

Sentencia T-209/06

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Cláusula abierta e integradora de principios y valores constitucionales

El derecho fundamental al debido proceso comprende, como lo ha señalado esta Corporación, no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone, a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Fundamento constitucional

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Aplicación dentro de régimen de contratación estatal

*En relación a la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, es oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. El valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.*

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES- Fuente/CONTRATO SINALAGMATICO O BILATERAL-Contenido

**CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Temas de
importancia/CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Principios
jurídicos/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Principios informadores**

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Reciprocidad y buena fe

REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL-Integración de normas y principios

REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL-Principios integradores

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Carácter objetivo/PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL-Efectos jurídicos

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL-Alcance

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Es intuito personae

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA-Relación con principio de buena fe

Es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración en este caso no optó por lo menos restrictivo, sino por lo más gravoso, e impuso una sanción superior a las necesarias para cumplir el fin perseguido, cual era el de sancionar al oferente por no firmar un contrato, que la misma Administración sabía de antemano que no podía cumplir. Es este un caso paradigmático en el que el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona una rigurosa aplicación de la ley. Se ejerció en este caso una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al pluricitado principio.

DEBIDO PROCESO EN SANCION ADMINISTRATIVA-Razonabilidad y proporcionalidad

INHABILIDADES-Incumplimiento de contrato administrativo/INHABILIDADES-Solo puede aplicarse cuando quien se abstenga de suscribir contrato lo haga sin justa causa

VIA DE HECHO-Defecto sustantivo/VIA DE HECHO-Desconocimiento de principios que orientan contratación administrativa/VIA DE HECHO-Estado actúo con desviación o abuso de poder

INHABILIDADES DE CONTRATISTA Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general frente a actos contractuales o precontractuales

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia excepcional contra actuaciones administrativas

ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL-Instrumentos complementarios

ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL-Pueden instaurarse simultáneamente

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-No impide prosperidad de tutela transitoria

VIA DE HECHO POR EXPEDICION DE ACTO ADMINISTRATIVO-Procedencia excepcional de tutela transitoria si se presenta perjuicio irremediable

PERJUICIO IRREMEDIABLE POR INHABILIDAD-Configuración

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Competencia sobre conflictos que se produzcan con motivo de ejecución de contrato estatal

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Entidad accionada conocía que sociedad sancionada no estaba en capacidad de cumplir contrato

INHABILIDADES PARA ACCEDER A CARGOS PUBLICOS-Sanción impuesta a sociedad por incumplimiento de contrato administrativo

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION-Inhabilidad impuesta a contratista que por imposibilidad no suscribió contrato administrativo

Referencia: expediente T-1220297

Acción de tutela interpuesta por Martín Roberto Moscoso contra la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil seis (2006).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de las decisiones dictadas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y el Consejo Superior de la Judicatura que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Martín Roberto Moscoso contra la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

El señor MARTIN ROBERTO MOSCOSO, en nombre y representación de la sociedad MELTEC S.A., interpone acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable contra la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

La Dirección del Ejército Nacional, mediante acta No. 2982 del 22 de junio de 2004, ordenó la apertura del proceso de contratación directa No. 04-DINTE-2004, cuyo objeto era la adquisición de antenas de HF, VHF-UHF, geoposicionadores, radios de monitoría y radios tácticos de monitoría, llevándose a cabo el 6 de julio de 2004 la diligencia de cierre del proceso y habiéndose presentado propuestas por parte de las compañías ANDACOM LTDA., UNION TEMPORAL STUP DE COLOMBIA - COFAL INGENIERIA LIMITADA, EAGLE COMERCIAL LTDA y MELTEC S. A.

Al momento de verificar el contenido de las ofertas en la citada audiencia, el representante legal de MELTEC S.A. advirtió un error de transcripción en el cuadro de precios anexo a la oferta, en la cual se habían invertido erróneamente los precios de los ITEM 4 y 5, colocándose los precios de unos radios a otros, de forma tal que donde debió escribirse \$3.400.000 se escribió \$699.000.

Mediante comunicación del 6 de julio de 2004 enviada vía fax ese mismo día a la dirección de Inteligencia del Ejército Nacional y posteriormente radicada al día siguiente, el representante legal de MELTEC S.A. anexó los cuadros de precios de la contratación directa No. 04-2004 debidamente corregidos, tal cual se había manifestado en la audiencia de cierre en el mismo sentido.

El Comité Jurídico Evaluador, mediante oficio del 7 de julio de 2004, le informó que la firma MELTEC S. A. se encontraba jurídicamente habilitada para participar en el proceso y el Comité Técnico Evaluador, por su parte, señaló que la compañía cumplía en su totalidad con lo requerido, dado que los radios eran exactamente de las mismas marcas y referencias, sin embargo, sugirió la adjudicación a la empresa EAGLE COMERCIAL, debido al excelente servicio postventa y soporte ofertado.

Mediante comunicación fechada el 15 de julio de 2004, dirigida a la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, MELTEC S. A. manifestó acogerse a la recomendación del Comité Técnico en relación a los ÍTEM 4 y 5 del proceso de licitación sobre el entendido de que la administración no acogía la solicitud de corrección que se había formulado verbalmente, tanto en la audiencia como en el oficio remisorio de los cuadros corregidos fechado 6 de julio de 2004, por lo que se mantenía el error y se descalificaba la propuesta.

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, con oficio del 26 de julio de 2004, dio respuesta a los oficios presentados, señalando que la propuesta no podía ser modificada de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio sobre la obligatoriedad y el efecto vinculante de la misma.

El 27 de julio de 2004, se llevó a cabo la audiencia de adjudicación del proceso de contratación, en la cual el representante legal de la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional manifestó la decisión de adjudicar a la firma MELTEC S.A. el ÍTEM 4 del proceso de licitación por un valor total de \$58.716.000 y valores descritos, a pesar de que MELTEC S.A. había informado que los estudios de mercado presentados demostraban el error evidente de los precios de los radios en la oferta, no siendo posible conseguir en el mercado equipos ICR 8500 a precios inferiores a los US \$1.400. Igualmente, la empresa MELTEC S.A. había advertido a la entidad contratante que el precio promedio de los radios ICR 10 en el mercado era US \$398, razón por la cual, ningún proveedor ofrecería esos equipos a los precios que quedaron mal relacionados en la propuesta.

De igual manera había sostenido MELTEC S.A. que la equivocación en la que incurrió la empresa oferente constituía un error aritmético que podía ser corregido por la entidad contratante en salvaguarda de los principios de buena fe, igualdad y equilibrio de las prestaciones consagrados en la Ley 80 de 1993, máxime si ese hecho había sido advertido por la empresa oferente desde el momento mismo de la presentación de su oferta, y el pliego de condiciones del proceso permitía además la detección de errores durante el mismo, por lo que la decisión que se estaba adoptando encerraba una adjudicación contraria a los principios contractuales de equidad, buena fe y equilibrio económico de los contratos.

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional mantuvo la posición de adjudicar el contrato teniendo como base los cuadros de precios que acompañaron la propuesta y que contenían el error, aduciendo que la oferta era inmodificable y que obligaba al proponente. Posteriormente, mediante oficio del 29 de julio de 2004, la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, comunicó a MELTEC S.A. que le había sido adjudicado el ÍTEM 4 del proceso de contratación directa y con oficio del 12 de agosto siguiente, remitió la minuta del contrato a fin de ser revisada y firmada.

La representante legal de la empresa accionante, por medio de comunicación del 23 de agosto de 2004, manifestó la imposibilidad de firmar el contrato en las condiciones estipuladas en la minuta, por considerar que las circunstancias

económicas allí consignadas contenían una desproporción de una magnitud visible y su firma desembocaría en un contrato a todas luces desequilibrado económicamente. Solicitó entonces a la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, considerar la búsqueda de un medio alternativo de resolución de conflictos para resolver el tema en cuestión.

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, mediante comunicación del 23 de agosto de 2004, solicitó devolver la minuta del contrato debidamente firmada, ante lo cual, la compañía le envió una comunicación el 2 de septiembre de 2004, proponiendo una fórmula que le permitiera cumplir con el contrato en condiciones económicas equilibradas, de conformidad con la cual, teniendo en cuenta los términos de referencia fijados en el proceso de contratación y el valor de la sanción de la póliza de cumplimiento, más un reconocimiento adicional del 20% por parte de MELTEC S.A. el ejército podía adquirir, no 17 unidades, sino un total de 21.

En respuesta al anterior planteamiento, mediante comunicación del 23 de septiembre de 2004, el Director de Inteligencia del Ejército manifestó que no era posible acceder a esa petición y acoger la propuesta en mención, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 846 del C. de Comercio, la oferta era irrevocable y una vez presentada no podía retractarse el oferente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocatoria causara al destinatario. Además, anotó el comunicado, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, para que pudiera presentarse un desequilibrio económico en el contrato se requería que el mismo se hubiera presentado por causas no atribuibles al afectado, hecho que no ocurriría en este evento por que el error aritmético había sido cometido por la misma firma oferente al momento de la presentación.

El 28 de septiembre de 2004, la empresa MELTEC S.A. se dirigió a la entidad accionada, ratificando la imposibilidad de suscribir el contrato adjudicado por los motivos expuestos, ante lo cual, la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, mediante comunicación del 12 de octubre de 2004, en respuesta a los derechos de petición de MELTEC S.A. manifestó la negativa a las peticiones elevadas y nuevamente exigió la firma del contrato, para lo cual señaló fecha y hora, a lo que la compañía respondió otra vez el 13 de octubre de 2004, recordando el error de transcripción e indicando que al fundarse la oferta en un error, la misma debía ser considerada como inexistente.

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, mediante Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004, sin que mediara formulación expresa de las razones por las cuales se adopta tal decisión y sin un análisis profundo sobre los fundamentos de hecho y derecho que la guiaban, resolvió declarar que la firma MELTEC S.A. había incumplido con sus deberes en lo relacionado con la obligatoriedad de la suscripción del contrato, hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta, cuyo monto asegurado era por la suma de \$ 44.540.000 y adjudicó el ITEM 4 a la firma EAGLE COMERCIAL Ltda. Así mismo, ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30 de 1993, en el sentido de surtir las comunicaciones de ley a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

El representante legal de la sociedad MELTEC S.A. interpuso oportunamente el recurso de reposición contra la anterior resolución, el cual fue resuelto por la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional mediante la Resolución No. 003 del 30 de diciembre de 2004, en la que, sin hacer un análisis jurídico profundo sobre los argumentos expresados por el recurrente, se decidió modificar el numeral segundo, en el sentido de que la garantía de la seriedad de la oferta se hacía efectiva por la suma de \$5.871.660, manteniendo en todo lo demás la Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004.

Por todo lo expuesto, el apoderado de MELTEC S.A., presentó el 11 de febrero de 2005, una solicitud de revocatoria directa de las resoluciones en comento, la que fue resuelta de manera adversa por medio de la Resolución No. 002 del 24 de febrero de 2005. Lo anterior condujo a la empresa accionante a formular la correspondiente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la cual no había sido admitida a la fecha de formulación de la presente acción de tutela.

Finalmente indicó el demandante, que ante la existencia de los mencionados actos administrativos y no obstante los vicios que los mismos presentan, algunas entidades públicas en donde se surten procesos de contratación y con las cuales se han celebrado contratos estatales, manifestaron ya que la empresa MELTEC S.A. está inhabilitada para participar en procesos de contratación y para celebrar contratos, por lo que se ha negado la posibilidad de adjudicación y se han iniciado procedimientos para la terminación de contratos, con la consecuente afectación, no sólo de los intereses de la empresa sino de su buen nombre, y lo más grave, de su existencia.

Concluye señalando, que con los mencionados hechos, la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y al buen nombre de MELTEC S.A. pues **(i)** en la Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004 no se hizo ningún pronunciamiento respecto de si la decisión de la empresa de no suscribir el contrato había obedecido o no a una causa justificada, presupuesto indispensable para que se le pudiera imponer la inhabilidad prevista en el artículo 8° literal e) de la Ley 80 de 1993, lo que le impidió a la compañía defenderse oportuna y correctamente de esa decisión; **(ii)** se sancionó a una compañía constituida hace más de 18 años, sin razón valedera, a una inhabilidad que le impide contratar con el Estado, siendo ésta su principal función, lo que afecta su buen nombre y la coloca frente a su eventual desaparición; **(iii)** se incurrió igualmente en una vía de hecho, pues la norma de la Ley 80 de 1993 es suficientemente clara al señalar que la inhabilidad sólo se genera cuando se presentan dos hechos: el objetivo relacionado con la negativa de celebrar el contrato adjudicado y el subjetivo de que esa abstención no obedezca a una causa justa.

Recordó que la tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en atención a las consecuencias nefastas que trae la aplicación de esos actos proferidos de forma irregular, por cuanto la actividad

de la compañía se ve seriamente afectada, ya que la misma está prácticamente dirigida a atender entidades estatales y como ha venido ocurriendo, éstas han manifestado su decisión de terminar con los vínculos contractuales existentes.

Pide que se suspendan los derechos de la Resolución No. 001 de 2004, en especial los de la inhabilidad que puedan predicarse de la misma, hasta tanto no exista una decisión de fondo en el trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, que se prevenga a las entidades estatales con las cuales MELTEC S.A. tiene o puede tener relaciones contractuales, sobre el alcance y efectos de la resolución No. 001 de 2004.

II. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS A LA DEMANDA

En los folios 3 a 32 del anexo a la demanda, se encuentran los siguientes documentos relevantes allegados a la demanda.

- Acta 3004 del 6 de julio de 2004 de la Dirección de Inteligencia del Ejército
- Oficio de la Dirección de Inteligencia del Ejército número 88 del 7 de julio de 2004.
- Comunicación Meltec del 15 de julio de 2004.
- Oficio de la Dirección de Inteligencia del Ejército 086509 del 26 de julio de 2004
- Acta de la Dirección de Inteligencia del Ejército 3039 del 27 de julio de 2004.
- Oficio de la Dirección de Inteligencia del Ejército 086587 del 29 de julio de 2004.
- Oficio 086894 del 12 de agosto de la Dirección de Inteligencia del Ejército.
- Comunicación MELTEC S.A. del 23 de agosto de 2004.
- Oficio de la Dirección de Inteligencia del Ejército 087156 del 23 de agosto de 2004.
- Comunicación MELTEC S.A. del 2 de septiembre de 2004.
- Comunicación MELTEC S.A. del 23 de septiembre de 2004.
- Resolución número 1 del 26 de octubre de 2004.
- Recurso de reposición del 5 de noviembre de 2004.
- Comunicación de MELTEC del 10 de diciembre de 2004.
- Resolución 03 del 30 de diciembre de 2004.
- Resolución 02 del 24 de febrero de 2005

III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

El Brigadier General Pauxelino Latorre Gamboa, Director de Inteligencia del Ejército Nacional, manifiesta que esa entidad realizó todas las conductas legítimas que el caso exigía, lo cual desvirtúa la procedencia de esta acción de tutela, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que no se podrá conceder tutela contra conductas legítimas de la administración.

Según su parecer no está llamada a prosperar la acción interpuesta, pues como consta en la copias que anexa, se cumplieron a cabalidad todas las ritualidades de ley y lo que busca la empresa MELTEC S.A. es usar la acción de tutela como recurso extraordinario.

Luego de hacer un relato de los hechos que llevaron a la expedición de la Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004, señala que el error argumentado como causal de modificación de la oferta por parte de la empresa accionante, no fue cometido por la Administración, sino por MELTEC S.A. y que por ello dicha firma se encuentra obligada a cargar con la responsabilidad, no pudiendo alegar en consecuencia, falta de equilibrio contractual ni mala fe de la Administración, pues la motivación de dicho rompimiento, fue culpa del mismo oferente y no del Ejército.

Indica que todos y cada uno de los argumentos expuestos por dicha entidad al interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004, fueron contestados por la Administración al resolver sobre el mencionado recurso. Expone que MELTEC S.A. canceló la obligación contenida en la garantía de seriedad de la oferta, hecho que permite establecer que la Resolución No. 001 del 2004, modificada por la Resolución No. 003 de 2004, es legítima, procedente y en derecho, por cuanto ese pago *“es imputable jurídicamente a la aceptación de la sanción para la que ha sido creada la figura de garantía de seriedad de la oferta”*.

Afirma que la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, no ha hecho otra cosa que cumplir con las normas de contratación y las que consagran los procedimientos en materia contenciosa administrativa y todas y cada una de las que señalan las ritualidades de ley.

Finalmente, solicita que sea negada la presente acción de tutela por ser totalmente improcedente, toda vez que el acto administrativo que por este medio se pretende impugnar está ejecutoriado, se ha agotado la vía gubernativa y al parecer se ha iniciado la correspondiente acción contencioso administrativa, porque no existe violación de los derechos fundamentales de la empresa demandante y no se ha causado el daño pretendido, el cual por lo demás no ha sido probado y se pretende por esta vía un resultado que solo es procedente por la vía contenciosa.

IV. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de Primera Instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante fallo proferido el dos (2) de agosto de 2005, decidió negar las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el accionante cuenta con un mecanismo ordinario de defensa: la acción de nulidad y restablecimiento el derecho, a la cual ya ha recurrido y se encuentra en

trámite. La tutela debe mirarse entonces desde la posible existencia de un perjuicio irremediable que ameritara la intervención del juez de tutela.

Al respecto, el fallo recordó la doctrina constitucional sobre el perjuicio irremediable y sus exigentes requisitos, para señalar que el mecanismo ordinario de defensa judicial indicado cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto demandado, medida cautelar que según la certificación expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no fue empleada, habiendo sido admitida la demanda el pasado 22 de junio de 2005.

Añadió, que examinada la documentación correspondiente, contrario a lo sostenido por la actora, la decisión de la autoridad accionada no fue producto de su capricho o de una vía de hecho, pues conforme al Código de Comercio la oferta es irrevocable y una vez aceptada obliga al oferente, y la negativa de la sociedad a suscribir el contrato adjudicado se encuentra prevista en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 como una causal de inhabilidad.

En tales condiciones, como dicha resolución se encuentra amparada por la presunción de legalidad, y como la empresa contratante cumplió con los deberes que le competían en pro de la firma del contrato, mal se puede pretender por esta vía desconocer los efectos derivados de la misma y previstos en la ley, suspendiendo los efectos de aquella; además porque frente a una inhabilidad sobreviviente, el artículo 9° del régimen contractual estatal, permite ceder el contrato o renunciar a su ejecución.

2. Impugnación al fallo de primera instancia.

De manera oportuna el apoderado de la entidad accionante, impugnó la determinación que se acaba de sintetizar, para manifestar que lo pretendido con la tutela no es determinar si se aplican o no las disposiciones contenidas en el C. de Co., sino precisar, si dentro del proceso contractual se surtieron los procedimientos legalmente previstos y si las decisiones se adoptaron respetando las formas propias de este tipo de juicios, circunstancias que en su entender no se presentaron, desbordándose el ordenamiento reglamentario y causando un agravio injustificado.

Por contraposición a lo dicho en el fallo cuestionado, sí era imprescindible establecer si el contrato había sido incumplido de cara a una causa injustificada, para de esa manera poder aplicarse la inhabilidad, siendo tal el sentido del pronunciamiento de la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado que se acompañó a la demanda, porque de otra manera se prohíja que de forma laxa, confusa y poco clara se expidan actos de la Administración que afecten gravemente a los particulares.

En torno a la existencia del perjuicio irremediable, estimó que la palpable existencia de la resolución cuestionada demuestra que el daño se encuentra presente, en tanto a la fecha y producto de la arbitraria resolución la actora se halla en imposibilidad de participar en procesos de contratación públicos, sin

haber sido vencida en juicio, que debió existir, con apego al debido proceso y con garantía de los derechos constitucionales.

Reiteró que las condiciones propias del negocio mercantil de MELTEC S.A., le habían generado a lo largo de los años una dependencia “casi vital” de los contratos con el Estado; la firma se dedica a distribuir equipos de comunicación de alta tecnología, que en su gran mayoría son requeridos de manera exclusiva por las entidades estatales dedicadas a la seguridad y prevención; al efecto anexó certificación de revisor Fiscal indicativa de que en los últimos años las operaciones comerciales suscritas con entidades estatales se acercan al 50% de su actividad total. Sostuvo que en torno a tal actividad se ha desarrollado gran parte de la logística de ventas y atención post-venta por lo que la imposibilidad de acceder a ese tipo de contratos, generaría un impacto tan negativo que obligaría a su liquidación, al perder el componente más importante de su negocio, disminuyendo gravemente la posibilidad de desarrollar su objeto social.

En cuanto a la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto demandado al interior del proceso administrativo, sostuvo que “...entre la presentación de la demanda y su admisión para la posterior decisión de suspensión, habrán transcurrido 12 y 18 meses, tiempo más que suficiente para que la empresa haya clausurado sus actividades y por ende haya tenido que soportar ese perjuicio irremediable...”, además porque ni el agotamiento de la vía gubernativa, ni la suspensión provisional del acto constituyen requisitos previos a la presentación de una tutela.

Concluyó afirmando que los argumentos presentados buscaban demostrar que con la expedición del acto atacado, que no cumplió con los requisitos formales, se vulneraron derechos fundamentales como los de defensa y debido proceso, sin que tal sea el debate de fondo que habrá de surtirse ante la jurisdicción contenciosa; con tales y similares razones solicitó la revocatoria de la determinación de instancia y en su lugar la concesión del amparo deprecado.

3. Sentencia de Segunda Instancia.

Tras considerar que existió vulneración de la garantía constitucional del debido proceso por cuanto para declarar la inhabilidad a la empresa accionante, la entidad accionada no cumplió con el requisito de la motivación en torno a la causal de buena fe, la sentencia de segunda instancia dictada por el Consejo Superior de la Judicatura- Sala Jurisdiccional Disciplinaria- ordena revocar la determinación de instancia y en su lugar conceder a MELTEC S.A. el amparo transitorio. Ordenó en consecuencia, suspender los efectos de las resoluciones 001 del 26 de octubre de 2004 y 003 del 30 de diciembre de 2004, en cuanto hace a la inhabilidad para contratar con el Estado impuesta por la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, a la cual le ordena **(i)** estarse a lo resuelto en ese fallo y **(ii)** comunicar tal determinación a las mismas autoridades y entidades a las cuales informó de la inhabilidad. Previno igualmente a las distintas entidades del Estado que mientras la jurisdicción contenciosa emita su fallo, ningún efecto produce la referida inhabilidad.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico

La presente tutela está centrada en que se deje sin efecto la Resolución 01 del 26 de octubre de 2004, por medio de la cual la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional resolvió declarar que la firma MELTEC S.A. había incumplido con sus deberes en lo relacionado con la obligatoriedad de la suscripción de un contrato que le había sido adjudicado.

Antes de la fecha de adjudicación MELTEC S.A. había manifestado su imposibilidad de firmar el contrato, debido a un error aritmético en el que incurrió al presentar los precios de su oferta. Pese a ello, la entidad accionada lo declaró incumplido, le hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta y materializó la inhabilidad de que habla el artículo 31 de la Ley 80 de 1993. Debe determinar la Corte si la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional vulneró los principios de la buena fe al adjudicarle un contrato que se presentaba como inejecutable, y si existió además violación al debido proceso al no consultar la Dirección de Inteligencia del Ejército las razones que tuvo la entidad para negarse a suscribir el correspondiente contrato.

3. El principio de la buena fe, proyección ética de la confianza en los contratos administrativos.

El presente asunto sugiere un estudio sobre la garantía del debido proceso en la modalidad de respeto al principio de buena fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal.

El derecho fundamental al debido proceso comprende, como lo ha señalado esta Corporación,¹ no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone, a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo. Dentro de esos valores y principios, resulta relevante el análisis del principio de la buena fe, como tópicos involucrados en el asunto a revisar.

¹ Sobre el derecho al debido proceso como cláusula abierta e integradora de principios y valores constitucionales Cfr. T-280 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Desde la sentencia T-460 de 1992, la Corte ha sostenido que el principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

El fundamento constitucional del principio de la buena fe lo encontramos en el artículo 83 de la Constitución Política que reza:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En relación a la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, es oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*.

De esta manera, el régimen de contratación del Estado, sostuvo la Corte en sentencia C-892 de 2001² *“no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.”*

El fallo que se comenta afirma que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: *(i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo*

² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.”

En relación específicamente al principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la sentencia citada adujo:

“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho³ a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas’.

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

“En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su

³ Los principios generales de derecho constituyen postulados en los que se incorporan los valores materiales básicos que integran la conciencia ético jurídica de una Nación, y en ellos se funda todo el ordenamiento jurídico.

vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.⁴

“El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina⁵, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”.

A la luz de la jurisprudencia mencionada, el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.

Las directrices de la jurisprudencia referida, aplicadas al caso concreto, arrojan las consideraciones que siguen.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 1996. C.P. Jesús María Carrillo.

⁵ En relación con el punto, Ferreira Rubio sostiene: “*las consecuencias de un comportamiento contrario a lo que impone la buena fe son muy variadas; no pretendemos agotar aquí un catálogo de posibilidades, pero si diremos que las más frecuentes son: a) la privación de las ventajas de quien actúa de buena fe; b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trata, y c) el nacimiento de la obligación civil de resarcir los daños derivados del tal conducta.*”

4. Caso concreto

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, ordenó la apertura del proceso de contratación directa No. 04-DINTE- 2004, cuyo objeto era la adquisición de antenas y radios de monitoría, llevándose a cabo el 6 de julio de 2004 la diligencia de cierre del proceso y habiéndose presentado propuestas por parte de varias compañías entre ellas, la empresa accionante en la tutela MELTEC S. A.

A la hora de presentar su oferta, MELTEC S.A. incurrió en un *lapsus cálami* al trocar el valor de los productos cotizados en 2 ítems, que registraban valores de \$3.400.000, los unos y de \$699.000 los otros.

El día de la audiencia de cierre del proceso, al momento de verificarse el contenido de las ofertas, advirtió el error en la transcripción del cuadro de precios anexo a la oferta, poniéndolo en conocimiento de la Dirección de Inteligencia del Ejército de manera inmediata, hecho del cual si bien no quedó constancia en el acta respectiva (anexo 1), sí consta en autos que fue puesto en conocimiento de la accionada al día siguiente (anexo No. 2), y debido a que la recomendación del comité técnico aconsejaba la contratación con otro contratista, en comunicación del 15 de julio de 2004, MELTEC S.A. dijo acogerla entendiéndolo haber sido descalificado del proceso en razón al error cometido (anexo 4).

Amparado en que la oferta es inmodificable, la Dirección del Ejército Nacional adjudica a la empresa MELTEC S. A. precisamente el ítem 4. que contiene el error mencionado y pese a la renuencia del contratista en firmar un contrato que le resulta imposible de cumplir, el Ejército insiste en su firma. Ante la negativa del contratista en firmar el contrato en esas condiciones, la entidad accionada lo declara incumplido, le hace efectiva la póliza de seriedad de la oferta y además de ello ordena comunicar el incumplimiento de MELTEC S. A. a las autoridades encargadas del registro de las sanciones, con lo que se materializa la inhabilidad de que habla en literal e) del artículo 8º. del estatuto contractual.

Frente a lo acaecido, la Corte considera que la tutela debe prosperar como mecanismo transitorio por violación clara de los principios del debido proceso y buena fe, además de la advertencia de vías de hecho en el proceso de adjudicación de contratación directa adelantado por la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional. Las razones de tal aserto son las siguientes:

Es palmaria la prueba de que la entidad conocía del mencionado lapsus en el que había incurrido la empresa MELTEC S. A. y ello se constata con el oficio del 26 de julio de 2004 cuando indicó a MELTEC S.A. que su oferta ya no podía ser modificada (anexo 5).

Resulta incontrovertible que del abundante cruce de comunicaciones entre ambas partes, contratista y contratante, pero especialmente de la Resolución 003 de diciembre de 2004 -que resolvió la reposición interpuesta contra la

Resolución No. 001 del 26 de octubre de 2004, el Ejército tenía la certeza, porque fue un error confeso y asumido por el contratista, de la equivocación en que incurrió MELTEC S.A. a la hora representar su oferta, al punto de que la negativa de la entidad accionante en reponer los términos de la Resolución que sancionaba, se construyó precisamente en que le era obligante procurar el equilibrio contractual aduciendo que el error provino de MELTEC S.A. y no de la Administración.

Para la Sala, el marcado desfase en uno de los ítems de la oferta en contra del contratista, que jamás tuvo por objeto obtener la adjudicación en los términos del ordinal 6° del Art. 26 de la Ley 80 de 1993,⁶ como que inmediatamente la advirtió y mucho antes de la adjudicación la puso reiterativamente en conocimiento de la entidad contratante, mal pudo dar lugar a que ésta, prevalida de su poder dominante, y en claro desconocimiento de la buena dirección del proceso y de la buena fe del oferente, haya procedido a adjudicarle justamente y de manera exclusiva el ítem de las condiciones anotadas y posteriormente procurar obligarlo a suscribir el contrato.

Es claro que no existen aplicaciones tipificadas de la buena fe, pues ello equivaldría a reducir tal categoría a unos cuantos supuestos, por ello diremos inicialmente, siguiendo la jurisprudencia que se ha mencionado en los antecedentes de estas consideraciones, que en la contratación administrativa debe estar proscrita toda conducta que atente contra los intereses de las partes y la finalidad de la ley de contratación. Es por esta razón que las exigencias de la buena fe resultaron afectadas en este caso en dos momentos puntuales, el primero detallado así:

Proyección clara del principio de la buena fe es el de la confianza legítima en la administración y en la esperanza de que no se actuará lesionando los intereses de los contratistas. Por esta especial circunstancia que la Corte quiere destacar, resultó lesionado el principio en comento, pues como se viene señalando, la aplicación del principio de la buena fe en el escenario contractual permite al administrado tener la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines que se persiguen. Y en que no le va a ser exigido en la forma más inadecuada y gravosa en atención a sus condiciones personales y a las propias de la administración pública. Confianza legítima en que no se le va a imponer una obligación que ni aún superando dificultades extraordinarias puede cumplir. Confianza, en fin, en que la administración no va a adoptar una conducta inesperada y contraevidente que sólo sirve para eludirla.⁷

Si la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, con la conducta de la Dirección de Inteligencia del Ejército de adjudicar un contrato inejecutable agravando las condiciones del contratista y a sabiendas de que no le era posible el cumplimiento del contrato, se infringió el principio de buena fe, tan reforzado en la actualidad por la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, en su proyección de confianza en la administración.

⁶ “los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.”

⁷ González Pérez Jesús. “El principio General de la buena fe en el derecho administrativo”. Editorial Civitas.

Lo que quiere decir que cuando el contratista confiesa su error y la administración mantiene su posición de adjudicar el contrato teniendo como base los cuadros de precios que acompañaron la propuesta y que contenían el error, desatendiendo la solicitud de corrección presentada por el accionante, lo obvio era esperar de la administración las soluciones que la propia ley arbitra para ello: rechazo de la oferta por contradictoria. Lo que no era de esperar, y aquí se concentra la mala fe de la entidad, es que a sabiendas del error y de la imposibilidad en que se colocaba al contratista confeso del mismo, en audiencia de adjudicación del proceso de contratación, el Ejército adjudicara a MELTEC S.A. el ítem 4 del proceso licitatorio, justamente aquí en que el error en la oferta marcaba una desproporción en contra del oferente de 5 a 1 (\$3.400.000, a \$699.000), tratándose de 84 los radios requeridos.

Inclusive a la luz del artículo 6 del Decreto 2170 de 2002,⁸ de acuerdo con la Ley 598 de 2000⁹ y en relación con el registro único de precios de referencia, *“la entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes y servicios así como las condiciones de pago, volumen y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si del análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, la entidad podrá descalificar o declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo”*. Lo que quiere decir que también existía la posibilidad de rechazar la propuesta por encontrarse fuera de los precios del mercado, en caso de no optar por la corrección permitida por el pliego de condiciones.

La finalidad del proceso de contratación es que se adjudique a la oferta más conveniente y favorable y en consecuencia, se firme un contrato que se va a cumplir. El contrato administrativo es *intuitu personae* porque la Administración debe buscar a la persona más idónea y adecuada para realizar el objeto del contrato que se pretende celebrar. La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional aplicó estrictamente la ley no para satisfacer las finalidades del proceso contractual si no para sacar provecho sancionatorio adjudicando un contrato a sabiendas de que era inejecutable.

La Administración Pública en este caso, aprovecha deliberadamente un error para beneficiarse del mismo, calla el conocimiento que tenía de la equivocación del contratista y luego adjudica. Es una contravención clara del principio de buena fe. Si el Ejército se prevaleció de la ley para perjudicar al accionante, lesionó el postulado de la buena fe. En este caso, se insiste, so pretexto de aplicar con rigor la ley, adjudica un contrato con el pleno conocimiento de que no se iba a ejecutar. La aplicación del principio de buena fe en este caso se aprecia de gran valía, porque constituye un límite al poder

⁸“Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”.

⁹“Por la cual se crean el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal, SICE, el catálogo único de bienes y servicios, CUVS, y el registro único de precios de referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la administración pública y se dictan otras disposiciones”

público en tanto su aplicación impide que el ejercicio de potestades públicas se tornen arbitrarias.

El principio de la buena fe, igualmente, impone el deber de coherencia en el comportamiento, y por ello es un concepto que irrumpe en el contenido ético-social del orden jurídico y sirve de cauce para la integración del ordenamiento jurídico. La buena fe conlleva una regla de comportamiento *civiliter*, lo que quiere decir, que lo que debe esperarse de las partes es que actúen de manera seria y honesta.¹⁰

Luego, se infringe la buena fe cuando se toma una decisión que no era la esperada de una entidad que en un Estado Social de derecho vela por los intereses de los contratistas y del Estado mismo. La mayor de las quejas frente al proceder de la Administración en este caso estriba en la adopción de una decisión que perjudicaba al contratista y la posterior sanción a sabiendas de que el oferente sí había actuado de buena fe, o por lo menos con la lealtad que se esperaba al poner en conocimiento el yerro de su oferta.

Como ya lo ha dicho la Corte, cuando el artículo 83 de la Constitución exige que las actuaciones de los particulares y de las autoridades se ciñan a los postulados de la buena fe, consagra un criterio ético de proceder que obliga a las entidades y a los servidores públicos a revisar radicalmente la posición que tradicionalmente han venido observando ante el ciudadano, *“marcada por la prevención y la mala voluntad. Por ello ha dicho esta Corporación, la buena fe obliga también a la administración a quien no le es permitido en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas”*. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-532 del 21 de noviembre de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora bien, es claro que una arista del principio de la buena fe es la proporcionalidad en la sanción o prestación impuesta. Es decir, que el de proporcionalidad es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. La Administración en este caso no optó por lo menos restrictivo, sino por lo más gravoso, e impuso una sanción superior a las necesarias para cumplir el fin perseguido, cual era el de sancionar al oferente por no firmar un contrato, que la misma Administración sabía de antemano que no podía cumplir. Es este un caso paradigmático en el que el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona una rigurosa aplicación de la ley. Se ejerció en este caso una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al pluricitado principio.

El siguiente momento del proceso de contratación en el que se advierte una violación constitucional a la garantía fundamental del debido proceso administrativo¹¹ se concreta en lo siguiente: la norma que consagra la inhabilidad que se discute en este proceso, prevé su aplicación siempre y

¹⁰ González Pérez Jesús. “El principio General de la buena fe en el derecho administrativo”. Editorial Civitas.

cuando quien se abstenga de suscribir el contrato actúe sin justa causa. El artículo 8° literal e) de la Ley 80 de 1993, sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar dice así:

1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

Lo que significa, que resultaba imperativo para el Ejército a la hora de imponer la inhabilidad, entrar a determinar si las razones que tuvo MELTEC S.A. para no suscribir el contrato, constituyeron o no justa causa, pero no lo hizo, y en ello se concreta no sólo una errónea motivación sino también una infracción de los postulados de la buena fe, pues se ignoró completamente el procedimiento establecido para ello. En efecto, en la Resolución 001 del 26 de octubre de 2004, en relación con la inhabilidad exclusivamente se lee:

“14. Que el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 prevé dentro de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para la participación en licitaciones o concursos y celebración de contratos con entidades estatales, contempla en el literal e) la siguiente: ‘Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.’ Evento este en el cual se enmarcaría la conducta omisiva y negligente del oferente aquí favorecido con la adjudicación, esto es, MELTEC SA. (anexo No. 16).”

A su vez la parte resolutive dispuso:

“Artículo Primero : declarar que la firma MELTEC S. A. identificada con NIT 800.002981-1 incumplió con sus deberes en lo que se refiere a la obligatoriedad de la suscripción de la correspondiente minuta del contrato No. 06- DINTE- 2004, producto de la adjudicación del ITEM 4 para ADQUISICIÓN DE RADIOS BASE DE MONITORIA, por valor de cincuenta y ocho millones setecientos dieciséis mil pesos (\$58.716.000) conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente acto de adjudicación según proceso de contratación directa número 04 DINTE- 2004

“Artículo Segundo : hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta número 31 GU 015551 expedida por la compañía

¹¹ En punto a la vía de hecho administrativa, la Corte Constitucional ha señalado que *“pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente de los mandatos de dicho ordenamiento, en abierta o abultada contradicción con él, en forma tal que en vez de cumplirse la voluntad objetiva del mismo se aplica la voluntad objetiva de aquellos y como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho, con la cual se vulneran o amenazan derechos fundamentales de las personas y que dan lugar al otorgamiento de la tutela”* T- 590 de 2002 M. P. Jaime Araújo Rentería.

aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, cuyo monto asegurado es la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$44.540.000) siendo beneficiario el Ministerio de defensa nacional, ejercito nacional.

“Artículo Tercero :Ejecutoriado y firme el presente acto administrativo ADJUDICAR EL ITEM 4 RADISO BASES DE MONITORIA ,a la firma EAGLE COMERCIAL LTDA, según el orden de elegibilidad, según ponencia presentada el 27 de julio de 2004 y consignada en el acta número 3039 registrada al folio 30 del libro de actas de la dirección de inteligencia del Ejército Nacional.

“Artículo Cuarto : Dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 en el sentido de surtir las comunicaciones de ley, a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

“Artículo Quinto : Notificar el presente acto administrativo al representante legal de la firma MELTEC S.A. en la forma prevista en los artículos 44 y siguientes del C.C.A. así como al de CONFIANZA S.A.

“Artículo Sexto : Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición, el cual deber ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación”

Es decir, en el numeral 14 transcrito, apenas se mencionó la norma que consagra la inhabilidad, al paso que en la parte resolutive ni siquiera se nombra y únicamente se dispuso librar comunicaciones a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación, en acatamiento al art. 31 de la Ley 80 de 1993. A su vez, en la Resolución 003 del 30 de diciembre de 2004, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior providencia, se dijo lo siguiente en relación con la inhabilidad.

“17. Que establecido que se cumple con los requisitos de forma previstos en la Ley para que se pueda resolver el recurso bajo análisis, se procederá a ello estudiando uno a uno los argumentos presentados por el recurrente.

“a. Que el día 6 de julio de 2004 MELTEC SA., presentó propuesta suscribiendo para ello la carta de presentación anexa a los pliegos e incluyendo el cuadro exigido dentro de las condiciones generales, que contenía la cantidad y el valor unitario en pesos de cada uno de los ítems que estaba dispuesto a suministrar, multiplicación que no podía exceder del presupuesto total de \$455.400. 000. oo.

“Ello es absolutamente cierto y en dicho cuadro se materializa de manera clara y diáfana la propuesta presentada por MELTEC S.A.

“Es mas, en la carta de presentación de dicha propuesta el oferente, hoy recurrente dice de manera clara que: ‘me permito presentar (...) propuesta seria, formal e irrevocable(...)’

“Por otra parte, en la misma carta de presentación, en su numeral 2º dijo:

“2. que la propuesta que se presento es irrevocable e incondicional, y obliga insubordinadamente al proponente que represento.”

“De lo anterior se desprende de manera clara que la oferta presentada era seria, formal, irrevocable, incondicional y que el mismo proponente aceptaba que lo obligaba insubordinadamente, sin que ahora, pueda tratar de sustraerse válidamente de la obligación libremente contraída. b. Que en el momento de apertura de las propuestas MELTEC S.A. advirtió que había cometido un error de digitación en el cuadro que contenía cantidades y precios y que para el precio del ítem 4- radio base de monitoria ICOM ICR 8500, que era de \$3.400.000.00 se había colocado la suma de \$699. 000. 00, que realmente correspondía a los radios tácticos de monitoria ICOM ICR 10. el 7 de julio de 2004, radicó en la Dirección de inteligencia del Ejército, la comunicación que contenía el cuadro de precios correcto, para que se tuviera en cuenta dentro del proceso de contratación.

“Si algo advirtió MELTEC S.A., con respecto a ello, durante el acto de cierre, cualquier modificación a la oferta en dicho instante resultaba inadmisibile, pues conforme a lo previsto en el artículo 846 del Código de Comercio, el cual reza:

‘la propuesta será irrevocable. Por consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

‘La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.’

“Ello no es jurídicamente viable, la propuesta, una vez comunicada, no puede retractarse.

“Por otra parte, será preciso indicarle al recurrente, que en el texto del acta, que su representante para tal efecto, señor IVAN

BARONA, firmó, no aparece en parte alguna inconformidad aquí indicada.

“c. Que más adelante, el 19 de julio de 2004, MELTEC S.A., le recordó a la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, que desde le mismo día de cierre del proceso de contratación, había advertido sobre el error en el cuadro de precios y cantidades.

“El error expuesto como argumento de la inconformidad, fue cometido por MELTEC S.A. no por la administración, por ello, no es de recibo como justificación del hecho de la no firma del contrato o del no mantenimiento de la oferta.

“d. Que como el proceso seguía adelante, en esa comunicación manifestaba que adjudicársele a MELTEC S.A. el ítem 4 a un precio de \$699.000.00, habría un grave desequilibrio económico.”

La falta de motivación en punto a la existencia de la causal de justificación para declarar la inhabilidad es evidente. Ahora, si por tal motivación se entiende la mención a la irrevocabilidad de la oferta, a la pretendida modificación extemporánea de la misma y a la responsabilidad que debe correr en virtud del error cometido por el contratista, cabe predicar sin duda la ocurrencia de un protuberante defecto sustancial, en tanto de un tajo fueron desconocidos los principios que orientan la dirección del proceso, el deber de procurar que por su causa no se ocasione al contratista una mayor onerosidad, la prohibición de que el Estado no puede actuar con desviación o abuso de poder, el deber de procurar la prevalencia de los principios de reciprocidad, buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos.

Por todo, se aprecia desproporcionado y carente de racionalidad, la sanción impuesta al proponente, pues el hecho de haber sido declarado incumplido, y hacerle efectiva la garantía de seriedad de la oferta, deba padecer una inhabilidad de 5 años para contratar con el Estado y adicionalmente ceder o renunciar a los contratos vigentes, todo por un reconocido error que se encuentra al margen de toda duda y que en momento alguno fue producto de un acto de mala fe, de querer sacar ventaja, defraudar el patrimonio público, o buscar fraudulentamente la adjudicación.

Una medida de la drasticidad de la inhabilidad impuesta a la empresa MELTEC S.A. exige del ente contratante una ponderación que debe estar contenida dentro de las motivaciones del respectivo acto administrativo y que en ningún caso puede dar lugar a que la Administración se aparte de principios de la contratación estatal, en detrimento de quienes aspiran a contratar con el Estado en condiciones de equidad. Naturalmente, si la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional hubiera auscultado en los actos administrativos mediante los cuales inhabilitó a MELTEC S.A. por 5 años para contratar con el Estado, habría encontrado la ocurrencia de una justa causa, una actuación ausente de cualquier rasgo de mala fe, si bien con la

presencia de un error, que en todo caso sólo al contratista perjudicaba, y que fue puesta en conocimiento de la entidad, puesto que acarreaba una consecuencia desfavorable a sus intereses como era el rechazo de la propuesta.

Allí terminaba la actuación seria y coherente del Estado. Es obvio que no se halla en el mismo predicamento, el contratista que luego de que le adjudican le dice a la administración de su error, a aquél que pone de presente la equivocación antes de adjudicar, y espera razonablemente que la administración ya no le adjudique, descarte la oferta y le haga efectiva la póliza de seriedad de la misma.

Lo inesperable, salvo que se proyectara con mala fe, era que la administración a sabiendas del error y de la imposibilidad de firmar el contrato, le adjudicara al contratista el ÍTEM que había errado en su oferta y lo obligara a suscribir contra su voluntad. Es una actuación contradictoria, que no se ajusta a la buena fe contractual. Un mínimo de respeto al principio de buena fe debe impedir que la Administración sorprenda al administrado con decisiones inesperadas, soportadas en un error conocido por demás por el propio Estado.

La Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, sabía que la adjudicación a la firma MELTEC S.A. con base en los precios errados generaba un contrato que configuraría una lesión patrimonial injusta, obligando al oferente a contratar en condiciones de pérdida manifiesta y comprobada, por ser el valor del bien sumamente inferior al precio del mercado conocido por las partes. Es una clara tipificación de la mala fe, que la doctrina ha denominado “pérdida de los beneficios de quien actúa de buena fe”.¹²

5. La acción de tutela como mecanismo transitorio.

La regla general que ha fijado la Corte es que no procede la acción de tutela frente a actos contractuales o precontractuales, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales de defensa. Procede sin embargo, la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable casos en los cuales el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7. del decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (art.8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo que si resulta evidente en el caso *sub lite* es el perjuicio de carácter irremediable que se ocasionó al actor, como consecuencia de los actos administrativos proferidos pues la inhabilidad del contratista por el lapso de cinco años, lo deja por fuera del tráfico jurídico.

En este sentido y en materia contractual la Corte ha señalado:¹³

¹² Ferreira Rubio. *Ob. Cit.*

¹³ Sentencia SU-219 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

“La conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos, sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del juez de tutela. Perjuicio irremediable¹⁴ que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa, como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para “... la participación en licitaciones y / o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y / o cualquier otro sistema”¹⁵.

La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo.”¹⁶

Contrario a lo que sostiene la sentencia de primera instancia, el hecho de no haber solicitado la suspensión provisional del acto demandado, no constituye óbice para que se pueda instaurar, tramitar y decidir la acción de tutela, según lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en sentencia de unificación:

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales.

¹⁴“De acuerdo a lo esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.” C-531-de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Artículo 4°. Escritura pública 5186 de diciembre 2 de 1997, notaría 51 de Bogotá. Y al tenor del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 quedan inhabilitadas para participar en licitaciones o concursos o en la celebración de contratos con entidades estatales por 5 años.

¹⁶ Cfr. Sentencia SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que sí puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado. En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del Art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión”.*¹⁷

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. 9° 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).

No ignora la Corte que de la posibilidad de controvertir el contenido de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la ejecución de un contrato estatal, es necesario reconocer que su control y juzgamiento, por principio, debe llevarse a cabo en la vía gubernativa a través del recurso de reposición –a excepción del acto de adjudicación- y, agotada ésta, ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción contractual, o bien la de nulidad y restablecimiento del derecho, según la naturaleza del acto cuestionado, según lo dispuesto por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y las previsiones del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a la posibilidad de efectuar la impugnación de los actos previos a la ejecución del contrato de manera separada o como fundamento de la nulidad absoluta una vez iniciada la ejecución del mismo, asunto sobre el que la jurisprudencia de esta Corporación definió el alcance del mencionado texto normativo.¹⁸

Así las cosas, la procedencia de la tutela se encuentra condicionada a que el conflicto planteado trascienda el ámbito puramente legal, sobre la

¹⁷ SU-1193 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸ Cfr. Sentencia C-1048 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

interpretación y aplicación de la ley contractual, para comprender un aspecto de naturaleza constitucional que demande la protección especial del juez de tutela de manera inmediata. Ello se demostró en el presente caso, y por ende procede la tutela de los derechos invocados.

Son suficientes las anteriores consideraciones para revocar la sentencia de primera instancia y confirmar el fallo de segundo grado que se ajustó a las directrices que ha trazado la Corte en los eventos en los que se compromete el principio de buena fe. El amparo concedido, cesará en sus efectos al momento en que la jurisdicción contencioso administrativa resuelva la acción contenciosa actualmente en curso, previniendo a las distintas entidades del Estado que en el entretanto ningún efecto produce la mentada inhabilidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil cinco (2005) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Segundo.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General