativas, estableciéndose en el mismo, como principios la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta al administrado privándolo de su derecho a la defensa...pues dicha entidad se dedicó únicamente a dar a conocer el resultado de un análisis

⁷ Folios 97 a 102, ib.

microbiológico, donde no estuvo presente el contratista o algún representante suyo...”.

En lo que respecta al considerando 8 “alimentos cocinados con anterioridad que poseían moho” no deja de ser una afirmación vaga en (sic) imprecisa, pues el informe en tal sentido por parte del Comité de Cafetería era tendencioso y amañado pues buscaba con sus informes perjudicar a la contratista, pues para que un alimento adquiriera moho, se requiere de varios días para que el estado de descomposición llegue a tal grado de cultivo de bacterias y hongos para que los produzca, así mismo no se puede tener como cierta esta afirmación si el Comité de Cafetería siguiendo órdenes practicaba visitas a cualquier hora del día y no una sino varias veces, pues estaban autorizados para entrar a las instalaciones sin avisar, luego no se puede predicar de que existieran alimentos en descomposición.

“(…)

Que los actos administrativos impugnados y que declararon la caducidad, de acuerdo a lo afirmado y probando (sic) dentro del proceso, fueron expedidos con desviación de poder por no contener los mismos el fin perseguido por la administración y que el derecho le ha asignado, los hechos aquí sucedidos no eran de tal magnitud que evidenciaran incumplimiento en la ejecución del contrato y que el contrato se fuera a paralizar.

“(…)”

5. Contestación de la demanda

Oportunamente el representante legal del Instituto Nacional de Salud, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda. Con relación a los hechos aceptó unos y negó otros; al igual que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento factico y jurídico. Propuso como excepciones las que denominó “*Inexistencia de la nulidad de las Resoluciones Nos. 0849 del 23 de noviembre de 1998 y 0922 del 23 de diciembre de 1998*” e “*Ineptitud de demanda por falta de requisitos formales como es la determinación de la cuantía.*” Considera la parte demandada, entre otras razones, que “*...desde el inicio de la ejecución del contrato No 68-98 se dio cumplimiento por parte de la entidad a este principio constitucional, pues como se puede observar siempre se puso en conocimiento a la contratista de cada hecho ocurrido, ya fuera a través de reuniones, unas veces celebradas con la presencia de todos los supervisores, y en otras ocasiones con la de la Secretaria General del*

Instituto, quien tenía la obligación de ejercer un control sobre el desarrollo del objeto del contrato; y a través de los requerimientos y puesta en conocimiento de los resultados de los diferentes análisis efectuados por el laboratorio de nutrición del Instituto y por la Subdirección de alimentos y bebidas del Invima.

Así mismo, tenemos que en las diferentes ocasiones en que se tomaron muestras para análisis, tanto de pesaje de los alimentos como de su calidad, se estuvo en presencia de las personas que laboraban para la contratista. Como consecuencia se puede determinar que la decisión de la administración se tomó como resultado de un proceso adelantado durante toda la ejecución del contrato, dándole la oportunidad a la contratista de expresar sus opiniones y de hacer valer sus derechos.

“(…)

Este incumplimiento fue reiterativo como se puede observar a través de los análisis de laboratorio efectuados. Así mismo, es importante anotar que posteriormente a la declaratoria de caducidad, estando dentro del término para que se interpusiera el recurso de reposición contra la misma, se tomaron nuevamente muestras para análisis por parte del Invima, las cuales arrojaron resultados no satisfactorios para ciertos productos (Análisis del 7 y 11 de diciembre de 1998).

6.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia proferida el 30 de julio de 2002⁸, declaró infundadas las excepciones planteadas y negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso, fundamenta su fallo diciendo que *“(…) En el caso sub lite, se observa que la administración agotó todos los trámites legales necesarios contenidos en las citadas disposiciones, en orden a establecer el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandante, como indagando a través de la solicitud de exámenes microbiológicos, sobre muestras que se practicaron por entidades tan respetables como el INVIMA, sobre algunos alimentos (folios 113. c. 2, 48 a 56 c. 3, 78 y 79. c.3), especialmente con relación a un plato de arroz con pollo que se ofreció el 20 de agosto de 1998, por el cual como ya hemos visto, se presentaron quejas por varios de los usuarios de la cafetería.*

⁸ Folios 104 a 12. C. 2ª instancia.

A la actora se le hizo conocer cada uno de los informes que se presentaban por parte del Comité de Vigilancia, e igualmente le instó desde el inicio de la ejecución del contrato, para que mejorara todas las falencias sobre el manejo y manipulación inadecuada de los alimentos, así como siempre se le hizo saber acerca de la diferencia existente, entre el gramaje de alimentos estipulado en contrato con el realmente ofrecido. Se le solicitaba de manera comedida, detallada y por demás reiterada, cada uno de los aspectos en que debería mejorar, previniéndola que de no modificar tal situación, se procedería a decretar la terminación o caducidad administrativa del contrato, como consta en los oficios remitidos por la Secretaria General de fecha julio 23 (folio 73 c. 2), agosto 6 (folio 74 c.2) y S.G. 1822 del 29 de septiembre de 1998 (folio 112 c. 2); Oficios de la División Administrativa y Financiera Nos DAF -1082-Cafetería de septiembre 2 de 1998 (folios 93 y 94 c.2) y DAF. 1285 – Caf de octubre 9 de 1998. (Folios 131 y 132 c.2).

Es así como la sanción impuesta a la demandante no la tomó por sorpresa, en virtud a que el Instituto antes de adoptar tal determinación, le permitió la posibilidad de defenderse y contradecir cada una de las pruebas que en el transcurso de la actuación se allegaron, y además de mejorar el servicio a la cafetería. Como se ha visto, obran pruebas, que indican que la accionante estaba al tanto de la situación, al punto de haber manifestado que contrataría el servicio de un laboratorio para que hiciera un análisis microbiológico de las muestras de alimentos que se ofrecerían.

“(...)

Es evidente que la contratante actuó conforme a la citada norma legal – artículo 18 de la Ley 80 de 1993 -, cuando dispuso decretar la caducidad del contrato, por que el incumplimiento de la actora en la ejecución de sus obligaciones fue lo bastante grave como para afectar la salud de los usuarios, pues así se admite por uno de los funcionarios del INVIMA cuando conceptuó el 17 de septiembre de 1998, sobre el análisis tomado sobre una muestra de arroz con pollo, así:

“...aunque el arroz con pollo en cuestión, no ocasionó intoxicación, si tuvo una manipulación inadecuada, que puso en riesgo la salud del consumidor” (folio 113 c. 2).

Del mismo modo el día 12 de noviembre de 1998 el Subdirector de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA, mediante Oficio DLBA – 0402-386 rindió informe de análisis de unas muestras recolectadas en la cafetería del Instituto Nacional de Salud el día 3 de noviembre de 1998, determinando que se rechazan dos de ellas

por cuanto se encontraban contaminadas con microorganismos con NMP Coliformes, mohos y levaduras (folios 48 a 56 c. 3).

“(…)

Por medio de la resolución 0849 del 23 de noviembre de 1998 el INS declaró la caducidad del contrato No 68 de 1998, aduciendo para ello que: los menús presentaban un gramaje menor al ofrecido, inconsistencias en la conservación de alimentos ya preparados, mala conservación de las carnes y distribución de los alimentos en el cuarto frío, desaseo en el lugar donde se preparan los alimentos, la no evacuación oportuna de las basuras.

De la confrontación de los medios probatorios que aparecen enunciados como fundamento para que la administración adoptara la determinación en cuestión, se infiere que estos guardan absoluta coincidencia, así:

El Comité de Vigilancia de Cafetería en cumplimiento de su cometido, procedió a visitar las instalaciones el 3 de julio, 6 de julio y 6 de agosto de 1998, encontrando diversas falencias en aspectos relacionados con la higiene y manipulación de los alimentos. (Folios 70, 71 y 73 c. 2 y folio 103 c. 3).

Igualmente, es verídico que la Secretaria General del INS, sugirió a la demandante que mejorara en tal sentido, no genéricamente sino específicamente, indicándole cada una de las dificultades encontradas así como su respectivo correctivo, lo cual es constatable con los oficios remitidos por la Secretaria General de fechas julio 23 (folio 73 c.2), agosto 6 (folio 74 c.2) y S.G. 1822 del 29 de septiembre de 1998 (folio 112 c. 2); Oficios de la División Administrativa y Financiera Nos DAF – 1082-Cafeteria de septiembre 2 de 1998 (folios 93 y 94 c. 2) y DAF. 1285 – Caf de octubre 9 de 1998. (Folios 131 y 132 c. 2).

“(…)

No es menos cierto también, que los informes presentados por las nutricionistas designadas para el efecto, encontraron que el gramaje ofrecido en el menú del 20 de agosto (folios 90 a 92 c. 2) no concordaban con lo estipulado en el contrato.

De lo anterior se debe colegir que los cargos de la actora no están llamado a prosperar, pues no fue desvirtuada la presunción de legalidad de que ostenta la resolución aquí cuestionada, obligando en consecuencia a la Sala a denegar las súplicas deprecadas por la actora.

“(...)”

7.- El recurso de apelación.

El 6 de agosto de 2002, la parte demandante interpone el recurso de apelación y lo sustenta previo traslado para la sustentación, el 08 de noviembre del mismo año⁹, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

La parte actora fundamenta el recurso, reiterando los mismos argumentos esgrimidos en lo alegatos de primera instancia, agregando que *“(...) para el caso que nos ocupa la administración no actuó dentro del ejercicio de su competencia y dentro de los fines previstos por la ley, toda vez que actuó con temeridad, buscando siempre el perjuicio de la contratista y no una concertación que buscara solucionar las irregularidades que según ellos afectaban de manera grave y directa la ejecución del contrato.*

En la providencia recurrida el Tribunal desestima las pruebas aportadas al proceso tanto documentales como testimoniales por parte de la actora, no realiza una valoración real de las mismas sino que al contrario solamente acoge como fundamento para desestimar las pretensiones los oficios remitidos por el INS a la contratista.

“(...)”

Igualmente se contrarió el contenido del contrato, al no actuar las personas designadas como supervisoras de la ejecución del mismo, sino alguien ajeno a este como lo fue la señora Gladys Mora Serrano, quien sin ostentar calidad alguna dentro del contrato, ordenaba la toma de muestras...Respecto del suceso del arroz con pollo manifiesta que le solicitó al INVIMA, practicar examen técnico sobre el mismo...nunca la realizaron los miembros del Comité...sino que las muestras las tomaban directamente los expertos del INVIMA...es claro entonces que nunca se llevó a cabo el procedimiento establecido tanto en la resolución 0143 de abril de 1997, como en el mismo contrato.

“(...)”

Queda demostrado que la señora Secretaria General no ostentaba ningún cargo dentro del contrato, ni como supervisora ni como miembro del Comité de Vigilancia pero si fue una de las personas que instigó para que se le hiciera seguimiento a

⁹ Folios 144, 145, 153 a 163. c. 2ª instancia.

labor (sic) desarrollada por la contratista...y quien ordena la toma de muestras a personal distinto de los miembros del Comité de Vigilancia de la cafetería.

“(...)

En la declaratoria de caducidad se configura la falsa motivación ya que ella no obedeció a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable de los hechos, la entidad demandada actuó con fundamento en hechos que calificó inmediatamente como de incumplimiento grave y estas condiciones la contratista fue sorprendida con la declaratoria de caducidad.

“(...)”

8. Actuación en segunda instancia.

8.1. El recurso fue admitido el 21 de noviembre de 2002¹⁰ y luego por auto de 16 de diciembre del mismo año se ordenó correr traslado a las partes para alegar,¹¹ término dentro de cual la parte demandada el día 21 de enero de 2003 alega de conclusión,¹² reiterando se tengan en cuenta las razones expuestas en el libelo de contestación de demanda y en los alegatos de primera instancia.

8.2. La parte demandada el día 27 de enero de 2003 alega de conclusión,¹³ insistiendo se tenga en cuenta lo manifestado en el documento que sustenta el recurso de apelación, y agrega entre otras razones que *“...en el presenta caso se transgredió lo pactado en la cláusula Vigésima Primera del Contrato. Que igualmente el INS no tiene en cuenta el procedimiento que estableció en la resolución 0143 del 3 de abril de 1997 específicamente en su artículo 20 numeral 9 donde faculta únicamente para realizar las tomas de muestras para el respectivo análisis físico químico y microbiológico a los miembros del Comité de Vigilancia. Así las cosas la entidad no cumple el contrato al ordenar a personas ajenas al Comité de Vigilancia la toma de muestras y fuera de ello la orden la da una funcionaria que no tiene ninguna delegación en el contrato es decir (sic) es ajena a él (Secretaria General), en este orden de ideas se careció de competencia para ordena (sic) y tomar las muestras.*
“(...)”

9.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁰ Folio 169.C. 2a instancia.

¹¹ Folio 171, ib.

¹² Folios 172 a 176, ib.

¹³ Folios 177 a 180, ib.

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 9.1. Competencia y 9.2. Hechos probados y 9.3.Caso concreto.

9.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones por concepto de perjuicios, se estimó en una suma superior a los \$ 500.000.000.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en acción de controversias contractuales - 13 de julio de 1999¹⁴ – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 18.850.000.00

9.2. Hechos probados

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al proceso, se acreditan los siguientes hechos, relevantes para la litis:

9.2.1. Copia del contrato de suministro No 68/98¹⁵, celebrado el 29 de mayo de 1998, entre el Instituto Nacional de Salud y la señora Betty Carrillo Jiménez”, donde ésta en su condición de contratista se obligaba para con el Instituto “*al suministro de almuerzos durante los días hábiles de la semana, comprendida ésta de Lunes a Viernes, en forma exclusiva para todos sus empleados que trabajan en la sede de la Avenida Eldorado con Carrera 50, CAN, zona 6 de la ciudad de Santafé de Bogotá y de conformidad con la invitación pública No 09 de 1998. Y la propuesta presentada el 11 de mayo de 1998...*”.

9.2.1.1 En la Cláusula Sexta del contrato se acordó el plazo del contrato, así: “*PLAZOS: A) VIGENCIA DEL CONTRATO: El término de vigencia del presente contrato será de Doce (12) meses, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. B) TÉRMINO DE EJECUCIÓN. La ejecución del presente contrato deberá hacerse en un término de Ciento Ochenta y Dos Días (182) Hábiles a partir del primero (1º) de junio de 1998 y hasta el 27 de febrero de 1999...*”.

9.2.1.2. En la cláusula segunda del contrato se estipularon las “*OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA,*” destacándose entre otras las siguientes: “*...5) Preparar los alimentos en las mejores condiciones higiénicas y de calidad, para lo cual debe garantizar su variedad, balanceo, etc...10) Suministrar a los empleados que requiera para el cumplimiento del presente contrato las dotaciones de uniformes, gorros, delantales y demás implementos que garanticen su seguridad y su buena e higiénica presentación... 12) Adquirir los elementos necesarios para el aseo que*

¹⁴ Folio 35. C. 1.

¹⁵ Folios 1 a 15. C. 2 pruebas.

requiera la cafetería, garantizando su limpieza permanentemente...14) Evacuar diariamente los desperdicios de las instalaciones de la cafetería, sin que éstos sean depositados en áreas o predios del Instituto....**TERCERA.- SUMINISTROS:...**b) Las cantidades mínimas de los alimentos a suministrar por el Contratista serán las siguientes: Jugo natural 200 c.c., leche pasteurizada grado A 200 c.c., sopa o crema 270 c.c., carne de res 150 gramos cocinada, carne de cerdo 150 gramos cocinada, pescado 150 gramos cocinado, pollo 150 gramos cocinado, arroz 60 gramos cocinado, vegetales 120 gramos, leguminosas 80 gramos, farináceas 100 gramos, fruta 160 gramos, dulce 50 gramos, gaseosa adicional 200 c.c.”.

9.2.1.3. En los numerales undécimo, duodécimo y décimo tercero del contrato se estipularon las siguientes cláusulas, respectivamente: “**CLÁUSULA DE CADUCIDAD:** El Instituto podrá declarar la caducidad de este contrato con fundamento y en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. **DUODÉCIMA.- MULTAS:** En caso de mora o de incumplimiento parcial del contrato por parte del Contratista, podrán imponerse multas sucesivas diarias de Diez Mil Pesos (\$ 10.000.00) que sumadas no superen el diez por ciento (10%) del valor total del contrato. **DÉCIMA TERCERA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.** En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones por parte del Contratista o de declaratoria de caducidad, el Contratista pagará al Instituto a título de pena pecuniaria el diez por ciento (10%) del valor límite del contrato o sea la suma de Diez millones ciento ochenta y cuatro mil cuatrocientos veintiocho pesos con 80/100 M/CTE. El valor de la cláusula penal pecuniaria se considera como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados al Instituto...”.

9.2.1.4 En la cláusula Vigésima Primera del Contrato, se estipuló el “**COMITÉ DE VIGILANCIA:** El Instituto ejercerá la supervisión del presente contrato por intermedio del Comité de Vigilancia designado para tal fin: La Jefe de la División Administrativa y la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto. En consecuencia, el contratista deberá facilitarle al Comité la inspección en la preparación de los alimentos y suministrarles los informes y datos que éste requiera. El Comité tendrá a su cargo, entre otras, las siguientes funciones:...c) Exigir que el personal que emplee el Contratista en la preparación de los alimentos sea idóneo...f) Informar oportunamente y por escrito a la División Administrativa y Financiera del Instituto respecto de aquellos daños o desperfectos que presenten los equipos de la cafetería para que ésta solicite al Contratista su oportuna reparación con el fin de garantizar una eficiente prestación del servicio...j) Realizar tomas de muestras para el respectivo análisis físico – químico y microbiológico en los laboratorios del Instituto...”

PARAGRAFO.- Cualquier empleado del Instituto podrá formular quejas sobre el incumplimiento del contrato al Comité de Cafetería, el cual las estudiará y si tiene

mérito las informará al Jefe de la División Administrativa y al Jefe de la División de Recursos Humanos para los fines pertinentes”¹⁶

9.2.2. Copia de la Resolución No 0849 del 23 de noviembre de 1998¹⁷, por medio de la cual El Director General del Instituto Nacional de Salud, “*declara la caducidad del contrato No 68 de 1998*”, al considerar entre otras razones las siguientes: “3. *Que en la cláusula tercera literal b) del contrato, se determinó que las cantidades mínimas de los alimentos a suministrar por la Contratista eran las siguientes: Jugo natural 200 c.c., leche pasteurizada grado A 200 c.c., sopa o crema 270 c.c., carne de res 150 gramos cocinada, carne de cerdo 150 gramos cocinada, pescado 150 gramos cocinado, pollo 150 gramos cocinado, arroz 60 gramos cocinado, vegetales 120 gramos, leguminosas 80 gramos, farináceas 100 gramos, fruta 160 gramos, dulce 50 gramos, gaseosa adicional 200 c.c..*

4. *Que el día 2 de julio de 1998 la doctora Vilma Fabiola Izquierdo Ch del Grupo de Laboratorio Nacional de Nutrición presentó informe sobre el servicio de alimentos ofrecido por el Restaurante Ucrania a los funcionarios del Instituto Nacional de Salud, entrando a establecer que éstos presentan diferencias frente al gramaje que la contratista se comprometió a ofrecer en el contrato 68 de 1998. Este hecho evidenció un incumplimiento a lo pactado en la cláusula tercera literal b del contrato 068 de 1998.*

5. *Que el día 3 de julio de 1998 los miembros del Comité de Cafetería practicaron una visita de inspección a las instalaciones de la cafetería manejada por el Restaurante Ucrania y, entre otras, encontraron las siguientes inconsistencias:*

- *Conservación de alimentos ya cocinados que eran sobrantes de preparaciones de días anteriores.*
- *Conservación de carnes mediante la envoltura en bolsas plásticas impresas de supermercado.*
- *Mala distribución de los alimentos en el cuarto frío.*
- *Desaseo general en las áreas donde se preparan los alimentos.*
- *Los desechos y basura no son sacados oportunamente de la cocina.*
- *El personal de la cocina no usa los correspondientes tapabocas y gorros.*

Todas las anteriores, constitutivas de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 2 del contrato 068 de 1998.

¹⁶ Folios 14 a15 ib.

¹⁷ Folios 157 a 159, ib.

6. Que en nueva visita de revisión que hicieron los miembros del Comité de Cafetería siguieron encontrando irregularidades en la prestación del servicio por parte del contratista, como: almacenamiento de alimentos descompuestos, incumplimiento del personal en el uso de los correspondientes tapabocas y gorros, etc.

“(…)

11. Que el día 20 de agosto de 1998 la doctora Lucia Castro de Navarro presentó el informe realizado por el Laboratorio de Nutrición, en el cual se detectaron fallas en cuanto a una muestra de arroz con pollo tomada en la fecha, que presentaba inconsistencias en cuanto al gramaje y las cantidades de nutrientes ofrecidas por la contratista frente a lo contratado con el INS.

“(…)”

9.2.3 Copia de la Resolución No 0922 del 23 de diciembre de 1998¹⁸, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional de Salud, resuelve unos recursos de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución No 0849 del 23 de noviembre de 1998.

9.2.4. Copia de la Resolución No 0143 del 3 de abril de 1997¹⁹, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional de Salud, *“reglamenta la conformación y funcionamiento del Comité de Vigilancia de la Cafetería.”*

9.2.5. A folios 54 a 58 del cuaderno de pruebas No 2, aparece copia del “Acta de acuerdo de liquidación del contrato No 068 de 1998, celebrada entre el Instituto Nacional de Salud y Betty Carrillo Jiménez, celebrada el 16 de abril de 1999, - es decir con posterioridad a la declaratoria de caducidad del citado contrato - , acta que es suscrita por el Director General del Instituto, la Jefe División de Recursos Humanos, la Jefe de División Administrativa y Financiera del Instituto y por la contratista Betty Carrillo Jiménez, quien impuso en el acta la siguiente nota: “Me reservo el derecho de reclamar”.

9.2.6. A folios 59 y 61 ídem, aparecen sendas comunicaciones fechadas 8 y 19 de junio de 1998, respectivamente, suscritas por la contratista Betty Carrillo Jiménez y dirigidas a la Jefe de la División Administrativa del Instituto Nacional de Salud, en la primera comunica el mal estado de algunos equipos de cocina y en la segunda les pone en conocimiento el trato grosero que algunos funcionarios del INS le dan a sus empleados.

9.2.7. A folios 62 a 67 ídem, aparecen comunicaciones fechadas 24 y 12 de junio de 1998, suscritas por la Jefes de la División Administrativa y Financiera y la División Recursos Humanos del Instituto Nacional de Salud, dirigidas a Leonor

¹⁸ Folios 23 a 48, ib.

¹⁹ Folios 23 a 48, ib.

Puentes, Martha Suarez R, Blanca C. Pinto, Santiago Rodríguez, Freddy Hernando Salinas, quienes hacen parte de las dependencias de Bienestar Social, Imprenta y Publicaciones, Laboratorio de Virología del INS integrantes del Comité de Cafetería, en donde se les comunica de la existencia del Contrato No 68 del 29 de mayo de 1998 suscrito con la señora Betty Carrillo Jiménez, para que como integrantes del Comité de Vigilancia de la Cafetería, ejerzan la vigilancia y control del servicio prestado, con el fin de garantizar a los usuarios el buen funcionamiento del mismo, en los términos de las resoluciones 0143 y 0870, las cuales se les adjunta.

9.2.8. A folio 68 ídem, aparece comunicación fechada 2 de julio de 1998, suscrita por la Secretaria General del Instituto, dirigida a Leonor Puentes integrante del Comité de Vigilancia de la Cafetería, en donde le reitera la necesidad de hacer el seguimiento y control pertinente del contrato para el servicio de cafetería, celebrado con la firma Restaurante Ucrania Betty Carrillo.

9.2.9. A folio 69 ídem, aparece copia de la comunicación fechada 2 de julio de 1998 dirigida a la Coordinadora del Laboratorio de Nutrición, donde se consigna el informe elaborado por la doctora Vilma Fabiola Izquierdo, integrante del Grupo de Laboratorio de Nutrición del Instituto, “referente al resultado del pesaje del almuerzo ofrecido por el servicio de alimentos del INS el día 1 de julio”, en el que se anota lo siguiente: “...*Menú del día. Jugo de piña, Sopa de arroz, Sobrebarriga a la criolla, Papa chaleca, Torrijas, Ensalada de lechuga, zanahoria y jamón con mayonesa, Bocadoillo, Leche.*”

Alimento	Peso encontrado	Peso según contrato
<i>Jugo</i>	175	200
<i>Sopa</i>	360	270
<i>Carne</i>	110	150
<i>Arroz</i>	100	60
<i>Ensalada (Vegetales)</i>	90	120
<i>Papa (Farinacea)</i>	85	100
<i>Torreja (Farinacea)</i>	46	100
<i>Bocadoillo</i>	30	50
<i>Leche</i>	175	200

9.2.10. A folios 70 y 71 ídem, aparece copia de la comunicación fechada 6 de julio de 1998, suscrita por las integrantes del Comité de Vigilancia de la Cafetería, señoras Martha Suarez Rangel y Blanca C. Pinto, dirigida a la Secretaria General

del Instituto Nacional de Salud, donde se consigna “...el informe de visita a las instalaciones de la Cafetería del Instituto para el seguimiento y control al contrato celebrado con la firma Restaurante Ucrania – Betty Carrillo, la cual se llevó a cabo el viernes 03 de julio del año en curso, a las 9:45 a.m”, en la cual se dejó constancia de lo siguiente: “1. Se encontraban hojas de lechugas y una bolsa con zanahoria picada en descomposición encima del mesón donde se estaba preparando los alimentos. 2. Se halló una bolsa plástica que contenía papa cocida de días anteriores la cual estaban picando para ser utilizadas en el menú. 3. Dentro del congelador se encontró que tapan o envuelven las carnes que conservan con bolsas plásticas del Almacén Éxito. Lo cual no está permitido dentro de las normas mínimas de higiene, esto debería hacerse en papel aluminio especial para esto. 4. En otra división del congelador se encontró fruta revuelta con carnes; pescado; y presas de pollo cocido de días anteriores...6. Se nota un desaseo general en las áreas donde preparan los alimentos, cuarto de congelador y fríos y almacenamiento de víveres, en lo referente a piso, mesones y equipos de refrigeración. 7. Los desechos y basuras no son sacados inmediatamente de la cocina como el caso de una lavaza que estaba desde el día anterior. 8. Las personas que laboran allí y que deben utilizar elementos de protección para manipular alimentos como lo es el tapabocas, no lo usan.”

9.2.11. A folio 72 ídem, aparece copia de la comunicación fechada 6 de julio de 1998, suscrita por las integrantes del Comité de Vigilancia de la Cafetería, señores Santiago Rodríguez y Blanca Cecilia Pinto, dirigida a la Secretaria General del Instituto Nacional de Salud, donde se consigna lo siguiente “...La señora Lilia se encontraba picando el repollo y verduras para el suministro de la sopa junto a unos trapos sucios y en mal estado. Encontramos en el cuarto frio las mismas vasijas con salsas que en una visita anterior hecha el día viernes 3 de julio se les había autorizado que se votaran ya que se encontraban en mal estado y mal olor, no haciendo caso a esta observación. Las señoras no utilizan las caretas en ningún momento, los gorros no son utilizados adecuadamente...El congelador se encontraba desconectado con pescado, carnes y frutas en su interior. La presentación de la cocina no es la adecuada para la preparación de los alimentos ya que se encontraba en mal estado (sucio).”

9.2.12. A folio 73 ídem aparece comunicación fechada 23 de julio de 1998, suscrita por la Secretaria General del Instituto, dirigida a la Contratista Betty Carrillo – Restaurante Ucrania -, en donde le comunica que “...De acuerdo con los informes de las Visitas de Inspección realizadas por el Comité de Vigilancia de la Cafetería e informe del Laboratorio de Nutrición sobre el Pesaje del Almuerzo ofrecido por ustedes, atentamente le solicito se sirva tener en cuenta las siguientes observaciones, para que así se corrijan las deficiencias detectadas por el Comité y poder prestar un mejor servicio a los usuarios....”.

9.2.13. A folios 74 ídem aparece comunicación fechada 06 de agosto de 1998, suscrita por la Secretaria General del Instituto, dirigida a la Contratista Betty Carrillo – Restaurante Ucrania -, en donde le comunica que *“...Atentamente le solicita tener en cuenta las siguientes observaciones, para que se corrijan las deficiencias detectadas por el Comité de Vigilancia de la Cafetería en visitas realizadas a esa los días 10 y 16 de julio del presente año:*

- *Que las señoras que manipulan los alimentos ya sea en la cocina o en la barra, utilicen los elementos de protección completos.*
- *Nuevamente le solicito que no se utilicen bolsas plásticas con Logotipos de almacenes para cubrir los alimentos, estas pueden soltar pinturas y contaminarlos.*
- *No se deben guardar alimentos sobrantes del día anterior.*
- *Es importante que los alimentos que se adquieran para el consumo, como la zanahoria se encuentren en buen estado.”*

9.2.14. A folios 75 y 76 ídem, aparecen sendas comunicaciones fechadas el 10 de agosto de 1998, respectivamente, suscritas por la contratista Betty Carrillo Jiménez y dirigidas a la Secretaria General y al Jefe de Servicios Generales del Instituto Nacional de Salud, en la primera hace las siguientes consideraciones:

- *“...La envoltura de las carnes que se dejan en el congelador ha sido reemplazada por plástico transparente adecuado para la conservación de alimentos.*

“(...)”

- *“En cuanto a las porciones estamos haciendo un pesaje periódicamente para no incurrir en fallas...”.*
- *“También aprovecho esta oportunidad para contarle que el comité de cafetería está cumpliendo a cabalidad con su labor ya que está realizando visitas casi a diario...”.*

En la segunda comunicación informa *“que se han efectuado unas reuniones con el Comité de Cafetería, Salud Ocupacional e Invima y han visto la necesidad de hacer algunas reparaciones:....”.*

9.2.15. A folios 78 y 79 ídem, aparece copia del informe de visita al Restaurante de fecha 10 y 16 de julio respectivamente, realizadas por las señoras Martha Suarez y Leonor Puentes.

9.2.16. A folio 80 ídem, aparece fotocopia de menús con fechas del 21 al 24 de julio de 1998. .

9.2.17. A folios 81 a 86 y 94 a 99 del cuaderno de pruebas No 3, aparece el informe enviado por la Jefe de División Laboratorio de Alimentos y Bebidas a la Secretaria General de INS, encontrando que el examen realizado sobre algunas muestras de alimentos el 6 de julio de 1998, microbiológicamente Satisfactorias.

9.2.18. A folio 87 ídem, es visible oficio enviado por la Secretaria General al Comité de Vigilancia de la Cafetería, solicitándole una visita a dicha instalación.

9.2.19. A folios 88 ídem, Oficio enviado por la Jefe División Administrativa y Financiera a la señora Betty Carrillo dándole respuesta al oficio del 10 de agosto de 1998, en el sentido de señalarle que el procedimiento a seguir es el establecido en el literal f) de la cláusula Vigésima Primera del contrato 68 de 1998.

9.2.20. A folio 88 ídem, oficio enviado por la Coordinadora Laboratorio de Nutrición Subdirección de Investigaciones y Desarrollo a la Secretaria General, haciéndole llegar el concepto del menú que se ofreció el 20 de agosto de 1998.

9.2.21. A folios 90 a 92 ídem, oficio de 21 de agosto de 1998, enviando el resultado del pesaje a la Coordinadora Laboratorio de Nutrición, donde se concluye lo siguiente: *"...Las porciones de jugo, leche, dulce, carne y ensalada no corresponden a las estipuladas en el contrato, mientras que las porciones de farináceo, arroz y sopa son mayores. Las cantidades de nutrientes (grasas, carbohidratos y proteínas) ofrecidas en el menú son mayores a las recomendadas, especialmente en carbohidratos y grasas, dando que se exceda en el tamaño de las porciones ofrecidas de farináceo y aceite. Observaciones Organolépticas: hay diversidad de color, texturas y la presentación en el plato es aceptable, sin embargo es (sic) este menú el arroz presentó un arroz desagradable."*

9.2.22. A folios 93 y 94, ídem, oficio del 2 de septiembre de 1998, enviado a la señora Betty Carrillo para que tome los correctivos del caso previniéndola de que de no hacerlo así, se procederá a hacer efectivo el incumplimiento del contrato.

9.2.23. A folio 95 ídem, oficio enviado por la Secretaria General el 7 de septiembre de 1998 a los miembros del Comité convocándolos a una reunión.

9.2.24. A folios 96 a 100, ídem, copia del oficio enviado por la señora Betty Carrillo a la División Administrativa INS, refiriéndose al incidente presentado el 20 de agosto de 1998 e informando que ha contratado con un Laboratorio para que esté pendiente del control de calidad de los alimentos.

9.2.25. A folio 101 del cuaderno de pruebas, copia del oficio enviado por el Sindicato del INS –Sindess Seccional Bogotá – al Director General INS,

solicitándole la cancelación del contrato de la cafetería a raíz del incidente presentado con relación a un plato de arroz con pollo, el día 20 de agosto de 1998.

9.2.26. A folios 102 y 103, ídem, oficios del 11 y 15 de septiembre de 1998 de la Secretaria General al Comité de Vigilancia de la Cafetería.

9.2.27. A folio 104, ídem, oficio de la señora Betty Carrillo enviado a la Jefe División Administrativa poniéndola en conocimiento de lo acontecido el 9 de septiembre de 1998, con unos funcionarios de Virología, en cuanto estos hicieron caso omiso de algunas recomendaciones de higiene en esta visita.

9.2.28. A folios 105 y 106, ídem, oficio del Comité de Vigilancia de la Cafetería especificado las normas generales y básicas que se deben seguir cuando se practica inspección en la cafetería.

“(..)”

9.2.29. A folio 111, ídem, oficio de las Supervisoras del contrato enviado el 28 de septiembre de 1998 a la señora Betty Carrillo, poniéndole de manifiesto que los menús no cumplen con las condiciones expuestas en la cotización.

9.2.30. A folios 112 a 115, ídem, Oficio de la Secretaria General enviado a la señora Betty Carrillo, con copia del resultado microbiológico practicado por el Subdirector de Alimentos y Bebidas respecto de una muestra de arroz con pollo, señalando que si bien en ésta no se encontró la presencia de microorganismos patógenos que pusieran en riesgo la salud, si se evidenció la existencia de un gran número de microorganismos coliformes y/o de microorganismos mesófilos, que indican una manipulación inadecuada de dicho alimento, que si bien no produjo intoxicación, puso en riesgo la salud del consumidor y recomendó el sellamiento de espacios por los que puedan ingresar plagas a la cocina, entre otras recomendaciones.

9.2.31. A folios 131 y 132, ídem, oficio enviado el 9 de octubre de 1998 por la Jefe de la División Administrativa a la señora Betty Carrillo, poniéndola en conocimiento de la mala presentación del servicio de restaurante, advirtiéndole que de no mejorar la situación se procederá a la terminación del contrato o declarar la caducidad del mismo.

“(..)”

9.2.32.- A folios 145 y 146, ídem y 44 c. 3, copia del oficio dirigido el 18 de noviembre de 1998 por la Jefe División Administrativa y Financiera a la señora Betty Carrillo, dándole a conocer el concepto del doctor Jaime Eduardo Ortiz, Coordinador Red Laboratorio de Salud Ambiental, señalando que *“...la incidencia de un ambiente contaminado en los alimentos puede ser crítica si estos no se encuentran bien protegidos o refrigerados.”*

9.2.33. A folios 156 a 178 del cuaderno de pruebas n° 2, aparecen los testimonios rendidos por los señores: Liliana Franco Mora, Juan Bautista Cuevas Cuevas, Jaime Iván Suaza Carrillo, Myriam Celina Puentes Gonzales, Gladys Mora Serrano, María Teresa Martínez y Nancy Cuervo., quienes al referirse a los hechos objeto de controversia, se destacan los siguientes testimonios: el rendido por el señor Jaime Iván Suaza Carrillo, quien en apartes de su declaración dijo lo siguiente:

“...PREGUNTADO: Sírvase manifestar a este despacho todo cuanto sepa y le conste con relación a los tratos de parte del Comité de Cafetería a los empleados del contratista, la forma de ejecución del contrato, la relación de la administración con la contratista y demás hechos que tiendan a establecer la veracidad de los hechos que sirvieron de fundamento a la declaratoria de caducidad por parte de la entidad contratante del contrato 068 de 1998...” CONTESTÓ: *En primera instancia el asunto por el cual estamos aquí es relacionado al mal trato que ellos tenía con nosotros. Eran muy poco éticos, nada de dignidad por la imagen de otra persona, hay ciertas personas del Comité de Cafetería que tenía una actitud muy agresiva como de rencor o de desprecio, ellos jamás estaban satisfechos con nada, uno pudo haber dado caviar y jamás habría sido bien recibido, porque en general, al común de la gente le parecía bueno el servicio, a ello jamás le parecía optimo y aunque eran las cantidades establecidas en el contrato, siempre pensaban que no era lo adecuado...*PREGUNTADO: *Indíquenos si usted estuvo presente personalmente en las visitas que hacia el Comité de Vigilancia a inspeccionar las labores desarrolladas por ustedes, y de ser cierto, que procedimiento utilizaban estos señores para realizar dicho control.* CONTESTÓ: *Si estuve presente. Ellos iban todo el tiempo con las batas que utilizan en su sitio de trabajo, no era suficiente con que miraran, tocaban todo, olían todo...El señor Santiago Rodríguez era parte del Comité, trabajaba en virología, allá reciben todas las pruebas de virus incluso Sida y él no tenía precaución al manipular los alimentos. En cierta ocasión lo invitamos a lavarse las manos con jabón quirúrgico y se puso furioso...*PREGUNTADO: *Manifieste al despacho si usted estuvo presente personal y directamente el día del incidente relacionado con un arroz con pollo en estado de descomposición...*CONTESTÓ: *Si estuve presente. Quiero aclarar que ese producto no puso en peligro la vida de ninguna persona porque en primer lugar más del 90 por ciento de los usuarios ya habían consumido el producto en mención, yo mismo había comido eso y además según una comunicación del Dr. Tomás Fernando García, dice que eso no representa ningún peligro para la salud pública este procedimiento”.*

Por su parte, la declarante MYRIAM CELINA PUENTES GONZALES, dijo lo siguiente: *“...PREGUNTADO: Sírvase manifestar a este despacho todo lo que le conste acerca de la forma de ejecución del contrato No 068 de 1998...*

CONTESTÓ: Me consta que el INS convocó una licitación para realizar un contrato para suministrar los almuerzos a los funcionarios del Instituto con derecho a subsidio de alimentación. Esa licitación se declaró desierta y el INS, hizo una invitación a varias firmas...al estudiar las propuestas, realizó el contrato con la señora Betty Carrillo de Restaurante Ucrania. Las supervisoras del contrato éramos las Jefes de División Administrativa y yo como Jefe de Recursos humanos, con la participación de Secretaría General, porque estas dos dependencias dependen de Secretaría General y adicionalmente Secretaría maneja la parte administrativa del Instituto. Durante la ejecución del contrato los requerimientos que se le hicieron a la señora Betty Carrillo fueron verbales y escritos y todos referidos a las condiciones del contrato, que era respecto a la cantidad, calidad y el servicio en general con el que se comprometió. Adicionalmente existía un Comité de Cafetería que también ejercía funciones de vigilancia del servicio. Antes de que se declarara la caducidad se hicieron muchas reuniones en Secretaría General para requerir a doña Betty sobre las quejas y fallas del servicio. En este estado de la diligencia interroga la apoderada de la entidad demandada: PREGUNTADO: Informe al despacho quien tomaba las muestras de los alimentos proporcionados en los menús que ofrecía la señora Betty Carrillo Restaurante Ucrania, para efectuar los análisis en relación con su cantidad y calidad. CONTESTÓ: Las muestras las tomó la Subdirección de alimentos del INVIMA y el laboratorio de Nutrición del INS. Porque se consideraba que eran las personas idóneas para evaluar técnicamente las muestras. Esas pruebas se tomaron en varias oportunidades y los resultados se le comunicaron siempre a la contratista. PREGUNTADO: Sírvase informar en presencia de quien eran tomadas las respectivas muestras y si los resultados de los análisis eran puestos en conocimiento de la contratista. CONTESTÓ: Las muestras se tomaban directamente en cafetería, se hacía previamente solicitud al INVIMA y al Laboratorio de Nutrición, y ellos la hacía en presencia del responsable de cafetería, los laboratorios realizaban los análisis y entregaban los resultados. Como le dije ya, los resultados siempre se le dieron a conocer a la contratista por parte de los supervisores del contrato y pidiéndole que se tomaran los correctivos para darle cumplimiento al contrato...PREGUNTADO: Manifieste al despacho si usted conocía que los miembros del Comité de Cafetería tomaran muestras para efectuar los análisis o por el contrario ello era realizado por otra dependencia. CONTESTÓ: Las muestras para análisis las tomaban los funcionarios del INVIMA y del Laboratorio de Nutrición del INS. Esas muestras y sus resultados fueron los que se tuvieron en cuenta para reportarle a la contratista y son los que aparecieron como rechazados para el consumo humano, se le dieron a conocer a ella y oficialmente reconoce el Instituto...”.

9.3. Caso concreto

La Sala comienza por precisar que las obligaciones contraídas en un negocio jurídico, las partes quedan forzadas a cumplir lo pactado en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.

Lo anterior no tiene por qué variarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones.

En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la parte actora alega que en este caso se estaría violando la legalidad del acto jurídico, al considerar que el Instituto (i) previo a la declaratoria de caducidad del contrato se ha debido adelantar un procedimiento, como lo exigen los artículos 3, 14, 28, 34 y 35 del C.C.A, pues nunca se le permitió conocer y controvertir las acusaciones de la administración, vulnerándole su derecho al debido proceso; (ii) Igualmente dice, que tal decisión fue expedida con desviación de poder desconociendo lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1994, porque las motivaciones de las resoluciones no fueron claras, específicas y concretas, conteniendo simples afirmaciones genéricas, en razón a que la parte actora nunca realizó hechos u omisiones graves que afectaran la ejecución del contrato, puesto que la misma se realizó de manera continua, constante e ininterrumpida, por lo que no debió decretarse la caducidad del contrato y finalmente anota que (iii) las resoluciones fueron expedidas con falsa motivación, en cuanto no consultan, con exactitud y precisión, la veracidad y realidad de las situaciones de hecho sucedidas alrededor del vínculo contractual en estudio, ya que no corresponden a la situación que argumentó el Instituto, ya que falseó la realidad de los hechos infringiendo con ello los principios de legalidad, lealtad, finalidad e imparcialidad.

Es claro que la Sección Tercera de esta Corporación, tiene sentado en materia de debido proceso, lo siguiente: **“...c) 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, proscribire 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. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que “Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”.

Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé- que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”¹. De otro lado, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir “... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...”¹. Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública.

Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:

“Como quiera que el cargo formulado por la demandante se concreta en la ausencia de una oportunidad para conocer las razones de incumplimiento alegadas por la entidad contratante para poder justificarlas, lo cual en su criterio respondía a una defensa adecuada y necesaria para la expedición del acto, el punto central de análisis por parte de la Sala será determinar si es suficiente la expedición de un acto debidamente motivado como lo señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, antes de la expedición del acto debe agotarse un procedimiento administrativo concreto que garantice el derecho de defensa y el debido proceso.

(...)

“De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos 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 (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **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 por la actuación pública.

(...)

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

“La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. **En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta.** Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes

previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.

“Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.”

Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008¹, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de

conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

“(…)

e) El derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” también rige en la contratación estatal.

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege.

En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional.

f) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero se requiere hacer dos precisiones. De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es conditio sine qua non de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: “En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.” (Sentencia T-011 de 1993)

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. protege, incluso, a las personas que pudieran

afectarse con la decisión¹, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte.

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

g) El derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” tiene innegable aceptación en materia contractual.

En realidad se trata de dos garantías. Una consiste en que la publicidad de todos los actos y las actuaciones constituye la regla general del procedimiento. En este sentido, la publicidad garantiza al implicado –contratista, aseguradora, oferente, etc.- el acceso a la información –lo que es obvio-; pero, además, ampara a cualquier persona que desee acceder a ella, aún durante el trámite del procedimiento.

El derecho a que la actuación se adelante y decida en un tiempo prudente es la otra garantía que tiene protección en la contratación estatal, y exige de la administración la adopción de decisiones no sólo correctas sino también oportunas.

“(…)”²⁰

Sin embargo, en el sub lite de manera alguna puede hablarse de violación al debido proceso. Las pruebas traídas al expediente, que hemos relacionado en otro aparte de esta sentencia, demuestran todo lo contrario: (i) que la Contratista siempre estuvo enterada de las visitas que practicaba el Comité de Vigilancia en las instalaciones donde se preparaban los alimentos, pues al momento de practicarse la inspección siempre estaba presente el empleado suyo encargado de la Cafetería; (ii) que siempre se le enteró de los resultados de los exámenes de laboratorios practicados, y siempre se le requirió previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, para que tomara los correctivos del caso.

Las pruebas allegadas al expediente, tanto documentales, como testimoniales, lo que acreditan fehacientemente, es que la Contratista incumplió con sus obligaciones en algún momento de la ejecución del contrato No 68 de 1998, así se

²⁰ Sentencia de octubre 19 de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082). M.P. Enrique Gil Botero.

demuestra con las pruebas que hemos relacionado especialmente en el acápite de hechos probados, numerales 9.2.6., 9.2.9., 9.2.10., 9.2.11., 9.2.12., 9.2.21., en los que se consignan los informes de visitas e inspecciones realizadas *por el Comité de Vigilancia de la Cafetería e informe del Laboratorio de Nutrición, a las instalaciones en donde se preparan los alimentos objeto del contrato 68, encontrándose diferencias en el Pesaje del Almuerzo ofrecido por la contratista y el realmente consignado en el contrato, entre otras observaciones; hechos que son puestos en conocimiento en distintas oportunidades a la contratista Betty Carrillo a fin que corrigiese las deficiencias detectadas por el Comité y así poder prestar un mejor servicio a los usuarios.*

Por lo que está claro, tal como ya se anotó en párrafos precedentes, que la contratista Betty Carrillo Jiménez, siempre estuvo enterada de las visitas que practicaba el Comité de Vigilancia en las instalaciones donde se preparaban los alimentos, pues al momento de practicarse la inspección siempre estaba presente un empleado suyo encargado de la Cafetería; igualmente siempre fue enterada de los resultados de los exámenes de laboratorios practicados, y previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, fue requerida en distintas oportunidades por el Instituto, para que adoptara los correctivos del caso, tal como se demuestra con lo consignado en los numerales 9.2.13., 9.2.22., 9.2.27., 9.2.29., 9.2.30., de hechos probados.

En efecto: A folios 74 ídem aparece comunicación fechada 06 de agosto de 1998, suscrita por la Secretaria General del Instituto, dirigida a la Contratista Betty Carrillo – Restaurante Ucrania -, en donde le comunica que “...*Atentamente le solicita tener en cuenta las siguientes observaciones, para que se corrijan las deficiencias detectadas por el Comité de Vigilancia de la Cafetería en visitas realizadas a esa los días 10 y 16 de julio del presente año:*

- *Que las señoras que manipulan los alimentos ya sea en la cocina o en la barra, utilicen los elementos de protección completos.*
- *Nuevamente le solicito que no se utilicen bolsas plásticas con Logotipos de almacenes para cubrir los alimentos, estas pueden soltar pinturas y contaminarlos.*
- *No se deben guardar alimentos sobrantes del día anterior.*
- *Es importante que los alimentos que se adquieran para el consumo, como la zanahoria se encuentren en buen estado.”*

En otras palabras, la entidad demandada no actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. Es decir, la contratista no fue sorprendida con la caducidad, y posterior liquidación del contrato, sin que

hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta. Como se indicó, a la contratista Betty Carrillo Jiménez, se le advirtió en distintas oportunidades sobre las consecuencias de su proceder, en cuanto el Instituto a través del Comité de Vigilancia de la Cafetería, le dio a conocer los diferentes factores que constituían incumplimiento en la ejecución del objeto del contrato 68 de 1998, tales como: requerimientos, apremios por desaseo y mala preparación de los alimentos, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual se demuestra que la declaratoria de caducidad no fue intempestiva.

Es más, la contratista reconoce claramente los hechos que se le imputan, y para tratar de mitigar el impacto que ellos causan, contrata un análisis microbiológico de ambiente con la firma Adcontrol Laboratorio Especializado, empresa especializada en exámenes químicos, alimentos y aguas – capacitación, realizando análisis sobre dos muestras de ambientes en cocina y comedor, las cuales son rechazadas, al presentar recuento alto de hongos y levaduras que sobrepasan los límites aceptados y que las posibles causas es que el personal que asiste puede traer de la calle microorganismos, la humedad propia del ambiente que favorece el crecimiento de estos y no tener buenos sistemas de fumigación de ambientes.

De otra parte la actora también cuestionó la facultad que tenía el Instituto de “ordenar a personas ajenas al Comité de Vigilancia la toma de muestras, fuera de ello. Afirma que “la orden la da una funcionaria que no tiene delegación en el contrato, es decir, es ajena a él”, - refiriéndose en este caso a la Secretaria General -, olvidando el recurrente, que las supervisoras del contrato eran las Jefes de División Administrativa y la Jefe de Recursos humanos, dependencias que hacen parte de la Secretaría General del Instituto, y adicionalmente Secretaría maneja la parte administrativa del Instituto, tal como lo expuso una de los declarantes en este proceso.

De igual manera, no es acertado afirmar que personas ajenas al Comité de Vigilancia tomara las muestras, porque las funciones de este Comité, como el Comité de Cafetería, era ejercer funciones de vigilancia en la prestación del servicio, a fin de que se cumplieran las condiciones del contrato y es evidente, que tales funcionarios no estaban facultados para tomar muestras de microorganismos, por lo que esa función se le encargó a unos organismos especializados en esa materia, como lo eran la Subdirección de alimentos del INVIMA y el laboratorio de Nutrición del Instituto Nacional de Salud, que por su especialidad garantizaban el resultado de las muestras tomadas y “eran las personas idóneas para evaluar técnicamente las muestras”. Esas pruebas se tomaron en varias oportunidades y los resultados se le comunicaron siempre a la contratista, tal como se ha demostrado claramente a lo largo del proceso.

En conclusión, el Instituto Nacional de Salud declaró la caducidad del contrato 68 de 1998 y consecuencialmente su liquidación, existiendo fundadas razones para hacerlo, porque de la lectura que se hace de las razones de hecho y de derecho que lo justificaban, está en consonancia con el interés general que lo autorizaba para que obrara de esa manera., por lo que no hay duda que el Instituto actuó de conformidad con la ley para adoptar las decisiones que aquí se cuestionan, sin que la parte actora hubiese desvirtuado la legalidad de las resoluciones demandadas.

Finalmente, quiere precisar la Sala que el otro argumento válido para desestimar las pretensiones de la demanda es el hecho que a folios 54 a 58 del cuaderno de pruebas No 2, aparece copia del “Acta de acuerdo de liquidación del contrato No 068 de 1998, celebrada entre el Instituto Nacional de Salud y Betty Carrillo Jiménez, celebrada el 16 de abril de 1999, - con posterioridad a la declaratoria de caducidad del citado contrato -, acta que es suscrita por el Director General del Instituto, la Jefe División de Recursos Humanos, la Jefe de División Administrativa y Financiera del Instituto y por la contratista Betty Carrillo Jiménez, quien impuso en el acta la siguiente nota: **“Me reservo el derecho de reclamar”**”.

La Jurisprudencia de la Sección Tercera ha sido reiterativa en determinar que la liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente comercial o convencional.

“(…)

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter estatal, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causales previstas bien sea en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás²¹, que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral podría ser enjuiciado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Al respecto ha sostenido lo siguiente:

“(…) se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; Exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

*bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento.*²²

Ahora bien, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad²³, pero únicamente respecto de los temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. Sobre el tema la Sala ha dicho lo siguiente:

“Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía, NUNCA PODRA pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer”.

“(…)

“Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

También en Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10608, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, esta Corporación había sostenido lo siguiente:

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo”.

²³ En la actualidad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, el contratista particular tiene derecho a dejar las constancias a que haya lugar. Según el inciso final de esta norma: *“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.*

circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firmen de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores.”²⁴

Bajo las orientaciones de la Jurisprudencia de esta Corporación conviene precisar que la acción contractual que se promueva en relación con diferencias surgidas de un negocio jurídico que previamente ha sido objeto de liquidación bilateral o voluntaria, por acuerdo entre las partes, en principio, únicamente puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la respectiva liquidación final del contrato, con fundamento en las siguientes razones²⁵:...”.

Así pues, las salvedades que se consignent en el acta de liquidación tendrán como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio hubieren quedado pendientes o impagadas durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formula alguna de las partes del contrato, la Jurisprudencia de esta Corporación ha advertido “(...) que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz.”²⁶. La Jurisprudencia de la Sala ha precisado el asunto en los siguientes términos:

“(...) para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (...). Ahora bien, la constancia

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁵ Sobre este tema ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 6 de 2005, Expediente 14.113., C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11689, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...). Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación comercial –bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.²⁷

Como ha precisado la Sala, ha de entenderse que la exigencia de que en el acta de liquidación bilateral se consignen de manera clara y concreta las salvedades u objeciones -como presupuesto del *petitum* de una eventual demanda- hace referencia a aquellos hechos o situaciones que se conocían o que, razonablemente, se podían conocer al momento de suscribir el acta, toda vez que tal exigencia no se presenta cuando se trata de formular reclamaciones respecto de circunstancias posteriores, desconocidas o imposibles de conocer al momento de suscribir el acta; así lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación:

“No obstante la anterior tesis, que sin duda tiene sentada y consolidada esta Sala, en el caso concreto no tiene aplicación ni incidencia, y menos puede constituir el fundamento de la decisión, puesto que, según se precisará en esta ocasión, las observaciones que procede realizar en el acta son aquellas que reflejan el estado en que quedan las partes, luego de la ejecución del contrato y que se derivan del mismo.

“Lo anterior porque no puede perderse de vista que la causa de las reclamaciones del contratista surgieron con posterioridad a la ejecución del contrato, e incluso a

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 14.113. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Desde tiempo atrás la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido esta posición. Así, en Sentencia del 16 de octubre de 1980, Expediente 1960, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, afirmó lo siguiente: *“Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado (...). Como se ve, la Administración liquida, luego de la presentación de ciertos documentos por el contratista y aún sin éstos, de oficio; y a éste no le quedan sino estas salidas: a) firmar en señal de aceptación, sin reclamos u observaciones. Aquí el acta será definitiva y no podrá impugnarse jurisdiccionalmente; b) firmar con salvedades o reclamos que se pueden hacer en el mismo texto del acta de liquidación o en escrito separado; y c) negarse a firmar, precisamente por tener reparos. En las dos hipótesis precedentes el desacuerdo (...) podrá impugnarse judicialmente.”.*

la firma del acta de liquidación, de tal manera que, en la práctica era imposible que el actor consignara observaciones relativas a situaciones que ni siquiera se habían presentado, esto es, las relativas a la negativa del Departamento a recibir la maquinaria usada para la explotación del material, lo cual, como es obvio, debía ocurrir luego de agotarse el objeto contractual.

“En este orden de ideas, es correcto afirmar, como lo ha hecho esta Sala, que:

“i) Para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia de procedibilidad de la acción contractual es exigible también del Estado, no sólo del contratista.

“Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable. Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar para el momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de manera clara y libre.

“Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta.

“Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, pues si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constando que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos.

“Del mismo modo aplica la solución si la situación es la inversa. Es decir, sirviéndose del caso concreto, si el contratista recibe un daño del Estado, por un hecho posterior al acta de liquidación bilateral, debe permitírsele

reclamarlo. De lo contrario se negaría silenciosamente el derecho de acceso a la administración de justicia. Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera?

“Otra cosa sería si en este proceso el contratista reclamara el pago de arrendamiento de un predio y de los salarios del celador que cuidaba la máquina, por un período anterior al acta de liquidación, evento en el cual el contratista debió dejar constando este hecho en el acta. Sin embargo, en el caso concreto se reclama por el período subsiguiente a dicha fecha, porque el Departamento no recibió la maquinaria, y esto no se lo esperaba el contratista, según su versión de los hechos.

“ii) De otro lado, si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio.

“No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de manera que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste.

“iii) Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.

“En conclusión, aplicadas las anteriores ideas al caso concreto, le asiste la razón al recurrente por cuanto este no podía ser el motivo por el cual a quo negara las súplicas de la demanda. Por el contrario, sí era posible demandar como se hizo, de manera que la Sala revocará la decisión, por las razones expuestas.”²⁸

Ahora bien, resulta importante aclarar en esta ocasión, como anteriormente lo ha hecho la Sala, que las observaciones o salvedades a la liquidación bilateral no se constituyen en un requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, pero sí resultan ser un presupuesto de orden material en el

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, Expediente 16850, M.P. Enrique Gil Botero.

marco de la legitimación en la causa por activa, en orden a lograr la prosperidad de las pretensiones²⁹; -al respecto ha sostenido la Corporación:

“Sin alterar la validez de la Jurisprudencia citada, es importante aclarar que la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y, en este caso, la ley no ha señalado las salvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción; se trata entonces de un presupuesto de orden material, dentro del marco de la legitimación en la causa por activa, el cual incide de manera directa y puntual en la prosperidad de las pretensiones formuladas.

“Así pues, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben liquidaciones bilaterales, la posibilidad de que prosperen las pretensiones formuladas está condicionada por la suscripción del acta respectiva con observaciones o salvedades, las cuales deberán identificar claramente la disconformidad para con el respectivo texto; en el evento en el cual sólo se formulen observaciones genéricas, que no identifiquen claramente la reclamación, sin bien será posible formular la respectiva demanda, ora Contencioso Administrativa ora arbitral, no será posible que la jurisdicción resuelva favorablemente las pretensiones.”³⁰

En este orden de ideas, se concluye que la actora incumplió con la carga procesal de la prueba que estaba a su cargo, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según la cual *“...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*, noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable³¹, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

10. Condena en costas.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de marzo de 2011, Expediente 16246, M.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 20 de 2009, Expediente 16976, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de inicio, que le indica a las partes la autoresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...”. PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág. 242. Y Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike. 1982, pág. 147.

No hay condena en costas a la parte actora, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que aquella hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B" el 30 de julio de 2002, mediante la cual se declararon infundadas las excepciones planteadas y se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Reconózcase a la doctora Ángela Liliana Albarracín Cárdenas, identificada con la cédula de ciudadanía No 52.059.139 expedida en Bogotá y portadora de la T.P. No 72.094 del C. S. de la J., como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos y para los efectos a que alude la sustitución que se adjunta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ