

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / ASEGURADORA - Acto administrativo que declara un siniestro / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA UN SINIESTRO - Contractual / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA UN SINIESTRO - Postcontractual / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA UN SINIESTRO - Ejecución del negocio jurídico / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA UN SINIESTRO - Acción procedente / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedente / ACCION PROCEDENTE - Contractual / ACCION CONTRACTUAL - Procedencia / ACCION PROCEDENTE - Reiteración jurisprudencial

La posibilidad que tiene la compañía de seguros de demandar el acto administrativo que declara la ocurrencia de un siniestro ha sido considerada en varias ocasiones, en los últimos años, por la Sección Tercera. La conclusión a la que llegará en este proceso será la misma que se viene sosteniendo, esto es, que la acción que se debe ejercer es la contractual, no la de nulidad y restablecimiento del derecho, con la consecuencia que esto tiene sobre diversos aspectos del proceso, muy particularmente lo relativo a la caducidad de la acción. (...) Y es que la decisión administrativa que declara el siniestro bien puede ser contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo. En esta medida, el acto termina siendo contractual, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico, y concretamente de una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aún después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías. (...) En conclusión, en el caso sub examine la acción a ejercer debió ser la contractual, pero pese a que se ejerció otra, esto no afecta la posibilidad de tramitar el proceso, en aplicación del principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, teniendo en cuenta que el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y el de la acción que correspondía es el mismo, es decir, el ordinario – art. 206 y ss. CCA.-, y que las pretensiones formuladas en este proceso se ajustan perfectamente a las de la acción relativa a las controversias contractuales.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 206 Y SS

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial. Consultar sentencia de 10 de mayo de 2001, expediente número 13347 Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, reiterada en sentencia de 20 de septiembre de 2001, expediente número 14582

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / ACCION CONTRACTUAL - Derecho fundamental del debido proceso / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Aplicación / ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS - Aplicación del derecho fundamental al debido proceso / CAMPO DE APLICACION AL DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL - Precedente jurisprudencial / PROCESO SANCIONATORIO CONTRACTUAL - Unicamente la ley puede regularlo

Para el actor la actuación de la administración vulneró el derecho al debido proceso contemplado en los arts. 29 CP. y 3, 28 y 35 del CCA., porque no se realizó un procedimiento “regular”, ni se garantizó el derecho a ser oído y a defenderse oportunamente. Además, la única prueba con que se declaró el siniestro fue la practicada por la entidad estatal –con miembros de la organización militar-, sin su presencia, de manera que el contratista no tuvo la oportunidad de

presentar descargos y dar explicaciones. Sobre este aspecto la Sala ha considerado, cada vez con más decisión y argumentos, que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales también están regidas por el derecho fundamental al debido proceso –art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho. En una sentencia reciente, esta Corporación sostuvo -con ponencia de quien en este proceso ejerce la misma labor- que el debido proceso tiene el siguiente campo de aplicación en materia contractual –providencia de junio 23 de 2010, exp. 16.367-, y que se citará in extenso por la pertinencia para el caso concreto. (...) recientemente concluyó esta Sala, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo -sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero-: (...) En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas. (...) es indiscutible que el debido proceso también aplicaba a la actuación que adelantó la administración para declarar el siniestro de la póliza.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 3 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 28 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 35 / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 87

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial. Consultar sentencia 23 de 2010, expediente número 16.367. Sobre el tema procedimiento sancionatorio contractual y su regulación mediante la ley, ver sentencia de 14 de abril de 2010, expediente número 36054

DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO - Ley 1437 de 2011 / DERECHO FUNDAMENTAL DEL DEBIDO PROCESO - Aplicación

Ahora bien, vale la pena destacar que al poco tiempo de proferirse esta providencia se expidió el nuevo Código Contencioso Administrativo –ley 1.437 de 2011-, que inspirado en la Constitución Política, y en el lamento general que demandaba la actualización del procedimiento administrativo al derecho fundamental al debido proceso, dispuso en el art. 3 que, efectivamente, debían considerarse todos los principios en dichas actuaciones. (...) la nueva normativa, que entrará a regir el 2 de julio de 2012 –art. 308-, pone el ordenamiento jurídico administrativo a tono con la Constitución Política, concretamente en lo que tiene que ver con las actuaciones ante la administración, porque la reivindicación del art. 29 CP., convertido en principio rector de estos procedimientos, marca un hito en el tratamiento legal de la materia. Incluso, la no reformatio in pejus, de más difícil aceptación y adaptación por parte de la administración, y también de la jurisprudencia, ha sido ratificada en esta norma, para evitar dudas al respecto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 3. NUMERAL 1

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / CONTRATISTA - Participación en el procedimiento administrativo / DERECHO A LA DEFENSA - Reiteración jurisprudencial / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Violación. No procede / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Derecho subjetivo / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Su transgresión debe ser invocada por el titular / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Reiteración jurisprudencial

Un aspecto que cuestionó el actor tiene que ver con el hecho de que al contratista no se le hizo parte de la actuación administrativa que condujo a la declaración del siniestro. Concretamente, considera que no se le informó de la existencia del procedimiento y menos de la práctica de las pruebas técnicas con fundamento en las cuales se declaró que las granadas no cumplían las exigencias de calidad mínima para ser manipuladas con seguridad. (...) la Sala no compartirá la posición planteada por el actor, por las siguientes razones: De un lado, porque el derecho que aduce violado no es el debido proceso suyo, sino el del contratista, y la Sala entiende que por tratarse de un derecho subjetivo, característico de los derechos fundamentales, su trasgresión debe ser invocada por el titular, en este caso la sociedad extranjera contratante. En este horizonte, no es posible discutir la validez de un acto administrativo por violación al derecho al debido proceso de otro sujeto de la actuación administrativa, cuando este no es quien impugna la decisión. (...) Aunque el anterior criterio es suficiente para desestimar el primer cargo de nulidad, en todo caso -y sólo en gracia de discusión- tampoco sería cierto que INDUMIL no haya informado al contratista de la existencia del procedimiento que conduciría a la declaración del siniestro.

NOTA DE RELATORIA: Derecho a la defensa y al debido proceso del contratista. Reiteración jurisprudencial. Consultar sentencia de 23 de junio de 2010, expediente número 16367; auto de 24 de septiembre de 1998, expediente número 14821; auto de 24 de julio de 2003, expediente número 18091, sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente número 18394

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / RECURSO DE REPOSICION - Parte actora / COMPAÑIA DE SEGUROS - Notificación / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Vulneración / VULNERACION AL DEBIDO PROCESO - Recurso de reposición / DERECHO SUSTANCIAL - Prevalece sobre el procedimental / RECURSO DE REPOSICION - Rechazo / RECHAZO DEL RECURSO DE REPOSICION - No se indicó dirección de la compañía de seguros / RECHAZO DEL RECURSO DE REPOSICION - Ausencia de requisito formal

Se debe analizar otro aspecto cuestionado por el recurrente, en relación con la vulneración al debido proceso: el rechazo del recurso de reposición, por parte de INDUMIL, aduciendo que el impugnante no indicó la dirección de las oficinas de la compañía de seguros, teniendo en cuenta que el artículo 52 CCA. lo exige y que el art. 53 del mismo estatuto establece que de no cumplirse los requisitos del artículo anterior se rechazará el recurso. La Sala considera, en forma coincidente con el Ministerio Público, que la decisión de INDUMIL vulneró el derecho al debido proceso, porque la resolución número 007 del 18 de enero de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, por infringir normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse. Dos argumentos apoyan este criterio. De un lado, la aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el

procedimental –art. 228 CP.-, que exige otorgarle preeminencia al derecho constitucional al debido proceso sobre la disposición del CCA. que establece que este requisito debe satisfacerlo el recurso, so pena de su rechazo. En efecto, una interpretación exegética, como la que adoptó la entidad, repulsa al ordenamiento jurídico, porque es desproporcionado que una simple exigencia formal dé al traste con un derecho de mayor rango, sacrificándolo injustificadamente. (...) La Sala llama la atención sobre la circunstancia de que un derecho fundamental, como el debido proceso, no puede sujetarse a lecturas tan limitadas y exegéticas de la ley, porque subordinan las garantías ciudadanas mínimas a los textos legales preconstitucionales, que tuvieron un contexto restringido de creación. (...) la trasgresión de este derecho, en materia administrativa, no tiene un rango menor ni una importancia reducida en comparación con todos otros derechos humanos – con este rigor debe verse hoy en día-, cuya afectación exige de una intervención protectora inmediata, capaz de reparar o de inhibir cualquier poder que lo afecta o haya disminuido, para reparar el daño y ejemplarizar a la autoridad responsable. Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la resolución No. 249 de 1992 -impugnada por el actor mediante el recurso de reposición-, ordenó en su artículo tercero de la parte resolutive notificar a la Compañía de Seguro Generales de Colombia SA. la declaración del siniestro que allí se adoptó, y luego, en la parte motiva de la resolución No. 007 de 1993, se expuso que, efectivamente, la aseguradora fue notificada, de donde colige esta Subsección que es incomprensible que INDUMIL, al resolver el recurso de reposición, lo negara aduciendo que no se indicó la dirección de la sociedad aseguradora.

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / RECURSO DE REPOSICION - Rechazo / DERECHO A IMPUGNAR DECISION DESFAVORABLE - Vulneración / INDUMIL - Transgresión del artículo 10 del Código Contencioso Administrativo / DERECHO A LA DEFENSA - Vulneración / PRUEBAS - Derecho a presentarlas. Vulneración / PRUEBAS - Derecho a solicitarlas. Vulneración / PRUEBAS - Derecho a contradecirlas. Vulneración / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Vulneración

INDUMIL tenía en su poder la póliza de cumplimiento que siniestró, y en la cual se encuentra impresa la dirección y el teléfono de la aseguradora, de manera que no era necesario aportar estos datos -con el recurso de reposición-, porque la administración los sabía o podía conocer, sin mayor esfuerzo. En estos términos, INDUMIL también trasgredió el inciso segundo del art. 10 del CCA., según el cual “Los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad”, norma que reprodujo luego el decreto-ley 2.150 de 1995 – estatuto antitrámites-, modificada años después por la ley 962 de 2005, pero que en esencia mantiene el mandato que desde 1984 había incorporado el primer artículo citado: la prohibición de pedir la información que la administración tiene en su poder, y puede obtener buscando en sus archivos. Definido lo anterior, al romperse surge la conclusión de que la demandada violó el derecho al debido proceso del actor, representado bajo la figura de tres de sus principios integrantes: i) el derecho a impugnar la decisión desfavorable; ii) el derecho de defensa y iii) el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertir las allegadas en su contra. (...) Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada (...) la Sala también concluye que la misma actuación administrativa vulneró el derecho a presentar pruebas y a solicitar y controvertir las allegadas en su contra, porque con el recurso se aportaron medios documentales y también se solicitó un peritazgo, con los cuales el interesado esperaba convencer a INDUMIL de la posición que sostendría el –no

se olvide que sólo desde allí iba a ser escuchado-. En ninguna otra ocasión del procedimiento la compañía de seguros tuvo esta oportunidad, de ahí el celo con que debe valorarse el rechazo fútil del recurso de reposición que ejercitaba esta garantía del debido proceso.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2.150 DE 1995. ESTATUTO ANTITRAMITES / LEY 962 DE 2005 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 10. INCISO 2

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / RECURSO DE REPOSICION - Rechazo / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IN NATURA - Noción / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IN NATURA - Procedencia

La orden que debería impartirse a INDUMIL es que admita el recurso de reposición y que lo resuelva, decisión que sería perfecta e ideal, porque el restablecimiento del derecho in natura consistiría en permitir la impugnación de la decisión administrativa inicial, claro, de no ser porque han pasado muchos años desde que ocurrieron los hechos sub iudice. En definitiva, si no fuera por la incidencia negativa que el tiempo produce sobre los procesos tramitados ante esta jurisdicción, sería la solución ideal, pero hoy no se advierte de esa manera. En efecto, a estas alturas se trataría de una decisión injustificada e inadmisibles para las partes, porque el paso del tiempo exige una decisión judicial firme y seria, que no constituya una burla a los derechos de quienes litigan, porque de ordenarse algo así acontecería que la administración tendría que resolver el recurso apenas ahora, con la eventualidad de que si confirma la decisión se iniciaría de nuevo -y muy próximamente-, un proceso judicial por estos mismos hechos.

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / RECURSO DE REPOSICION - Rechazo / ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO - Noción / ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO - Se deben demandar todos los actos / INEPTA DEMANDA - Configuración / ACTUACION DE LA ADMINISTRACION - Viciada de nulidad / NULIDAD - Configuración

El acto definitivo a que se alude no es otro que la decisión inicial –es decir, la que es objeto de los recursos-; pero también puede serlo ésta más la que resuelve los recursos efectivamente interpuestos. En este orden, resulta determinante lo que establece el inciso tercero del art. 138 CCA.: “Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.” En estos términos, surge el denominado acto administrativo complejo, constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión, uno de cuyos ejemplos -no el único- es la decisión que se integra por los actos que se expiden con ocasión de la vía gubernativa. Por esta razón es que la norma acabada de citar dispone que cuando una decisión se integra por varios actos administrativos, se deben demandar todos, so pena de que la demanda sea inepta. Aplicadas estas ideas al caso concreto, se encuentra que la afectación a los derechos de defensa, impugnación de la decisión condenatoria y controversia probatoria –art. 29 CP.- le impidió al actor cuestionar la decisión inicial, viciando de nulidad la actuación administrativa, y esto conduce a declarar la nulidad de las resoluciones No. 249 de 1992 y No. 007 de 1993, porque ambas se integran en una misma voluntad, porque recogen las actuaciones y los actos de trámite que desarrollaron el procedimiento administrativo, además de que por sí mismas adoptaron decisiones independientes pero pertenecientes al mismo trámite. Esta

decisión es forzosa e inevitable, porque a la jurisdicción de lo contencioso administrativo se le encomendó -según se expuso antes- la tarea de controlar, a través de los actos definitivos, la legalidad de toda la actuación surtida, encontrándose, precisamente, severas violaciones al derecho fundamental al debido proceso, que sólo conducen a la declaración de nulidad de la decisión, a falta, según también se indicó, de una alternativa de protección que no fuera más insidiosa de los derechos de las partes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 138. INCISO 3

INDUMIL - Suministro de granadas / INDUMIL - Acto administrativo que declara un siniestro / RECURSO DE REPOSICION - Rechazo / NULIDAD - Procedencia / NULIDAD - Violación al debido proceso / NULIDAD - Declaratoria / POLIZA - Cobro. Improcedencia

Para la Sala no pasará desapercibido que el “simple rechazo” de un recurso de la vía gubernativa, que por motivos baladíes fue desechado -rindiéndoselo culto a la forma sobre la sustancia (art. 228 CP.)-, merece el máximo reproche que el control judicial puede ejercer -la nulidad de la decisión-, sin que sea menester desorientarse pensando en que posiblemente la administración tenía razón en la decisión de fondo, porque es claro, desde hace siglos, que no basta tener la razón para que el Estado pueda actuar de cualquier manera cuando declara los derechos y menos si impone cargas u obligaciones. (...) En otros términos, no le es dable al juez administrativo abstenerse de corregir una situación claramente ilegal que compromete al debido proceso, en un caso concreto, pensando en que en esa situación el actor carece del derecho sustantivo de fondo para su protección. Una actitud semejante no haría más que legitimar, a largo plazo, y para cualquier evento, también concreto y futuro, todo género de violaciones al derecho al debido proceso por parte del Estado. (...) En estos términos, la Sala considera que los actos son nulos porque se violó el derecho al debido proceso del actor, quien por cierto tampoco fue hecho parte en la actuación administrativa previa, pese a que el CCA. exige vincular a todo aquél que pueda resultar afectado con una decisión administrativa –art. 28 CCA.-. Como consecuencia de esta decisión, y a título de restablecimiento del derecho -en los términos de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda-, la Industria Militar no podrá cobrar al actor el monto de la póliza, y en caso de haberlo hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia debe reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., marzo treinta (30) de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08569-01(20917)

Actor: LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES S A

Demandado : INDUSTRIA MILITAR

Referencia: CONTRACTUAL

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de marzo de 2001, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Se advierte que la Subsección fallará el proceso, sin consideración al orden de turno para sentencia, en virtud de la prelación decretada por la Sección Tercera, según auto que obra de folios 677 a 680 del cdno. ppal.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La Compañía de Seguros Generales de Colombia SA., presentó demanda contra la Industria Militar-INDUMIL, que es una empresa industrial y comercial del Estado, y lo hizo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: Declarar nula e inaplicable la resolución 249 de 25 de noviembre de 1992 emanada del Gerente General de la Industria Militar, mediante la cual se declaró la realización de los riesgos que ampara la póliza No. 14-11-53 7614 expedida por la sociedad que represento y ordenó hacer efectiva la garantía correspondiente, por haber infringido normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse.

“SEGUNDO: Declarar nula e inaplicable la resolución número 007 de dieciocho (18) de enero de 1993 mediante la cual se rechazaron los recursos de reposición interpuestos contra la anterior, por haber infringido normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse.

“TERCERO: Declarar en consecuencia que debe restablecerse el derecho de mi poderdante afectado con los mencionados actos y que, en consecuencia, no hay lugar a ordenar el pago por parte de La Nacional Compañía de Seguros Generales SA. de suma de dinero o suma alguna con base en la póliza de seguro de cumplimiento distinguida con el No. 14-11-53 7614.

“CUARTO: Declarar que la Industria Militar debe devolver a La Nacional Compañía de Seguros Generales SA. cualquier suma de

dinero que se haya visto obligada a desembolsar con base en cualquiera de las resoluciones impugnadas mencionadas en los numerales anteriores, o para caucionar o garantizar el pago de las obligaciones impuestas por las mismas.

“QUINTO: Que la Industria Militar debe asimismo indemnizar a La Nacional Compañía de Seguros Generales SA. por todos los perjuicios que le haya causado la expedición irregular de las resoluciones Nos. 249 de 25 de noviembre de 1992 y 007 de 18 de enero de 1993 respectivamente, según ellos sean demostrados dentro de incidente posterior.” (fls. 2 a 3, cdno. 1) –fls. 22 a 23, cdno. 2-

Para justificar estas pretensiones el actor indicó que entre la Industria Militar – empresa industrial y comercial del Estado- y la sociedad extranjera denominada United Scientific Instruments Ltda. –representada en Colombia por la sociedad Servicios Múltiples de Comercio Exterior-SECOMEX LTDA.- se celebró el contrato No. 5-098/91, cuyo objeto fue el suministro de 20.836 (sic) granadas de 60 mm.

Antes de suscribir este documento la entidad hizo una solicitud de cotización, señalando las calidades del producto que requería, y en respuesta la sociedad extranjera emitió una oferta –contenida en la comunicación del 8 de julio de 1991-, con indicación de las características técnicas ofrecidas. Destacó que el material con que estaba construida la granada era en hierro forjado, que la seguridad de la boca sería la Standard, así como también se describieron las características de la espoleta.

En el contrato se pactó que debían hacerse las pruebas técnicas correspondientes, de manera previa a la recepción del material bélico, y que las unidades que tuvieran defectos serían reemplazadas por el vendedor. Esas pruebas se realizaron en Corea, en presencia de personal del ejército de Colombia, y fueron satisfactorias. El material, finalmente, se entregó el 27 de enero de 1992, a satisfacción de INDUMIL. Además, el contratista hizo entrega a la entidad, en cumplimiento del contrato, de una póliza de cumplimiento, que incluía el amparo de “buena calidad” de las granadas, equivalente al 50% del valor de la compra. Ésta se tomó con la parte actora, esto es, con La Nacional Compañía de Seguros Generales SA.

En el mes de junio de 1992 –es decir, casi 6 meses después de la entrega de las granadas-, la Industria Militar hizo nuevas pruebas al material recibido -sin presencia del contratista-, porque sospechaba que tenía defectos. Estos ensayos

fueron diferentes a los realizados en Corea –test de impermeabilidad, de golpeteo y de tamboreo-, y arrojaron resultados insatisfactorios, que se comunicaron al contratista el 13 de agosto de 1992. Advierte que estas pruebas fueron irregulares, desde el punto de vista técnico -lo cual explica con detalle en la demanda-. Además, el *test* de impermeabilidad era improcedente, porque esa calidad del producto no se propuso en la oferta de contrato. Del mismo modo, el material de las granadas se ofreció en hierro forjado y no en hierro fundido, de manera que no se trata de un defecto del producto.

Por estas razones, y apoyado en la prueba técnica indicada, la Industria Militar expidió la resolución No. 249, del 25 de noviembre de 1992, por medio de la cual declaró la ocurrencia del riesgo amparado por calidad del producto, y ordenó liquidar el contrato. En particular, dispuso que las granadas tenían fallas funcionales, de eficacia y de calidad.

Contra esta resolución la compañía de seguros interpuso el recurso de reposición, pero fue rechazado porque no se indicó la dirección de la sociedad recurrente. El actor calificó esto de inadmisibile, sobre todo porque en el cuerpo de la póliza se encontraba este dato, y porque “... tan sólo dos (2) días después de proferida la resolución que decidió el recurso, la Industria Militar se hizo presente en las oficinas de La Nacional Compañía de Seguros Generales SA... para practicar la notificación...” –fl. 6, cdno. 2-, y luego lo hizo para solicitar el pago de la póliza. Para el actor, estos hechos violaron los siguientes derechos y normas:

a) El art. 29 CP. y los arts. 3, 28 y 35 CCA., en relación con el debido proceso, porque no se realizó un procedimiento “regular”, ni se garantizó el derecho a ser oído y a defenderse oportunamente. Además, la única prueba que sustentó la declaración del siniestro fue la practicada unilateralmente por la entidad –con miembros de la organización militar-, sin su presencia, de manera que el contratista no tuvo la oportunidad de presentar descargos y dar explicaciones –fls. 7 a 8, cdno. 2-.

Más adelante agregó –fls. 15 a 16- que el rechazo del recurso de reposición, por razones injustificadas y adjetivas –como fue la ausencia de la dirección del recurrente-, también vulneró este derecho, porque hizo imposible la defensa y contradicción por parte de los afectados.

b) Se vulneraron los arts. 1494 y 1602 CC., el art. 2 CP. y el art. 2 CCA. La aseguradora considera que no existen los defectos de calidad de las granadas, como lo declaró la entidad estatal, y que el contratista entregó los productos acordados en el contrato, incluso previa verificación de su calidad mediante pruebas realizadas en Corea -país de origen de estos-, en presencia de funcionarios del ejército colombiano, desconociendo que el contrato es ley para las partes y que el Estado debe proteger a todas las personas.

c) Se desconocieron las cláusulas primera, tercera y décima novena del contrato de suministro, porque las fallas técnicas detectadas no guardan relación con las especificaciones acordadas en el contrato.

d) También se quebrantaron los arts. 913, 931, 939 y 940 del Co. de Co. Estas normas exigen, en caso de defecto de un producto, que los peritos determinen la existencia de la mala calidad del mismo, y el monto del perjuicio.

De igual modo, INDUMIL olvidó que la suma asegurada de la póliza es un límite hipotético y no un monto del cual se pueda apropiarse como suma única que tenga que pagar la aseguradora. Además, la determinación del valor de los perjuicios no le corresponde a las entidades estatales sino a los jueces, según lo han sostenido los tribunales de justicia –fl. 10-.

e) Así mismo, se desconocieron los arts. 831 y 1.088 del Co. de Co., y el art. 8 de la ley 153 de 1887. Muy relacionado con el argumento anterior, reiteró el actor que la responsabilidad por el amparo de buen funcionamiento no le permite al asegurado enriquecerse sin causa, cobrando una suma que excede el daño causado, sobre todo porque es posible que una buena parte de las granadas fueron usadas con éxito, de modo que no se puede aspirar al amparo del 50% del valor del contrato.

f) Se dejaron de lado el art. 1.110 del Co. de Co. y las cláusulas 5 y 11 del contrato de seguro. Reiteró que la póliza cubre una suma límite o tope máximo, y no constituye un valor al que se tenga derecho por la sola ocurrencia del siniestro. Pero agregó que el art. 1.110 del Co. de Co. contempla la obligación alternativa, en favor de la aseguradora, de optar por el pago de una suma de dinero o reponer los bienes defectuosos, y la entidad no respetó este derecho de escoger.

g) No se observaron los arts. 60, 72 y 287 del CCA. La entidad dispuso en la resolución demandada que se debía liquidar el contrato, lo cual viola las normas indicadas, porque esto no es posible hacerlo cuando ha vencido éste –fl. 13-. Además, allí también se declaró el incumplimiento del mismo, porque no otra cosa significa esa decisión, lo que también es ilegal porque las entidades estatales no gozan de este poder cuando ha vencido el plazo de ejecución del negocio.

h) Finalmente, se desconocieron la cláusula 4 de la póliza, y los arts. 1.494 y 1.602 CC. La póliza tuvo vigencia entre el 25 de enero de 1992 y el 25 de enero de 1993. Para esta última fecha no estaba ejecutoriada la decisión administrativa demandada, de manera que la declaración del siniestro quedó fuera del plazo de cobertura de la póliza, lo que hace ilegal la decisión.

2. Contestación de la demanda

2.1. La *Industria Militar-INDUMIL* aceptó que celebró el contrato de suministro de las granadas calibre 60 mm. para mortero, pero precisó que la cantidad fueron 28.836.

Agregó que la oferta sí fue recibida por la entidad, pero que era muy pobre en la información técnica. Además, se pactó en el contrato que en caso de que el material no tuviera la calidad acordada se debía reponer por parte del vendedor. También manifestó que las pruebas realizadas en Corea obedecieron a presiones del contratista, pues INDUMIL siempre exigió que se hicieran en Colombia, a lo que se opuso el vendedor extranjero.

Destacó que en EEUU se discontinuó el uso de la “espoleta” con que se fabricaron las granadas –referencia PDM-525-. Además, la circunstancia de que se hubieran hecho pruebas técnicas en Corea no significa que el comprador no pudiera, con posterioridad, advertir problemas de funcionamiento, como los que se encontraron cuando las mismas se realizaron en Colombia. También indicó que el ejército, no INDUMIL, fue quien tuvo la iniciativa de hacer el análisis técnico, justificado en dos accidentes letales ocurridos al personal que portaba el material de guerra.

Sobre las pruebas mismas, señaló que resultaron negativas, por la mala calidad de las granadas, y que la entidad estuvo dispuesta a realizar otras, pero no fue posible la concurrencia del contratista.

Sobre el recurso de reposición que interpuso el actor, en contra de la resolución No. 249 de 1992, que declaró el siniestro, ratifica que el art. 53 del CCA. dispone que la ausencia de algunos requisitos –como la dirección del recurrente- genera el rechazo del mismo. A esa norma se atuvo la entidad.

Finalmente, propuso la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, porque el recurso de reposición que interpuso la compañía de seguros se rechazó por no cumplir los requisitos legales.

2.2. La *sociedad United Scientific Instruments Ltda.*, representada en Colombia por la sociedad Servicios Múltiples de Comercio Exterior-SECOMEX LTDA., fue notificada por intermedio de esta última, pero no contestó la demanda.

No obstante, se advierte que en memorial del 29 de julio de 1993 SECOMEX anunció que desde el 12 de marzo de ese mismo año dejó de representar a la sociedad extranjera –fls. 173 a 174, cdno. 1-, según carta que en tal sentido anexó al proceso. Por esta razón, interpuso recurso de reposición y solicitó revocar el auto que admitió la demanda, en la medida en que también ordenó notificarla a la empresa extranjera, por conducto de SECOMEX LTDA., cuando es claro que ya no la podía representar.

El tribunal, mediante auto de septiembre 2 de 1993, negó esta solicitud –fls. 191 a 194, cdno. 1-, porque la revocación de la representación en Colombia no cumplía las exigencias del Co de Co. No empece a esto, mediante memorial de marzo 15 de 2000 la empresa reiteró aquella comunicación –fl. 497, cdno. 1-.

4. Alegatos

4.1. La parte actora reiteró –incluso transcribió- buena parte de los argumentos expuestos en la demanda.

Agregó que la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa no debía prosperar, porque el recurso de reposición no es obligatorio para que se configure ese fenómeno –fls. 479 a 481, cdno. 1-.

En relación con el peritazgo practicado, expresó que después de todas las dificultades que se presentaron para hallar una entidad que realizara un trabajo tan complejo, la institución finalmente encargada de ello –la Escuela de Ingenieros Militares- resultó que tiene una estrecha relación con la parte demandada y eso lo desconocía cuando aceptó esa designación. Pero, además, resulta que la Escuela le impidió asistir a la práctica de la prueba, porque le informaron la fecha con muy pocos días de anticipación, además de que se realizó en un lugar lejano de Bogotá.

Finalmente, agregó que el resultado de la misma tampoco acredita los desperfectos de las granadas, porque lo que entregó el contratista estaba acorde con las especificaciones técnicas del contrato –fls. 471 a 496, cdno. 1-.

4.2. INDUMIL reiteró que las pruebas técnicas realizadas a las granadas, en la ciudad de Seúl, con el propósito de hacer la entrega del material bélico, no impedían la posibilidad de realizar otras pruebas en Colombia, en el entendimiento de que si bien aquella resultó satisfactoria en ese momento, pasado el tiempo se debieron hacer otras, que arrojaron resultados insatisfactorios, y que dieron lugar a declarar el siniestro.

A continuación, hizo un extenso análisis del resultado técnico de los estudios, que dan cuenta de las deficiencias de las espoletas, el booster, la impermeabilidad y la eficacia de la granada, a partir de las diferentes pruebas practicadas. Recordó que, incluso, las fallas produjeron víctimas en el ejército, lo que justificó la declaración del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes adquiridos -fls. 400 a 413, cdno. 1-.

Como anexo de este memorial el apoderado aportó documentos no decretados como prueba, los cuales la Sala no tendrá en cuenta, por razones elementales de garantía del derecho al debido proceso de las partes –fls. 414 a 464-.

4.3. Ministerio Público. No presentó concepto.

5. La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El *a quo* profirió sentencia el 29 de marzo de 2001, y negó las pretensiones. Halló acreditada la celebración del contrato No. 5-098/91, cuyo objeto era la compra venta de 28.836 granadas cal. 60 mm. HE, por un valor de US\$1'154.609,60 y un plazo de entrega de 90 días. En la parte resolutive dispuso:

“Declárase no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa

“Declárase infundadas las objeciones por error grave al dictamen pericial.

“Deniéganse las pretensiones de la demanda.”

La primera decisión se fundamentó en que el recurso de reposición fue rechazado por INDUMIL, que por cierto no es obligatorio para agotar la vía gubernativa –fl. 516, cdno. Ppal.-.

De otro lado, encontró que el contratista constituyó una garantía para amparar, entre otros riesgos, la buena calidad de las granadas, por una suma equivalente al 50% del valor del contrato, con una vigencia de 12 meses contados desde la entrega del producto. También acordaron que el vendedor se comprometía a reponer las granadas defectuosas.

La entidad estatal declaró la ocurrencia del riesgo, decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición, pero fue rechazado. La declaración del siniestro obedeció a que las granadas, a juicio de INDUMIL, y con apoyo en estudios y pruebas técnicas, no eran seguras, porque se presentaron varios accidentes mortales, con personal del ejército, pues se explotaban con golpes.

En cuanto al dictamen pericial, el tribunal desestimó las objeciones por error grave que propuso la parte actora, porque si bien fue difícil encontrar en el país una institución que practicara esa prueba, debiendo designar a la Escuela de Ingenieros Militares, que tiene relaciones con la fuerzas militares, lo cierto es que el actor no objetó en su momento la designación que se hizo, consciente de las dificultades mencionadas. Definido esto, el tribunal compartió las conclusiones del perito, quien consideró que las granadas no cumplen las condiciones técnicas de funcionamiento. También declaró que la metodología empleada durante las

pruebas era la indicada, a juzgar por las recomendaciones hechas para ese tipo de productos.

En cuanto a la vulneración de los arts. 29 CP.; 3, 35, 52 y 53 CCA.; 1494 y 1602 CC.; 2 CP.; las cláusulas del contrato; los arts. 913, 931, 939, 940 y 1088 Co. de Co.; 60, 72 y 287 del decreto 222 de 1983; tampoco los consideró vulnerados, aunque no dio mayor explicación de esa conclusión, limitándose a hacer la cita de estas normas. De esta manera, concluyó que las decisiones administrativas tienen suficiente respaldo probatorio, que da cuenta de la mala calidad de las granadas – fl. 531, cdno. ppal.- y por ende justificó la declaración del siniestro, para hacer efectiva la póliza por el valor indicado en la resolución.

6. El recurso de apelación

Lo interpuso la parte actora -fls. 542 a 566, cdno. ppal.-. Al empezar su extenso escrito hizo referencia a la violación de las normas comerciales sobre el seguro, que establecen que una póliza no puede ser causa de enriquecimiento, y que el monto asegurado es el límite máximo por el cual responde una compañía de seguros, pero INDUMIL pretende apropiarse de toda la suma asegurada –fls. 543 penúltimo párrafo, 544 párrafo segundo y 547 párrafos segundo y cuarto-.

Recordó que a la práctica de las pruebas hechas a las granadas, por parte de INDUMIL, no se citó al contratista –fl. 548, primer párrafo-. Además, los ensayos fueron diferentes a los practicados en Corea –impermeabilidad, golpeteo, tamboreo-, y arrojaron resultados insatisfactorios. Advirtió que también fueron irregulares, desde el punto de vista técnico, explicando con gran detalle este aspecto de ingeniería militar. Incluso, agregó que el *test* de impermeabilidad no era procedente, porque esa calidad del producto no se ofreció en la oferta de contrato. Así mismo, manifestó que el material del cual estaban hechas las granadas se ofreció en hierro forjado y no en hierro fundido, de manera que no se trata de un defecto del producto.

En resumen, considera que los hechos descritos violaron los siguientes derechos y normas –en este lugar se reiteró la demanda y los alegatos de conclusión de primera instancia-:

a) El art. 29 CP. y los arts. 3, 28 y 35 del CCA., en relación con el debido proceso, porque no se realizó un procedimiento “regular”, ni se garantizó el derecho a ser oído y a defenderse oportunamente. Además, la única prueba con que se declaró el siniestro fue la practicada por la entidad estatal –con miembros de la organización militar-, sin su presencia, de allí que el contratista no tuvo la oportunidad de presentar descargos y dar explicaciones.

Agregó que el rechazo del recurso de reposición, por razones injustificadas y adjetivas –la ausencia de la dirección del recurrente, violando los arts. 52 y 53 CCA.-, también vulneró este derecho, porque hizo imposible la defensa y contradicción de los afectados.

b) Los arts. 1494 y 1602 del CC., el art. 2 CP. y el art. 2 del CCA., así como varias cláusulas del contrato. Considera que no existen los defectos de calidad que declaró la entidad estatal, y que el contratista entregó los productos acordados en el contrato –cláusula tercera y oferta del contrato-, incluso previa verificación de su calidad mediante pruebas realizadas en Corea -país de origen de estos-, en presencia de funcionarios del ejército colombiano, desconociendo que el negocio jurídico es ley para las partes y que el Estado debe proteger a las personas.

c) Los arts. 913, 931, 939 y 940 del Co. de Co. Estas normas exigen, en caso de defecto de un producto, que intervengan peritos para determinar la mala calidad del mismo y el monto del perjuicio.

De igual manera, la entidad olvidó que la suma asegurada de la póliza es un límite hipotético y no una suma de la cual se pueda apropiar. Además, la posibilidad de establecer el monto de los perjuicios no es competencia de la entidad estatal sino del juez, como lo han sostenido los tribunales de justicia.

e) Los arts. 831 y 1088 del Co. de Co., cláusula sexta del contrato –parágrafo-, y 8 de la ley 153 de 1887. Relacionado con el aspecto anterior, reitera que la responsabilidad por el amparo de buen funcionamiento no permite al asegurado enriquecerse sin causa, cobrando una suma que excede el daño causado, sobre todo porque es posible que una buena parte de las granadas se hayan usado con éxito, de modo que no es posible aspirar al pago del 50% del valor del contrato.

f) El art. 1.110 del Co. de Co. y las cláusulas 5 y 11 del contrato de seguro. En este lugar insistió en que la póliza cubre una suma límite, y no constituye un valor al que se tenga derecho por la sola ocurrencia de un siniestro. Agregó que el art. 1.110 del Co. de Co. contempla una obligación alternativa, en favor de la aseguradora, de optar por el pago de una suma de dinero o de reponer los bienes defectuosos y la entidad no respetó este derecho.

g) Los arts. 60, 72 y 287 del decreto 222 de 1983. La entidad dispuso en la resolución demandada que se debía liquidar el contrato, lo cual viola las normas indicadas, porque esto no es posible hacerlo cuando ha vencido el contrato. Además, allí también se declaró el incumplimiento del mismo, porque no otra cosa significa esa decisión, lo que también es ilegal porque las entidades estatales no gozan de este poder cuando ha vencido el plazo de ejecución.

h) La cláusula 4 de la póliza, y los arts. 1.494 y 1.602 del CC. La garantía estuvo vigente entre el 25 de enero de 1992 y el 25 de enero de 1993. Para esta última fecha no estaba ejecutoriada la decisión administrativa demandada, de manera que la declaración del siniestro quedó por fuera del plazo de cobertura, lo que hace ilegal la decisión.

Sobre el dictamen pericial, asunto sobre el cual introdujo un argumento distinto al de la demanda, manifestó que el tribunal no lo analizó con seriedad, sino en forma ligera. Además, la prueba la realizó una institución muy cercada al Ministerio de la Defensa, que además impidió la participación en su práctica, porque los citó intempestivamente y a un lugar lejano de Bogotá.

También puso en duda si las granadas usadas en el experticio fueron las vendidas a INDUMIL, si sus condiciones de almacenamiento eran las indicadas y si las pruebas técnicas practicadas fueron correctas –fls. 553 a 554, cdno. ppal.-. Por esto solicita que el resultado no se tenga en cuenta. Además, señaló que “la entidad demandada... tiene indefectiblemente la carga de probar esos defectos de calidad, y la de hacerlo con medios de prueba...” –fl. 554-

Concluyó señalando que las granadas tenían la calidad acordada en el contrato y que eso se debe mantener, en observancia de los arts. 1494 y 1602 CC. –fl. 566-

7. Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

7.1. La parte actora No intervino en esta etapa del proceso, salvo para señalar que se remitía a lo alegado en el recurso de apelación –fl. 571, cdno. ppal-.

7.2. INDUMIL presentó un extenso alegato, pero reiteró la posición asumida en las distintas intervenciones que ha tenido a lo largo del proceso, aunque hizo una defensa especial sobre el resultado del peritazgo -fls. 573 a 587, cdno. ppal.-.

7.3. Concepto del Ministerio Público. Solicitó que se confirme la decisión, porque el *a quo* acertó en el análisis del incumplimiento por parte del contratista, en relación con la calidad de las granadas. Se apoyó en las siguientes razones:

De un lado, porque el perjuicio para la entidad está acreditado, por la mala calidad de todas las granadas, de allí que declarar que el amparo cubre el límite máximo asegurado no es desproporcionado sino ajustado a la realidad. Incluso, entiende que no cubre la totalidad de los perjuicios, sino la mitad. En estos términos, también descarta la inconformidad del recurrente con un posible enriquecimiento sin causa.

De otro lado, consideró que la defensa basada en el hecho de que el contratista entregó las granadas a satisfacción de la entidad no exime al vendedor de entregar bienes de buena calidad, lo que no se demostró en este proceso; por el contrario, se acreditó que no funcionaban bien.

En tercer lugar, sobre las pruebas unilaterales con las cuales INDUMIL detectó las falencias y el alcance de las fallas, echó de menos que el actor no probara estas afirmaciones, limitándose a alegarlas. En el mismo sentido, defendió el peritazgo practicado en este proceso por la Escuela de Ingenieros Militares, porque era la única institución que podía realizar la prueba técnica, y porque el actor no objetó la designación de esa institución. De esta manera, concluyó que no demostró que los actos demandados fueran ilegales.

En cuarto lugar, sobre el rechazo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 249 de 1992, por parte de INDUMIL, estuvo de acuerdo con que se trató de un error de la entidad, quien sí conocía la dirección del recurrente. No

obstante, cree que esto no produce la nulidad de los actos administrativos, porque no afectaban la decisión inicial.

En *quinto lugar*, y sobre la prueba pericial practicada por la Escuela de Ingenieros Militares, señaló que es válida porque INDUMIL es una entidad descentralizada distinta a dicha institución, aunque tenga nexos con las fuerzas militares. Y en relación con la misma descartó que se practicara a espaldas del contratista, quien no asistió pese a ser convocado para ello –fl. 12, cdno. ppal.-.

En *sexto lugar*, también admitió la violación al debido proceso, porque SECOMEX LTDA. sí fue convocado al procedimiento, dándole copia de los resultados de las pruebas técnicas practicadas por INDUMIL.

En *séptimo lugar*, sobre la violación a algunas cláusulas del contrato, consideró que tampoco ocurrió, porque no es cierto que primero se tuviera que pedir al comprador que repusiera las granadas, pues para eso se constituye la póliza de buen funcionamiento de los bienes adquiridos, así que se podía declarar el siniestro.

En *octavo lugar*, consideró que la determinación del monto de la indemnización tampoco fue arbitrario, porque el siniestro se presentó y el valor fue correctamente determinado por INDUMIL, quien podía hacerlo, según lo autorizan las normas vigentes sobre amparos a favor de las entidades estatales –fl. 608-.

Finalmente, concluyó que también es posible que las entidades estatales declaren el siniestro, aún por fuera del plazo de ejecución del contrato. No obstante, en el caso concreto, incluso la conducta omisiva del actor fue la que impidió que la notificación de la resolución No. 007 de enero 18 de 1993 se hiciera dentro del plazo de vigencia de la póliza –fl. 609, cdno. ppal.-.

CONSIDERACIONES

El problema propuesto por el impugnante cuestiona la legalidad de las decisiones administrativas de INDUMIL que declararon la ocurrencia de un siniestro, cuestionando su validez con diversos argumentos que la Sala pasará a estudiar. Se advierte que la sentencia impugnada será revocada, previo el estudio de los siguientes aspectos: i) análisis sobre la acción procedente para que una compañía

de seguros demande el acto administrativo que declara un siniestro, ii) lo probado en el proceso, iii) la jurisprudencia sobre el campo de aplicación del derecho fundamental al debido proceso, y iv) el caso concreto.

1. La acción ejercida por la compañía de seguros, para demandar el acto administrativo que declara un siniestro.

La posibilidad que tiene la compañía de seguros de demandar el acto administrativo que declara la ocurrencia de un siniestro ha sido considerada en varias ocasiones, en los últimos años, por la Sección Tercera. La conclusión a la que llegará en este proceso será la misma que se viene sosteniendo, esto es, que la acción que se debe ejercer es la contractual, no la de nulidad y restablecimiento del derecho, con la consecuencia que esto tiene sobre diversos aspectos del proceso, muy particularmente lo relativo a la caducidad de la acción.

Se resalta este tópico, porque el *a quo* y el actor dieron por hecho que la acción ejercida para atacar los actos administrativos enjuiciados era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando no es así, por las razones que pasan a exponerse.

Y es que la decisión administrativa que declara el siniestro bien puede ser contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo. En esta medida, el acto termina siendo contractual, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico, y concretamente de una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aún después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías. En esta línea de pensamiento, se expresó en el 2001 que “A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectiva las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo

mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el contratista de la obra y la compañía de seguros. En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato¹.”

Y en sentencia posterior se indicó que “Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato.

“De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993², norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 13347 M. P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. 14582.

² La norma prescribe lo siguiente” ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

“PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”. (negrillas de la Sala)

es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.”³

En conclusión, en el caso *sub examine* la acción a ejercer debió ser la contractual, pero pese a que se ejerció otra, esto no afecta la posibilidad de tramitar el proceso, en aplicación del principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, teniendo en cuenta que el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y el de la acción que correspondía es el mismo, es decir, el ordinario –art. 206 y ss. CCA.-, y que las pretensiones formuladas en este proceso se ajustan perfectamente a las de la acción relativa a las controversias contractuales.

2. Lo probado en el proceso

Definido lo anterior, se analizará –antes de avanzar en el estudio teórico del tema, y luego en el del caso concreto- lo que está probado en el proceso, destacando por ahora las pruebas que estrictamente interesan para la decisión. En tal sentido, se encuentra acreditado, con pruebas valorables en los términos de los arts. 252 y ss. CPC.:

a) Que entre INDUMIL y United Scientific Instruments Ltda. –representada en Colombia por la sociedad Servicios Múltiples de Comercio Exterior-SECOMEX LTDA.- se celebró el contrato No. 5-098/91, cuyo objeto fue el suministro de 20.836 (sic) granadas de 60 mm. –fls. 40 a 49, cdno. 1-

³ Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667. También se expresó en esta providencia que “Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

“Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato.”

b) Que el contratista hizo entrega de las granadas, previa verificación técnica efectuada en Corea.

c) Que se presentaron varios accidentes letales con personal del ejército, con la manipulación de las granadas compradas a distintos proveedores internacionales, entre ellos las adquiridas con fundamento en el anterior contrato –fls. 245, 265, cdno. de pruebas-.

d) Lo anterior dio lugar a que INDUMIL ordenara la realización de unas pruebas técnicas a las granadas, con el fin de determinar que tan seguras y de buena calidad eran -fls. 245, 246 a 248, 249, 265, cdno. de pruebas-.

e) Como consecuencia de lo anterior, la Industria Militar expidió la resolución No. 249, del 25 de noviembre de 1992, por medio de la cual declaró la ocurrencia del riesgo amparado por calidad del producto, y ordenó liquidar el contrato. En particular, dispuso que las granadas tenían fallas funcionales, de eficacia y de calidad –fls. 51 a 53, cdno. 1-.

f) Contra esta decisión el actor interpuso el recurso de reposición, pero fue rechazado por la entidad, mediante la resolución No. 007 de 1993, porque no se indicó la dirección del recurrente –fls. 54 a 56, cdno. 1-.

3. Reiteración jurisprudencial sobre el campo de aplicación del derecho fundamental al debido proceso en materia contractual.

Para el actor la actuación de la administración vulneró el derecho al debido proceso contemplado en los arts. 29 CP. y 3, 28 y 35 del CCA., porque no se realizó un procedimiento “regular”, ni se garantizó el derecho a ser oído y a defenderse oportunamente. Además, la única prueba con que se declaró el siniestro fue la practicada por la entidad estatal –con miembros de la organización militar-, sin su presencia, de manera que el contratista no tuvo la oportunidad de presentar descargos y dar explicaciones.

Sobre este aspecto la Sala ha considerado, cada vez con más decisión y argumentos, que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales

también están regidas por el derecho fundamental al debido proceso –art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho.

En una sentencia reciente, esta Corporación sostuvo -con ponencia de quien en este proceso ejerce la misma labor- que el debido proceso tiene el siguiente campo de aplicación en materia contractual –providencia de junio 23 de 2010, exp. 16.367-, y que se citará *in extenso* por la pertinencia para el caso concreto: “Descendiendo de la teoría general al procedimiento contractual estatal, se encuentra que esta área del derecho administrativo no ha sido ajena a la situación descrita. De hecho, aquí tienden a mantenerse las mismas etapas y épocas indicadas, como por ejemplo: la negación implícita del debido proceso, pues antes de 1991 sólo regían los derechos que introdujo el CCA., que no eran suficientes para hablar de un *debido proceso administrativo* en esa época, sino únicamente de un *procedimiento administrativo*, inspirado en los principios del art. 3 CCA.⁴,

⁴ Dispone el inciso primero del art. 3 “PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.”

Comentando la complementación que se da entre los arts. 29 CP. y 3 CCA., pero sumado al efecto que produce el art. 209 CP., la Sección Tercera analizó el tema en la sentencia de 10 de noviembre de 2005 –exp. 14.157- indicando que: “No obstante lo anterior, lo cierto es que el CCA no desarrolló –como tampoco lo hicieron el común de las normas que establecieron procedimientos administrativos especiales- toda la riqueza principialística que contiene el derecho fundamental al debido proceso, pues dejó de lado buena parte de los derechos que lo integran y la regulación se concentró, básicamente, en los siguientes aspectos: los principios rectores de los procedimientos administrativos –art. 3 CCA-, el procedimiento administrativo, el derecho de defensa y la impugnación de las decisiones; quedando por fuera muchos otros que, si bien no fueron negados, tampoco fueron afirmados. Tal es el caso de los derechos a la preexistencia de ley al acto que se imputa y a las sanciones imponibles, el *non bis in idem*, la *no reformatio in pejus*, el principio de la favorabilidad, entre otros.

“Por lo mismo, se debe reconocer que los procedimientos administrativos han resultado no sólo enriquecidos por el artículo 29 constitucional, sino también por el 209, el cual estableció, en el inciso primero, que ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.’

“Este listado de principios coincide, en buena parte, con el que, de antes, traía el artículo 3 del CCA, aunque el mismo fue adicionado con dos principios más: el de igualdad y el de moralidad, los cuales han agregado importantes significados a la forma como se adelantan las actuaciones administrativas.

“Este dato, unido a la expresa consagración constitucional del debido proceso, en asuntos administrativos, da cuenta de la progresión continua de este derecho, en este campo, el cual siempre requirió y demandó espacios más propicios para desarrollar la protección de los

pero no en los del debido proceso. Fue por eso que las sanciones se imponían, en veces, de plano, es decir, sin fórmula de juicio, actuando la administración con el convencimiento de que tenía la razón, y que las dudas se podían despejar a través del derecho ciudadano a interponer los recursos de la vía gubernativa. Incluso, la Corte Constitucional no fue ajena a esta actitud regresiva, porque recién expedida la Constitución expresó frente a una sanción contractual – sentencia T-565 de 1992- que: ‘Esta Corporación encuentra que en lo que hace a las actuaciones administrativas señaladas no existe violación al Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso administrativo, ya que los actos en los que se manifiesta la voluntad de la administración fueron proferidos cumpliendo las formalidades a ellos exigidas, como son las de la publicidad y la contradicción. *En efecto, al peticionario no se le ocultó la actuación y se le dió la oportunidad de ser oído y vencido en la misma por virtud del ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa y señalados por la ley.*’ (itálicas fuera de texto)

“Con el paso de los años se avanzó en las garantías exigibles, pero como aconteció en la mayoría de los procedimientos administrativos generales, la incorporación de los derechos que forman parte del debido proceso ha sido gradual: frente a unos excesivamente lenta, y frente a otros un poco más ágil. El ritmo de ese movimiento lo ha marcado la jurisprudencia de las Altas Cortes, toda vez que a veces, en forma resuelta, impone contenidos progresistas frente a lo que históricamente ha sido el derecho administrativo, pero en otras ocasiones mantiene una reserva y precaución asfixiante, so pretexto de que ciertos derechos no rigen en materia administrativa, sino tan sólo en lo penal.

“Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas

particulares, porque resultaba injustificable que, en materia judicial se garantizara el derecho de defensa, y todo lo que implica el debido proceso, mientras que, en materia administrativa esta valiosa garantía no constituyera un derecho del interesado, o, al menos, no con la claridad deseada.

“No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento debido.”

garantías del debido proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado. Sin embargo, a nivel de conclusión informada y detallada del tema, hay que precisar de qué manera y qué derechos, en concreto, se han incorporado a los procedimientos contractuales, así como también se deben identificar aquéllos sobre los cuales persisten las dudas en integrarlos a esta área del derecho.

“Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como *principio rector de la contratación estatal*. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto. Dispone este precepto:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

“Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

“Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. Se trata de un impulso que reafirma –no crea- el canon constitucional que impone la razón y el juicio en las actuaciones administrativas⁵. Visto así, surge para la contratación pública la necesidad de incrementar las garantías del debido proceso, tratando de evolucionar hacia los procedimientos más progresistas en este campo. En tal sentido, de la norma se desprenden varias ideas, que explican su contenido:

“En *primer lugar*, señala que ‘*El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales*’, de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado⁶, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.

⁵ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó la Sección Tercera que incluso la jurisprudencia ya había introducido con fuerza y determinación este derecho, al señalar que “De otra parte, es importante mencionar que la reciente reforma al estatuto de contratación pública, estableció en el primer inciso que “...[e]l debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales...”, precepto que representa un avance importante, pero que, como se vio, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y normas legales concordantes ya había sido acogido por la jurisprudencia, incluso, con mayor proyección, en la medida en que la tendencia precedente a la norma lo amplió a los procedimientos administrativos en los que se utilicen las facultades excepcionales con independencia de que fueren sancionatorias o no, lo cual se determina en cada caso concreto. **En vigencia de dicha reforma, el Consejo de Estado ya resaltó la importancia de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, en la que se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad y recordó que su correcto ejercicio exige observar los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad.**” (Negrillas fuera de texto)

⁶ En un caso en el cual un oferente no suscribió el contrato estatal adjudicado, dando lugar a que la entidad declarara la situación –generándole la inhabilidad de 5 años que contempla la ley 80 de 1993-, expuso la Corte Constitucional lo siguiente, acerca de la necesidad de respetar el debido proceso en este ámbito: “**En conclusión, tal como lo sostuvo el fallo de segunda instancia, el amparo debe concederse como medida excepcional por violación al debido proceso**, producto de haber constatado que el accionante en el proceso contractual estudiado, demostró fehacientemente haber actuado en todo momento de buena fe, y con absoluta lealtad, como que en la misma diligencia de cierre del proceso, o a más tardar el día siguiente, y cuando menos 20 días antes de la audiencia de adjudicación- (27 de julio de 2004) puso en conocimiento de la entidad contratante el yerro cometido. Además de haberse constatado el perjuicio irremediable que se concreta en una inhabilidad de 5 años que le produce, sin lugar a dudas cuantiosos perjuicios a ella y a sus numerosos empleados, amén de que no podrá contratar con el Estado durante el próximo lustro y al tenor de lo previsto en el Art. 9º de la Ley 80 de 1993 debe ceder o renunciar a todos los contratos que actualmente se encuentran en curso, los que en realidad son innumerables como puede verse en la prueba anexa No. 21 (fs. 75 a 80 cuaderno anexo).” (Negrillas fuera de texto) –sentencia T-209 de 2006-

“De hecho, no podría entenderse ni admitirse que esta garantía sólo rija en las sanciones que regula el artículo 17 –la multa y la cláusula penal-, pues constitucionalmente hablando sería injustificado. De entenderse en sentido restringido su ámbito de aplicación, se vulneraría el art. 29 de la Constitución Política, que no distingue entre las diversas actuaciones administrativas.

“En *segundo lugar*, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las *actuaciones sancionatorias* contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las *actuaciones no sancionatorias*, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de *procedimiento* es innegable⁷-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

“Para la Sala no cabe duda que el debido proceso rige en todos los procedimientos administrativos, sin importar que sean sancionatorios o no⁸. Esta

⁷ En la Licitación Pública, Julio Rodolfo Comadira contesta a la pregunta que se formula a sí mismo, acerca de si la licitación pública es un acto complejo o un procedimiento administrativo, que “... se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo; así lo entiende la doctrina, y también la jurisprudencia...” (Ed. Depalma. Buenos Aires. 2000. Págs. 2 a 3)

⁸ Del mismo criterio ha sido la Corte Constitucional, porque en muchas decisiones, entre ellas la sentencia T-149 de 2002, expresa que este derecho también se debe garantizar para definir la asignación o exclusión de un derecho aplicable a una persona: “En materia de prestaciones positivas del Estado, en desarrollo del principio de Estado social de derecho, el debido proceso administrativo cumple una función de primer orden. **Quien puede ser beneficiario de una prestación estatal no puede ser privado de la misma sino mediante una decisión respetuosa del debido proceso.**”

“Ahora bien, la Corte se pregunta si el derecho al debido proceso puede ser invocado para impedir que la administración prive a su titular de un beneficio legal que aún no ha sido reconocido a la persona. A primera vista podría pensarse que por tratarse de una mera expectativa no nos encontramos ante un interés susceptible de protección constitucional. No obstante, la exclusión injustificada de la persona y la vulneración de su derecho al debido proceso, se presenta no sólo por la privación del beneficio ya reconocido, sino también por la negación de la oportunidad procesal para obtener dicho reconocimiento, pese a encontrarse en las circunstancias descritas por la ley o el reglamento. **En efecto, cuando la persona alega que materialmente cumple con el supuesto de hecho de una norma jurídica que asigna un beneficio, la administración no puede privar a dicha persona del procedimiento debido para determinar si procede o no el reconocimiento del respectivo beneficio. Tal proceder priva ex ante a la persona del derecho al debido proceso administrativo dispuesto para decidir sobre el reconocimiento del beneficio legal, con lo que se desconocen los derechos fundamentales al debido proceso administrativo (art. 29 C.P.) y a la igualdad de trato (art. 13 inc. 1 C.P.), dada la exclusión injustificada del solicitante.**”

“El que las normas legales denominen auxilio al beneficio no le resta derechos al interesado. La denominación del beneficio tampoco lo convierte en una simple gracia del Estado cuando la reglamentación de su asignación en lugar de librarla a la mera voluntad de la administración, define

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

“En *tercer lugar*, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero ‘... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...’. La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías⁹.

precisos requisitos para determinar a partir de criterios objetivos quienes son los destinatarios del beneficio. Es lo que sucede con la reglamentación del auxilio para ancianos indigentes objeto de este proceso”. (Negrillas fuera de texto)

En esa misma línea de pensamiento se indicó en la sentencia T-525 de 2006 que: “4.2. El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, **de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos**. Es entonces la garantía consustancial e infranqueable que **debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones como establecer prerrogativas**. Si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son un mandato imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia T-796 de 2006 la Corte también admitió que en los procedimientos contractuales no sancionatorios, como la liquidación del contrato, debe aplicarse el debido proceso, en este caso en su faceta de la posibilidad de presentar pruebas y controvertirlas.

⁹ Esta norma fue reglamentada por el art. 87 del decreto 2474 de 2008, que estableció: “Artículo 87. *Procedimiento de imposición de multas*. De conformidad con el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad tiene la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato, con el fin de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

“Para la imposición de la respectiva multa, a efecto de respetar el derecho de audiencia del afectado a que se refiere el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la entidad señalará en su manual de contratación el procedimiento mínimo a seguir, en el que en todo caso se precisará el mecanismo que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa de manera previa a la imposición de la sanción, dejando constancia de todo ello en el acto administrativo de imposición.

“En todo caso, no se podrá imponer multa alguna sin que se surta el procedimiento señalado, o con posterioridad a que el contratista haya ejecutado la obligación pendiente.”

“La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, carece de justificación que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal. **El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal.**” (Negrillas fuera de texto)

Entre otras cosas, recientemente concluyó esta Sala, al juzgar la validez del artículo 87 del decreto 2.474 de 2008, que no es posible que mediante normas internas se establezca el procedimiento sancionatorio contractual. Se fundamentó en que sólo la ley puede regular el tema, por tratarse de una materia reservada al legislador, y que mientras esto no ocurra se deben aplicar las reglas del Código Contencioso Administrativo -sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. CP. Enrique Gil Botero-:

“Visto lo anterior, el problema suscitado en el libelo de la demanda se centra en determinar, si es ajustado a la legalidad que el procedimiento para la imposición de las multas se confíe a cada entidad estatal o si con ello se incurre en un desbordamiento de la potestad reglamentaria. En el libelo de demanda se señaló:

(...)

“La Sala, en primer lugar precisa que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa. Esta conclusión, tal como lo señala la doctrina especializada, se desprende directamente del artículo 150 de la Constitución, si se tiene en cuenta que asigna como competencia exclusiva de la rama legislativa la expedición de códigos y sucede que los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo¹⁰.

“Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha señalado que: *“a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a*

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003.

través de ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política...¹¹ (Subraya fuera de texto).

“Por consiguiente, no es admisible que mediante reglamento se asigne la competencia a cada entidad estatal de establecer aspectos procedimentales que comprometan o condicionen las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso reconocido a toda persona en el ordenamiento jurídico. Cuando se trata de la relación que se establece entre administración y ciudadano (*relación extra-orgánica*), y se constata que la ley no ha definido los mínimos procedimentales, es indispensable acudir al procedimiento administrativo general consignado en el Código Contencioso Administrativo, norma supletoria para estos casos¹².”

En conclusión, se reitera que el debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales por disposición constitucional –art. 29-, de allí que el art. 17 debe apreciarse como un impulso, exhortación y respaldo que el legislador le ofrece para que, sin más demora, se introduzca con toda la fuerza en este ámbito del derecho administrativo, que históricamente ha sido reacio a protegerlo sin condiciones especiales. Así, las dudas que injustificadamente mantienen algunos, sobre la necesidad de aplicar este derecho en materia contractual, quedaron despejadas.

Ahora bien, vale la pena destacar que al poco tiempo de proferirse esta providencia se expidió el nuevo Código Contencioso Administrativo –ley 1.437 de 2011-, que inspirado en la Constitución Política, y en el lamento general que demandaba la actualización del procedimiento administrativo al derecho fundamental al debido proceso, dispuso en el art. 3 que, efectivamente, debían considerarse todos los principios en dichas actuaciones. Estableció el nuevo numeral primero de esta norma que:

“Art. 3. *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C - 252 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, la sentencia C - 229 de marzo 18 de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Artículo 1 del Código Contencioso Administrativo: “...los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean aplicables”.

“Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

“1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

“En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem” (Negrillas fuera de texto)

De esta manera, la nueva normativa, que entrará a regir el 2 de julio de 2012 –art. 308-, pone el ordenamiento jurídico administrativo a tono con la Constitución Política, concretamente en lo que tiene que ver con las actuaciones ante la administración, porque la reivindicación del art. 29 CP., convertido en principio rector de estos procedimientos, marca un hito en el tratamiento legal de la materia. Incluso, la *no reformatio in pejus*, de más difícil aceptación y adaptación por parte de la administración, y también de la jurisprudencia, ha sido ratificada en esta norma, para evitar dudas al respecto.

Ahora, con fundamento en el análisis precedente, es indiscutible que el debido proceso también aplicaba a la actuación que adelantó la administración para declarar el siniestro de la póliza, y en el caso concreto se analizará si INDUMIL respetó estas garantías mínimas.

4. El caso concreto.

4.1. La participación del contratista en el procedimiento administrativo que declaró el siniestro.

Un aspecto que cuestionó el actor tiene que ver con el hecho de que al contratista no se le hizo parte de la actuación administrativa que condujo a la declaración del siniestro. Concretamente, considera que no se le informó de la existencia del procedimiento y menos de la práctica de las pruebas técnicas con fundamento en las cuales se declaró que las granadas no cumplían las exigencias de calidad mínima para ser manipuladas con seguridad.

Sobre este derecho, la Sección Tercera estableció, en la sentencia del 23 de junio de 2010 –exp. 16.367-, al juzgar un caso donde se alegaba el mismo derecho, que: “La Sala encuentra probado que FERROVÍAS le impuso al actor una sanción de plano, de aquellas que violan el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración. En efecto, el primer acto que expidió la entidad fue el definitivo, o sea, el que contiene la sanción –Resolución No. 011 de enero 7 de 1993, a fl. 33 del cdno. 2-, la cual apoyó en una comunicación de diciembre 18 de 1992 -dirigida por la interventoría del contrato a la entidad-, donde se da cuenta de que se incumplió la calidad de la resistencia del concreto y el plazo de entrega de las obras.

“Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del *ius puniendi*- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: ‘Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente’, norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:

“Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, **a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.**

“En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” (Negritas fuera de texto)

“Esta norma remite a los artículos 14, 34 y 35, que exigen, en su orden: pedir y decretar pruebas en el procedimiento¹³ y la necesidad de motivar la decisión¹⁴.

¹³ “Art. 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”

¹⁴ Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

“La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.

“El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan.”

Es bueno tener presente que la jurisprudencia de esta Corporación ha permitido que la comunicación que satisface el derecho del contratista a ser puesto en conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo, la constituye aquella que a lo largo de la ejecución del contrato se cruzan las partes del negocio en el sentido de reprochar una conducta o acto de ejecución del negocio. Dispuso la Sala en el auto de 24 de septiembre de 1998 -exp. 14.821- que:

“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**

“Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

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.” (Resaltos fuera de texto)

En otra ocasión expresó en sentido similar -sentencia de mayo 29 de 2003, exp. 18.091- que:

“Por consiguiente, al contratista no se le vulneró el derecho de defensa con el acto administrativo que impugna, como quiera que la multa impuesta no fue ninguna sorpresa para el contratista, **pues todo el tiempo fue informado de las irregularidades e inconformidades en que reparaba la contratante.** Tratándose de un acto administrativo expedido dentro de la actividad contractual, la administración involucra al contratista en la toma de sus decisiones cuando con ocasión del desarrollo y ejecución del contrato le pone de presente, le manifiesta las actuaciones particulares que se van presentando en el contrato, a manera de quejas, reclamos, solicitud de mejorar el servicios, etc. De tal manera que lo que se pretende con las actuaciones administrativas en las que involucra al administrado, es evitar decisiones sorpresivas, intempestivas, que asalten la buena fe de los contratantes.” (Resaltos fuera de texto)

En otro caso indicó, sobre el mismo tema -auto de julio 24 de julio de 2003, exp. 18.091-, que:

“[L]a Sala observa (...) que previamente a la declaratoria de caducidad del contrato, el municipio le corrió traslado al contratista de los informes de interventoría en los cuales se precisaba el incumplimiento del mismo, brindando la oportunidad de controvertirlo. Bajo estas circunstancias, no es equivocado sostener que la sociedad (...) conocía suficientemente las observaciones que había hecho la entidad contratante sobre su comportamiento durante el desarrollo del contrato y durante ese trámite administrativo tuvo la oportunidad de oponerse y controvertir los informes rendidos por el interventor. Después de concluido dicho procedimiento la administración sancionó al contratista, al declarar la caducidad del contrato, por esa razón no cabe concluir que se violó el derecho al debido proceso. En principio la decisión de la entidad contratante fue el resultado de los informes presentados por el interventor que revelaban el comportamiento del concesionario durante la ejecución del contrato...” (Resaltos fuera de texto)

Más adelante agrega la providencia que se viene citando que “De esta forma, la tesis descrita -en virtud de la cual la Sección admite que las comunicaciones previas entre *las partes* del contrato satisfacen el derecho a que el contratista conozca de la inconformidad de la administración con el cumplimiento de las

obligaciones del contrato- debe entenderse en los términos de los arts. 4, 28, 14 y 34 CCA. Es decir, que para que surtan este efecto -tal como se desprende de cada una de las sentencias citadas-, allí debe expresar claramente el objeto de la inconformidad, con la indicación de la necesidad de que manifieste su posición frente a las imputaciones de la entidad y el derecho a presentar las pruebas que respalden o fundamenten su defensa.

“El juez, por tanto, debe analizar -con especial cuidado- que las cartas enviadas cumplan con los elementos mínimos que permitan inferir con seguridad que se le ha dado al contratista la oportunidad de defenderse, y no que simplemente se le reprochó una conducta o hecho, sin especificarle su derecho a manifestar su criterio al respecto, ya que la entidad desatará, a partir de allí, un trámite que puede culminar con una sanción.

“Si se aprecia con detenimiento la jurisprudencia de esta Sección, ella no permite que el inicio de las actuaciones se haga con cualquier manifestación contenida en una carta, sino que exige claramente que se indique en qué consiste la inconformidad con el avance del contrato -art. 28 CCA.-.

“En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse -de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración -art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

“Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las

obligaciones contractuales. En otras ocasiones la Sala se ha referido con claridad a temas semejantes¹⁵.

“En conclusión, está claro en el caso concreto que no se inició un procedimiento sancionatorio, y que el primer acto jurídico de FERROVÍAS, de cara al contratista, fue la sanción misma. Ahora, no se puede admitir en este caso -pese a que en el pasado lo toleró la jurisprudencia-, que este derecho se garantizó con la posibilidad que tuvo el actor de discutir la decisión inicial, a través de los recursos de la vía gubernativa, y de la oportunidad nacida a partir de allí de pedir pruebas y controvertirlas.

“Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998. exp. 14.821- que ‘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.’ (Negrillas fuera de texto)

¹⁵ En la sentencia de 17 de marzo de 2010 –exp. 18.394- expresó esta Sección al respecto: “Lo que se quiere subrayar es que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque **la Administración a lo largo de la relación negocial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.** (...)

“En conclusión, en materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, **se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión,** procedimiento en la formación de la voluntad de la Administración que no se suple con los recursos por vía gubernativa, dado que es otra fase de la actuación, en la que si bien impera también la garantía del debido proceso, en ella se discute la decisión ya tomada.”

“Fue la vulneración constante a este derecho lo que le hizo establecer a la ley 1.150 de 2007 lo que debió deducirse sin dificultad a partir del art. 29 CP., es decir, 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...’

“En conclusión, la Sala encuentra demostrado que no se adelantó un procedimiento previo, que es indisponible por la administración. Incluso, de los alegatos de conclusión en esta instancia se infiere que en verdad no existió esa etapa preliminar, pues FERROVÍAS sostuvo, sobre la garantía del derecho al debido proceso, que lo aseguró, ‘... prueba de ello hace parte del expediente los recursos (sic), el de reposición interpuesto por el contratista contra la resolución 501.’ –fl. 217, cdno. Ppal.-.”

Con fundamento en estas ideas, y aplicadas al caso concreto, la Sala no compartirá la posición planteada por el actor, por las siguientes razones: De un lado, porque el derecho que aduce violado no es el debido proceso suyo, sino el del contratista, y la Sala entiende que por tratarse de un derecho subjetivo, característico de los derechos fundamentales, su trasgresión debe ser invocada por el titular, en este caso la sociedad extranjera contratante. En este horizonte, no es posible discutir la validez de un acto administrativo por violación al derecho al debido proceso de otro sujeto de la actuación administrativa, cuando este no es quien impugna la decisión. Para confirmar esta perspectiva, basta pensar en la siguiente circunstancia: si en otro proceso contractual el contratista discutió este mismo asunto –lo cual se desconoce ahora-, ¿cómo explicar que la compañía de seguros traiga a este otro proceso las razones que sólo le interesa debatir a aquél?

Aunque el anterior criterio es suficiente para desestimar el primer cargo de nulidad, en todo caso -y sólo en gracia de discusión- tampoco sería cierto que INDUMIL no haya informado al contratista de la existencia del procedimiento que conduciría a la declaración del siniestro. En este sentido, se encuentra demostrado que mediante la comunicación del 13 de agosto de 1992 –es decir, tres meses antes de la decisión administrativa demandada- INDUMIL le envió copia de las pruebas técnicas, incluidas las fotografías, indicándole en qué consistían las fallas –fls. 202 a 203, cdno. de pruebas-. Vale la pena aclarar que

esta prueba fue aportada por la entidad, por decreto que se hizo de la misma, y no fue objetada por el actor.

Luego, mediante comunicación del 1 de septiembre de 1992, nuevamente INDUMIL escribió al contratista, en respuesta a varias comunicaciones suyas -25 en total-. Allí le informó que: i) la entidad tiene el derecho de revisar la calidad de los productos que adquiere, ii) que se han presentado dos accidentes con granadas y iii) que las pruebas realizadas no buscan desacreditar a un determinado fabricante, sino obtener certeza sobre la seguridad y la confiabilidad del material bélico adquirido. Finalmente, le explicó el alcance de las pruebas adelantadas –golpeteo, tamboreo, fragmentación e impermeabilidad- y la validez técnica que tienen. Concluyó señalando que era posible practicar estas pruebas, aunque el contrato no se hubiera referido al tema, sencillamente porque es necesario para determinar la vida útil de las granadas --fls. 204 a 209, cdno. de pruebas-. En conclusión, la Sala observa que se trata de un comunicado que demuestra la discusión, es decir, el derecho a ser oído por parte del contratista, al punto que fue objeto de una comunicación que le definía la posición de la entidad en relación con los problemas que se debatían en ese instante sobre la aparente mala calidad del producto.

Incluso, el 8 de septiembre siguiente, una vez más le informaron a SECOMEX LTDA. que en la semana del 14 al 18 de septiembre se realizarían nuevas pruebas a las granadas, con el propósito de que se le informara a la empresa extranjera para que asistiera a las mismas –fl. 210, cdno. de pruebas-. La Sala no puede menos que destacar, a partir de esta comunicación, que el procedimiento de discusión del tema era bastante público y fluido, y que lejos de hacerlo a espaldas del contratista estuvo involucrado decididamente en la discusión.

Entre otras circunstancias, la Sala advierte, además, que el punto en torno al cual giraba el debate no era gaseoso ni etéreo, ni daba lugar a múltiples interpretaciones sobre el alcance de los problemas, sino que estaba bien precisado y así se lo indicó al contratista: los problemas de calidad de las granadas, debido a las explosiones de algunas estando en poder de soldados del ejército.

Finalmente, el apoyo en medios probatorios que fueron conocidos por las partes también es indiscutible, pues lo admite el actor –sólo que no comparte sus

conclusiones- sino que fueron exhibidos y mostrados al contratista, para que los debatiera. En estos términos, no se vulneró el derecho al debido proceso del contratista, por los aspectos cuestionados hasta este momento.

4.2. La violación a los derechos a la defensa, a presentar pruebas y a impugnar el acto administrativo desfavorable.

Se debe analizar otro aspecto cuestionado por el recurrente, en relación con la vulneración al debido proceso: el rechazo del recurso de reposición, por parte de INDUMIL, aduciendo que el impugnante no indicó la dirección de las oficinas de la compañía de seguros, teniendo en cuenta que el artículo 52 CCA. lo exige¹⁶, y que el art. 53¹⁷ del mismo estatuto establece que de no cumplirse los requisitos del artículo anterior se rechazará el recurso.

La Sala considera, en forma coincidente con el Ministerio Público, que la decisión de INDUMIL vulneró el derecho al debido proceso, porque la resolución número 007 del 18 de enero de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, por infringir normas legales y constitucionales a las cuales debía sujetarse. Dos argumentos apoyan este criterio.

De un lado, la aplicación prevalente del derecho sustancial sobre el procedimental –art. 228 CP.-, que exige otorgarle preeminencia al derecho constitucional al debido proceso sobre la disposición del CCA. que establece que este requisito

¹⁶ “Art. 52. REQUISITOS. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

“1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.

“2. Acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce deber; y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley.

“3. Relacionar las pruebas que se pretende hacer valer.

“4. Indicar el nombre y **la dirección del recurrente.**

“Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁷ “Art. 53. RECHAZO DEL RECURSO. Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo; contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja.”

debe satisfacerlo el recurso, so pena de su rechazo. En efecto, una interpretación exegética, como la que adoptó la entidad, repulsa al ordenamiento jurídico, porque es desproporcionado que una simple exigencia formal dé al traste con un derecho de mayor rango, sacrificándolo injustificadamente.

En tal horizonte, la administración debe hacer una ponderación, para determinar cuáles requisitos de los recursos inexorablemente conducen a esta decisión, en caso de omitirlos. Así, por ejemplo, interponerlos dentro del plazo legal o exponer las razones de inconformidad, perfectamente justifican su rechazo, en caso de que no se satisfagan. Pero no indicar el nombre del recurrente, cuando se puede establecer por otros medios, o no señalar su dirección, cuando no es necesario para decidir de fondo o ya se tiene el dato en la administración, o incluso cuando existe otra manera de hallarla, tampoco justifica hacer uso de la medida extrema que contempla el art. 53 CCA., porque razonablemente debe entenderse que ello es necesario cuando el dato es indispensable para adoptar una decisión y luego notificarla.

En estos términos, los arts. 52 y 53 requieren una lectura dirigida a un fin jurídicamente relevante, para que el rechazo del recurso no se convierta en un mecanismo fácil para abstenerse de estudiar una impugnación que objetivamente se puede resolver de fondo. En estos términos, carece de sentido exigir que se indique el nombre del recurrente, cuando la autoría del escrito no tiene discusión; del mismo modo que pedir la relación de pruebas que se pretende hacer valer, cuando no se aporta ninguna o no se piden, lo que tampoco tiene justificación; al igual que carece de ella abstenerse de indicar la dirección del recurrente, cuando la entidad la conoce o puede saberla –por consulta de documentos que tiene en la propia administración o incluso en el directorio telefónico-; exigencias que no hacen más que rendirle culto a la forma y no al derecho sustancial.

La Sala llama la atención sobre la circunstancia de que un derecho fundamental, como el debido proceso, no puede sujetarse a lecturas tan limitadas y exegéticas de la ley, porque subordinan las garantías ciudadanas mínimas a los textos legales preconstitucionales, que tuvieron un contexto restringido de creación. La realidad fundada por la Constitución Política de 1991 es mucho más rica en contenido axiológico y cuando extendió el derecho al debido proceso a todas las actuaciones administrativas se hizo necesario -para el operador jurídico- vaciar su

contenido a toda la normativa administrativa, hasta alcanzar una incorporación dirigida por la nueva Carta Fundamental.

Al producirse esa transformación se hizo evidente que la ausencia de requisitos puramente formales no podía sujetar la garantía de los derechos individuales a las formas insustanciales, y que desconocer el debido proceso equivale a violar un derecho humano, de la misma valía que tantos otros, como la vida, la libertad personal, la igualdad, la libertad de cultos, que siendo más sensibles a la protección del cuerpo y del espíritu, no admiten la menor vulneración; lógica con la que se debe observar el nuevo derecho fundamental aplicable a las actuaciones administrativas, a partir de 1991.

En conclusión, la trasgresión de este derecho, en materia administrativa, no tiene un rango menor ni una importancia reducida en comparación con todos otros derechos humanos –con este rigor debe verse hoy en día-, cuya afectación exige de una intervención protectora inmediata, capaz de reparar o de inhibir cualquier poder que lo afecta o haya disminuido, para reparar el daño y ejemplarizar a la autoridad responsable.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que la resolución No. 249 de 1992 -impugnada por el actor mediante el recurso de reposición-, ordenó en su artículo tercero de la parte resolutive notificar a la Compañía de Seguro Generales de Colombia SA. la declaración del siniestro que allí se adoptó, y luego, en la parte motiva de la resolución No. 007 de 1993, se expuso que, efectivamente, la aseguradora fue notificada, de donde colige esta Subsección que es incomprensible que INDUMIL, al resolver el recurso de reposición, lo negara aduciendo que no se indicó la dirección de la sociedad aseguradora. Una pregunta basta para evidenciar la contradicción imperdonable: ¿no era acaso la dirección del recurrente la misma donde se notificó o debió notificar la decisión recurrida?

Pero si de pronto el anterior análisis tuviera alguna debilidad, resultaría que tampoco sería admisible la decisión de la administración, si se tiene en cuenta que INDUMIL tenía en su poder la póliza de cumplimiento que siniestró, y en la cual se encuentra impresa la dirección y el teléfono de la aseguradora –fl. 37, cdno. 1-, de manera que no era necesario aportar estos datos -con el recurso de reposición-, porque la administración los sabía o podía conocer, sin mayor esfuerzo.

En estos términos, INDUMIL también trasgredió el inciso segundo del art. 10 del CCA., según el cual “Los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad”, norma que reprodujo luego el decreto-ley 2.150 de 1995 –estatuto antitrámites¹⁸-, modificada años después por la ley 962 de 2005¹⁹, pero que en esencia mantienen el mandato que desde 1984 había incorporado el primer artículo citado: la prohibición de pedir la información que la administración tiene en su poder, y puede obtener buscando en sus archivos.

Definido lo anterior, al rompe surge la conclusión de que la demandada violó el derecho al debido proceso del actor, representado bajo la figura de tres de sus principios integrantes: i) el derecho a impugnar la decisión desfavorable; ii) el derecho de defensa y iii) el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertir las allegadas en su contra.

El primero se desconoció porque al no poder controvertirse la resolución que declaró el siniestro se impidió su contradicción, y es claro que si a la autoridad administrativa la dotó la ley del poder de autotutela declarativa, también es cierto que debe hacerlo observando un procedimiento debido, convertido en derecho fundamental en materia administrativa, y que le asigna al administrado el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión, manifestación que se materializa a través de la posibilidad de la impugnación. Al no poder hacerlo, porque la autoridad pública rechazó indebidamente el recurso, se vulnera esta garantía constitucional, que sirve para controlar, en la vía administrativa, el poder sancionatorio e impositivo general de la administración.

¹⁸ “Art. 14. PRUEBA DE REQUISITOS PREVIAMENTE ACREDITADOS. No se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste se debió acreditar por mandato legal o reglamentario, en un trámite o actuación anterior que ya se surtió. En tal caso, el servidor público tendrá por cumplido, para todos los efectos legales, el requisito que debió servir de fundamento a una actuación concluida.”

¹⁹ “Art. 14. PRUEBA DE REQUISITOS PREVIAMENTE ACREDITADOS. En relación con las actuaciones que deban efectuarse ante la Administración Pública, prohíbese la exigencia de todo comprobante o documento que acredite el cumplimiento de una actuación administrativa agotada, cuando una en curso suponga que la anterior fue regularmente concluida”.

“Igualmente no se podrá solicitar documentación de actos administrativos proferidos por la misma autoridad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación.

“Las autoridades administrativas de todo orden no podrán revivir trámites o requisitos eliminados o modificados por el legislador o el Gobierno Nacional.”

En estos términos, el rechazo del recurso de reposición o de apelación, sin causa justificada, riñe con la garantía constitucional del debido proceso, porque limita hasta su probable anulación las posibilidades de defensa del ciudadano, frente a una decisión que esencialmente es cuestionable por el afectado.

El segundo derecho mencionado también se desconoció, porque no es posible ejercer una parte importante de la defensa, al interior de un procedimiento administrativo, cuando los argumentos de inconformidad que contiene el recurso de reposición –o el de apelación, en otros casos- no son escuchados. Y aunque podría pensarse que el afectado pudo defenderse en etapas anteriores del procedimiento, sería inaceptable sostenerlo y admitirlo, porque la defensa se debe garantizar en todas las ocasiones o momentos donde sea válido ejercerla, sin que unos momentos o circunstancias anulen aquellos donde también se debe garantizar.

En esta ocasión -particularmente en esta- la defensa se redujo, incluso excesivamente, porque las razones que expuso la compañía de seguros, en el recurso de reposición, no fueron leídas y contestadas por la administración. Al actuar así INDUMIL impuso una decisión de plano, porque sin formula de juicio razonó según sus exclusivas reflexiones técnicas y jurídicas.

Incluso, la Sala no desconoce que podrían ser las correctas, en el caso concreto, pero debe tenerse en cuenta que el debido proceso no sólo protege la verdad – desde luego que ese también es su fin-, sino igualmente la dignidad del ciudadano y la oportunidad de ser oído, aunque al final se concluya que no tiene la razón. Tanto es así que una decisión administrativa puede ser correcta en su contenido pero nula en su formación, no por falta de razones, sino por violar algunas garantías del debido proceso que no admiten de su disposición.

Para la Sala, entonces, no queda duda que el derecho de defensa se desconoció con la actuación de la demandada, si se tiene en cuenta un dato adicional: Al revisar cuidadosamente los dos actos administrativos demandados, la Sala observa las pruebas tenidas en cuenta en el procedimiento, y advierte que la única oportunidad dentro de él donde actuó la Compañía de Seguros Generales de Colombia SA. fue al recurrir la resolución No. 249 de 1992 –porque no fue vinculada al procedimiento previo-, de manera que su defensa se circunscribió a

ese exclusivo momento, pero desgraciada y finalmente también fracasó la oportunidad, con el argumento espúreo de INDUMIL de que no se anotó la dirección de la compañía en el escrito que contiene el recurso.

En circunstancias como esta, el derecho de defensa de los ciudadanos exige la máxima protección, para que la administración realmente conciba el debido proceso no como un obstáculo sino como una garantía fundamental de las personas, tan similar en su naturaleza como el derecho a la igualdad, a la vida, y a tantos otros derechos humanos que se consideran intocables por el poder público.

Finalmente, la Sala también concluye que la misma actuación administrativa vulneró el derecho a presentar pruebas y a solicitar y controvertir las allegadas en su contra, porque con el recurso –incorporado a fls. 59 a 73, cdno. 1- se aportaron medios documentales y también se solicitó un peritazgo –fls. 71 a 72-, con los cuales el interesado esperaba convencer a INDUMIL de la posición que sostendría el –no se olvide que sólo desde allí iba a ser escuchado-. En ninguna otra ocasión del procedimiento la compañía de seguros tuvo esta oportunidad, de ahí el celo con que debe valorarse el rechazo fútil del recurso de reposición que ejercitaba esta garantía del debido proceso.

En los términos indicados, es incuestionable la vulneración al debido proceso de la compañía de seguros, pero ahora debe determinarse el efecto que produce este hecho sobre las resoluciones demandadas. De un lado, podría pensarse que el vicio de nulidad sólo afecta a la resolución No. 007 del 18 de enero de 1993, porque fue la que truncó el derecho de defensa de la compañía de seguros, al rechazar el recurso de reposición. En este sentido, la resolución No. 249 de 1992 no se afectaría en su validez, porque hasta ese momento de la actuación administrativa no configurarían el vicio.

De admitirse esta solución, la orden que debería impartirse a INDUMIL es que admita el recurso de reposición y que lo resuelva, decisión que sería perfecta e ideal, porque el restablecimiento del derecho *in natura* consistiría en permitir la impugnación de la decisión administrativa inicial, claro, de no ser porque han pasado muchos años desde que ocurrieron los hechos *sub iudice*.

En definitiva, si no fuera por la incidencia negativa que el tiempo produce sobre los procesos tramitados ante esta jurisdicción, sería la solución ideal, pero hoy no se

advierte de esa manera. En efecto, a estas alturas se trataría de una decisión injustificada e inadmisibles para las partes, porque el paso del tiempo exige una decisión judicial firme y seria, que no constituya una burla a los derechos de quienes litigan, porque de ordenarse algo así acontecería que la administración tendría que resolver el recurso apenas ahora, con la eventualidad de que si confirma la decisión se iniciaría de nuevo -y muy próximamente-, un proceso judicial por estos mismos hechos. De aquí a la denegación de justicia habría un paso.

Descartado lo anterior, y de otro lado, surgiría como propuesta la posibilidad de que esta jurisdicción sea la que resuelva el recurso rechazado, para proteger los tres derechos fundamentales que hacen parte del debido proceso, analizados atrás. No obstante, esta alternativa riñe directamente con el principio de la separación de poderes, pues de ninguna manera debe el juez reemplazar a la administración en casos como este, pues lo suyo es controlarla y proteger los derechos involucrados en un litigio, no asumir su papel.

Por lo anterior, la Sala considera que es integral el alcance del control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos que concluyen la vía administrativa –pero sujeto a los cargos que proponga el actor-, y recuerda que cuando el CCA. dispone que sólo los actos definitivos son controlables judicialmente, establece, por tanto, que los vicios de los de trámite no son demandables autónomamente²⁰ –salvo la excepción prevista en el inciso segundo del art. 87 CCA.²¹-, y que sólo se pueden alegar como causal de nulidad del acto definitivo.

²⁰ Dispone el art. 50 CCA. “Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

Y establece el art. 135 CCA.: “POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, **que ponga término a un proceso administrativo**, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

“El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

“Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.” (Negrillas fuera de texto)

²¹ “Art. 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las

De conformidad con esta regla, el momento oportuno y el acto previsto por la ley procesal para controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, y cuestionar a través suyo cualquier vicio que la afecte, es con el acto definitivo, es decir, el que concluye la actuación.

Sin embargo, se requiere otra consideración que explica mejor el tema. El acto definitivo a que se alude no es otro que la decisión inicial –es decir, la que es objeto de los recursos-; pero también puede serlo ésta más la que resuelve los recursos efectivamente interpuestos. En este orden, resulta determinante lo que establece el inciso tercero del art. 138 CCA.: “Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.”

En estos términos, surge el denominado acto administrativo complejo, constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión, uno de cuyos ejemplos -no el único- es la decisión que se integra por los actos que se expiden con ocasión de la vía gubernativa. Por esta razón es que la norma acabada de citar dispone que cuando una decisión se integra por varios actos administrativos, se deben demandar todos, so pena de que la demanda sea inepta.

Aplicadas esta ideas al caso concreto, se encuentra que la afectación a los derechos de defensa, impugnación de la decisión condenatoria y controversia

declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

“El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

“En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.” (Negrillas fuera de texto)

probatoria –art. 29 CP.- le impidió al actor cuestionar la decisión inicial, viciando de nulidad la actuación administrativa, y esto conduce a declarar la nulidad de las resoluciones No. 249 de 1992 y No. 007 de 1993, porque ambas se integran en una misma voluntad, porque recogen las actuaciones y los actos de trámite que desarrollaron el procedimiento administrativo, además de que por sí mismas adoptaron decisiones independientes pero pertenecientes al mismo trámite.

Esta decisión es forzosa e inevitable, porque a la jurisdicción de lo contencioso administrativo se le encomendó -según se expuso antes- la tarea de controlar, a través de los actos definitivos, la legalidad de toda la actuación surtida, encontrándose, precisamente, severas violaciones al derecho fundamental al debido proceso, que sólo conducen a la declaración de nulidad de la decisión, a falta, según también se indicó, de una alternativa de protección que no fuera más insidiosa de los derechos de las partes.

De acuerdo con esto, para la Sala no pasará desapercibido que el “simple rechazo” de un recurso de la vía gubernativa, que por motivos baladíes fue desechado -rindiéndosele culto a la forma sobre la sustancia (art. 228 CP.)-, merece el máximo reproche que el control judicial puede ejercer -la nulidad de la decisión-, sin que sea menester desorientarse pensando en que posiblemente la administración tenía razón en la decisión de fondo, porque es claro, desde hace siglos, que no basta tener la razón para que el Estado pueda actuar de cualquier manera cuando declara los derechos y menos si impone cargas u obligaciones. Admitirlo regresaría el sistema jurídico moderno al estado anterior al derecho, cuando el autoritarismo suponía que el funcionario oficial tenía la razón, y que no era necesario el ciudadano para hallar la verdad, porque aquél era capaz de tomar decisiones justas y equitativas. El tiempo enseñó que no era así, y que a los afectados con una decisión se les debía oír, y no sólo eso, se le debían extender todas las garantías del debido proceso, como lo viene haciendo el derecho moderno, a partir de la Constitución de 1991, en nuestro medio.

En otros términos, no le es dable al juez administrativo abstenerse de corregir una situación claramente ilegal que compromete al debido proceso, en un caso concreto, pensando en que en esa situación el actor carece del derecho sustantivo de fondo para su protección. Una actitud semejante no haría más que legitimar, a largo plazo, y para cualquier evento, también concreto y futuro, todo género de violaciones al derecho al debido proceso por parte del Estado.

De alguna manera, a esta situación -que la Sala pretende proteger- aplica aquella expresión inmemorial cargada de sabiduría, atribuida a Sócrates, por boca de Platón, según la cual un hombre puesto ante la elección entre un bien y un mal debe escoger el bien, por razones éticas; pero enfrentado a dos males debe escoger el menor en lugar del mal mayor, para evitar sufrimientos innecesarios; y enfrentado a una situación más compleja –como la del caso *sub iudice*- que implica escoger entre un mal presente pequeño y un mal grande futuro debe preferir aquél, por la sencilla razón de que conviene más padecer a tiempo un sufrimiento llevadero, que someterse a un tormento eterno más intenso.

Aplicada esta filosofía al derecho, y específicamente al caso *sub iudice*, resulta ajustado a la rectitud y a la probidad que esta jurisdicción corrija oportuna y ejemplarmente a la administración pública, anulando los actos administrativos que aparentemente son correctos en la decisión, pero que también violan garantías irrenunciables e indisponibles –como las que representan los derechos humanos-, porque admitir y darle largas a las desviaciones significativas de los derechos fundamentales, en el mediano y largo plazo, degeneran en toda clase de conductas pervertidas, imposibles de corregir después por no hacerlo a tiempo. Se trata de una lectura de los efectos deseados y correctos de las decisiones judiciales.

Con Sócrates y Platón habría de concluirse, en La Apología de Sócrates, que "... Lo que sé de cierto es que cometer injusticias y desobedecer al que es mejor y está por encima de nosotros, sea Dios, sea hombre, es lo más criminal y lo más vergonzoso. Por lo mismo, yo no temeré ni huiré nunca de males que no conozco y que son quizá verdaderos bienes; pero temeré y huiré siempre de males que sé con certeza que son verdaderos males."²²

En estos términos, el rechazo de un recurso de la vía gubernativa no puede ser visto –menos hoy en día- como una formalidad cualquiera, que no afecta las decisiones administrativas ni los procedimientos al interior de los cuales se adopta, de lo contrario se relajaría excesivamente la protección al derecho fundamental al debido proceso, aduciendo que al fin y al cabo la administración o el juez no le darían la razón al ciudadano. Pero sobre todo, no puede olvidarse que el derecho a impugnar una decisión también incorpora los derechos a ejercer la controversia

²² Platón. Diálogos. Ed. Panamericana. Cuarta edición. Bogotá. 1996. pág. 22.

probatoria y el derecho de defensa en general, mensurándose así el impacto real de una decisión aparentemente simple como es el rechazo de un recurso que procede a favor del afectado.

Una razón adicional muestra de mejor manera el equivalente a la importancia de esta decisión, esto es, del valor que tienen los recursos administrativos. Resulta que el art. 52 del CCA., concordado con el art. 135 del CCA., dispone que para demandar ante esta jurisdicción, cuando se trate de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario agotar la vía gubernativa, siendo obligatorio interponer el recurso de apelación, si procede. De no hacerlo se rechazará la demanda, porque a la administración se le concede la oportunidad de revisar su propio acto, oportunidad que surge con la obligación de que se interponga la apelación.

En el caso inverso, sería maniqueo tolerar que al ciudadano no le permitan desatar el recurso administrativo procedente, porque al fin y al cabo tiene la posibilidad de demandar el acto, consolándolo con la idea de que el juez estudiará sus peticiones, agregando que por cierto es mejor que la administración para hacerlo. ¿Por qué no se responde lo mismo cuando es a la administración a quien se le pretende llevar ante el juez, en aquellos casos en que no se interpuso la apelación? Una actitud similar se mantendría anclada al pasado, desconocería que el derecho al debido proceso no es hoy lo que fue, porque ya adquirió la importancia y autonomía que se le había negado, y que no basta la intervención del juez para paliar su violación en la vía administrativa.

En estos términos, la Sala considera que los actos son nulos porque se violó el derecho al debido proceso del actor, quien por cierto tampoco fue hecho parte en la actuación administrativa previa, pese a que el CCA. exige vincular a todo aquél que pueda resultar afectado con una decisión administrativa –art. 28 CCA.-.

Como consecuencia de esta decisión, y a título de restablecimiento del derecho - en los términos de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda-, la Industria Militar no podrá cobrar al actor el monto de la póliza, y en caso de haberlo hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia debe reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

Finalmente, la Sala no accederá la pretensión quinta, porque la parte actora no acreditó perjuicios distintos a los analizado hasta este momento.

De otro lado, si bien son varios los cargos de ilegalidad que expuso el actor en su recurso de apelación en este proceso, la Sala se exime de analizarlos todos, por razones de economía procesal, y porque al prosperar uno de ellos resulta innecesario estudiar los otros –orientación que proviene del inciso segundo del art. 306 CPC.-, toda vez que ningún valor agrega a la decisión que se adoptará a continuación.

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. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de marzo de 2001, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

SEGUNDO. Declárase la nulidad de las resoluciones No. 249 de 25 de noviembre de 1992 expedida por la Industria Militar, mediante la cual se declaró la realización de un riesgo que ampara la póliza No. 14-11-53 7614 y ordenó hacer efectiva la garantía correspondiente, así como la resolución número 007 de 18 de enero de 1993, mediante la cual se rechazaron los recursos de reposición interpuestos contra la anterior.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, la Industria Militar no podrá cobrar al actor el monto de la póliza, y en caso de haberlo hecho a la fecha de ejecutoria de esta providencia deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, según la fórmula que para el efecto emplea esta jurisdicción.

CUARTO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO