**La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública
y su impacto frente a los principios de la contratación estatal en
Colombia**

Trabajo realizado por:
Nidia Esperanza Daza Sierra
Candidata a Magíster en Derecho Contractual Público y Privado

Universidad Santo Tomás de Aquino
Bogotá
2017

Nota de aceptación:

Tabla de contenido

Introducción	5
Capítulo I: La subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas en Colombia	10
Resumen	10
1. Marco conceptual y análisis doctrinal	12
1.1 Subsanación, aclaración y explicación	12
1.2 Posturas doctrinales de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas.....	25
2. Análisis legislativo de la subsanabilidad de requisitos.....	29
3. Análisis jurisprudencial de la subsanabilidad de requisitos	48
4. La Solución de la Ley 1882 de 2018	54
5. Conclusiones	56
Capítulo II: La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública, su impacto frente a los principios de la contratación estatal en Colombia y la discrecionalidad de la Administración.....	62
Resumen	62
1. Primacía de lo sustancial sobre lo formal	63
2. La licitación pública como regla general para la selección de contratistas en Colombia	70
3. La subsanabilidad de requisitos frente a la selección objetiva en la Licitación pública: requisitos habilitantes y factores ponderables.....	75
4. La subsanabilidad de requisitos y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal: economía, transparencia y responsabilidad.....	84
5. La discrecionalidad administrativa en la aplicación de las reglas de subsanabilidad en la contratación estatal	101
6. La subsanabilidad de requisitos en la Ley 1882 de 2018 frente a los Principios de la Contratación Estatal y la discrecionalidad administrativa..	107
7. Conclusiones.....	110

Referencias	113
Anexo 1. Análisis jurisprudencial	121
Lista de tablas	
Tabla 1. <i>Subsanabilidad vs aclaración y explicación</i>	20

Introducción

La primacía de lo sustancial sobre lo formal es un principio constitucional y legal que en materia de contratación estatal se introduce en la Ley 80 de 1993 con la prohibición de rechazar de plano ofertas que no cumplan con formalidades incluidas en el pliego de condiciones, siendo una obligación de las entidades buscar la claridad requerida frente a aspectos que generen inseguridad, contradicción o frente a un requisito omitido y que se identifique en el proceso de evaluación de las ofertas, en aras de garantizar los derechos de los proponentes, configurándose la subsanabilidad de requisitos. Actualmente, se mantiene lo dispuesto por el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace, no es subsanable; si no lo hace, es subsanable. Bajo ese panorama, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado a partir de situaciones concretas, estableciendo que un defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue para enmendarlo, sin exceder la adjudicación del proceso.

En ese orden, la figura de la subsanabilidad de requisitos, tal como está regulada, no presenta la suficiente claridad frente a los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, ni tampoco frente a los plazos que se otorgan a los proponentes para subsanar requisitos, con lo cual se confiere a la Administración un margen de subjetividad para determinar dichos aspectos, lo cual vulnera los principios de la contratación estatal, ya que permitir la subsanación de todo aquello no necesario para la comparación de ofertas en

cualquier momento del proceso de selección antes de la adjudicación, vulnera también el principio de transparencia que subsume el de igualdad entre oferentes al permitirles ir completando su propuesta y al desconocer el carácter vinculante del pliego de condiciones, por el cual las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos establecidos en el pliego de condiciones; lo anterior impone al contratista la carga de presentar su propuesta de forma íntegra.

Igualmente, cuando se admite la subsanabilidad en la audiencia de adjudicación u horas antes rompe la presunción de los plazos establecidos en el procedimiento de selección, reglamentados en la ley, que impide que las entidades evalúen bajo el principio de economía y eficiencia. Así mismo, admitir que corre un segundo traslado del informe de evaluación altera los cronogramas previstos en el proceso de selección, amplía los términos de la etapa precontractual y trastorna la planeación de la entidad.

Las reglas de subsanabilidad, tal como están planteadas, entablan una discusión que debe propender por una regulación legal más amplia que permita llenar los vacíos existentes, que desarrolle claramente el criterio para establecer los requisitos subsanables y no subsanables, que determine la oportunidad para hacerlo, que observe los principios de la contratación estatal y que delimite la actuación y decisión de la Administración para la aplicación de la figura.

En concreto, el **problema jurídico** y consiguiente pregunta en torno a la que versa esta investigación es: ¿Las reglas de subsanabilidad de requisitos establecidas en la normatividad vigente y aplicables en los procesos de selección de contratistas bajo la modalidad de licitación pública son claras,

suficientes y garantizan los principios de economía, transparencia y responsabilidad en la contratación estatal?

Teniendo en cuenta lo anterior, en el desarrollo de la investigación se plantea la siguiente **hipótesis**: es necesario reglamentar a través de una ley el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de modo que condense y unifique los criterios de subsanabilidad establecidos por el Consejo de Estado, que taxativamente instituya los requisitos subsanables e insubsanables o necesarios para la comparación de las ofertas, la etapa en el proceso de selección para subsanar, el plazo que se debe otorgar y las consecuencias de no hacerlo, de modo que solucione la colisión que existe con la jurisprudencia, dada la redacción y el contenido del mencionado parágrafo. Generaría así un marco que unifique y prevenga que se desborde la discrecionalidad de la Administración en la aplicación de las reglas de subsanabilidad y que a su vez observe los principios de transparencia, economía y responsabilidad, rectores de la actividad contractual del Estado.

Así pues, el objetivo principal del presente trabajo de investigación es evidenciar la necesidad de una reglamentación legal clara y suficiente de la figura de la subsanabilidad de requisitos. Para ello, se desarrollarán tres objetivos específicos, a saber: i) Analizar las posturas legales adoptadas por el legislador colombiano frente a la subsanabilidad de requisitos, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 066 de 2008, el Decreto 2474 de 2008, la Ley 734 de 2012, el Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082 de 2015, para delimitar el marco normativo que ha impactado la figura de la subsanabilidad de requisitos; ii) analizar las posturas jurisprudenciales adoptadas por el Consejo de Estado frente a la subsanabilidad de requisitos en la licitación pública, en vigencia de la Ley 80 de 1993 y hasta

hoy, con el fin de establecer el alcance de las sentencias y su aplicación por parte de las entidades, y iii) analizar la postura que asume la doctrina colombiana frente a la subsanabilidad de requisitos.

Finalmente y teniendo en cuenta los resultados que se obtengan del desarrollo de los objetivos anteriores, se estudiará la figura de la subsanabilidad de requisitos en la licitación pública, a la luz de los principios rectores de la contratación estatal para establecer su materialización y/o vulneración y a su vez frente a la discrecionalidad de la Administración para dar aplicación a la figura.

De esta manera, en el primer capítulo se desarrollará el marco conceptual que esclarece la subsanación frente a la posibilidad de aclaración y explicación de las ofertas, así como las posturas doctrinales más relevantes; el análisis legal a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 y el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado a partir del año 2010 hasta la fecha, para apreciar integralmente las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas.

De esta manera, el capítulo segundo se va a centrar en la aplicabilidad de la rectificación o subsanación de las ofertas en los procesos de selección bajo la modalidad de licitación pública, entendiendo el procedimiento y la importancia de la selección objetiva, para concluir en su impacto frente a los principios de la contratación estatal y a su vez en la discrecionalidad administrativa generada por el vacío legal existente, al no esclarecerse legalmente los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, aquellos no necesarios, los plazos para subsanar, la forma de hacerlo y la etapa para requerirlos en

desarrollo del proceso de selección, lo cual ha generado subjetividades que terminan en la vulneración de los principios y fines que persigue la actividad contractual del Estado.

Capítulo I: La subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas en Colombia

Resumen

La Ley 1150 de 2007, dentro del importante aporte hecho para reglamentar la Ley 80 de 1993, desarrolló entre otras la figura de la subsanabilidad de requisitos, que aunque ya venía desde la referida ley, inspirada en el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, indicó que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. Por tanto, los requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. Salvo en el mecanismo de subasta, en el que se solicitan y deben allegarse hasta el momento previo a la adjudicación.

De esta manera, el capítulo inicia con el marco conceptual y doctrinal de la subsanabilidad de requisitos, continúa con el análisis legislativo de los últimos 10 años y finaliza en un análisis de las principales sentencias del Consejo de Estado a través de las cuales, a partir del año 2010, se han establecido reglas frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas. De esta manera, se concluye la discrepancia legal generada a partir del año 2007, el desarrollo jurisprudencial que se ha producido en aras de reglamentar la aplicación de la figura de la subsanabilidad de requisitos y la necesidad de unificar criterios en una norma que limite el mecanismo, indicando los requisitos susceptibles de subsanación, el plazo para hacerlo y aquellos

requerimientos necesarios para la comparación de las ofertas, reglamentación que en primer lugar observe los principios rectores de la contratación y permita la selección objetiva de los contratistas.

Palabras clave:

Licitación pública, subsanabilidad, aclaración, evaluación, formalismo, sustancial, selección objetiva, economía, proponentes, oferentes, adjudicación, habilitantes, ponderables, comparación.

Abstract

Law 1150 of 2007 within the important contribution introduced to regulate Law 80 of 1993 developed among others the figure of the recourse of requirements, that although it came from the referred law, inspired in the principle of the primacy of the substantial over the formal, indicated that the absence of requirements or the lack of documents concerning the future recruitment or the proponent, not necessary for the comparison of the proposals will not serve as a sufficient title for the rejection of the offers made. Therefore, requirements that do not affect the assignment of scores can be requested by the entities at any time, until the award. Except in the auction mechanism, which are requested and must be completed until the moment prior to the award.

In this way, the chapter begins with the conceptual and doctrinal framework of the recourse of requirements continues with the legislative analysis of the last 10 years and ends in an analysis of the main sentences of the Council of States since 2010 year, rules have been established regarding the rectification of requirements in contractor selection processes. In this way the legal discrepancy generated since 2007, the jurisprudential development that has occurred in

order to regulate the application of the figure of the recourse of requirements and the need to unify criteria in a norm that limits the mechanism, indicating the requirements for rectification, the deadline for doing so and those requirements necessary for the comparison of the offers, regulations that first observe the guiding principles of the contracting and allow the objective selection of the contractors

Key words:

Public tender, recourse, clarification, evaluation, formalism, substantial, objective selection, economics, proponents, bidders, adjudication, enabling, ponderable, comparison.

1. Marco conceptual y análisis doctrinal

1.1 Subsanación, aclaración y explicación

En primer término, es necesario diferenciar jurídicamente la subsanabilidad de las ofertas y el régimen de las explicaciones y aclaraciones de estas, pues corresponden a actuaciones realizadas y reglamentadas en disposiciones distintas de la Ley 80 de 1993; de esta forma, la subsanabilidad surge en el derogado artículo 25, numeral 15 de la referida ley, y hoy se contempla en el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, mientras que las explicaciones y aclaraciones se encuentran estipuladas en el artículo 30 numeral 7 de la Ley 80 de 1993.

Así y como se concluye más adelante, aunque los conceptos de aclarar y explicar distan en significado y alcance de la posibilidad de subsanar la oferta, coinciden en que persiguen una misma finalidad y es que contribuyen a adecuar

las ofertas a los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego u omisión de un documento –subsana–, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias –aclarar o explicar–.

La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –solo que es contradictorio o confuso–, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación; puesto que de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes¹.

Contrario a lo anterior, la posibilidad de subsanar se refiere a la oportunidad de remediar o reparar un defecto de su propuesta o allegar un documento ante la omisión de algún requisito establecido en el pliego de condiciones, que afecte el futuro contrato o las calidades del proponente; siempre y cuando, no afecte o incida en la comparación de las ofertas, aspecto que no es claro salvo que se trate de factores de ponderación del proceso de selección. Al respecto, es necesario precisar que la normatividad no establece los aspectos necesarios para la comparación de las ofertas; sin embargo, se estimó que corresponden a aquellos que otorgan puntaje, lo cual evidencia el vacío existente, dado que las entidades pueden establecer de manera subjetiva los aspectos que considere

¹ Se concluye de la sentencia del 12 de noviembre de 2014, Expediente No. 27.986 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

necesarios para la comparación de las ofertas –no subsanables– y los plazos para que se realicen las subsanaciones de aquellos no necesarios para la comparación de las mismas².

Hecha la anterior apreciación, se hace a continuación un análisis de cada una de las figuras.

b) Lo subsanable

La expresión subsanar no se origina en la norma, sino que surge de la práctica jurídica de las entidades estatales a las cuales se aplica el estatuto de la contratación estatal. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española –DRAE– (1992), subsanar es: “1. tr. Disculpar o excusar un desacierto; 2. Tr. Reparar o remediar un defecto” (párr. 1).

En el ámbito legal, es en el año 1993 cuando, con la expedición de la Ley 80 de 1993, inspirada en los artículos 228 y 209 de la Constitución Política de 1991 –con los cuales se estableció la prevalencia de lo sustancial y se incorporaron principios más flexibles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa– se rompe la cultura del formalismo procedimental que traían los estatutos contractuales anteriores (Decreto Ley 150 de 1976 y Decreto Ley 222 de 1983), dando paso a figuras como la subsanabilidad de requisitos, contemplada actualmente en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 vigente, en virtud de la cual una entidad estatal no podrá rechazar una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre las

² Ibídem.

condiciones del proponente o sobre soportes del contenido de la oferta, que no constituyan los factores de escogencia (Borja, 2009, p. 226).

De esta manera se estableció la posibilidad que tienen los oferentes de remediar o reparar un defecto de su propuesta o, en dado caso, ante la omisión de algún requisito establecido en el pliego de condiciones, de hecho, la disposición precisa que procede la subsanabilidad frente a la “ausencia de requisitos o falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, pero lo condiciona a que no incida en aspectos relacionados con la comparación de las ofertas (Ley 1150 de 2007).

Vale la pena aclarar aquí que los requisitos y exigencias establecidas en el pliego de condiciones para la presentación de las ofertas no tienen la misma preponderancia, sino que la jurisprudencia y la norma han señalado requisitos habilitantes de carácter jurídico, técnico y financiero, y requisitos ponderables de carácter económico y como factores de calidad. Con lo anterior se concluye que los primeros (habilitantes) tienen un carácter formal pero que puede incidir en el futuro contrato o en las calidades del oferente y los segundos (ponderables) son factores catalogados legalmente como determinantes en la comparación de las ofertas habilitadas o de los proponentes que cumplieron a cabalidad los primeros, demostrando que cuentan con la capacidad mínima requerida por la entidad para la ejecución del contrato (Gómez y Velandia, 2015, p. 83).

Bajo ese panorama, de acuerdo con la disposición legal vigente, lo subsanable corresponde a aquellos requisitos que no otorgan puntaje, es decir, los no necesarios para la comparación de las ofertas, de lo cual se subsume que son los habilitantes. Igualmente y teniendo en cuenta que no hay claridad frente a

los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, se concluye de la disposición legal que corresponden a aquellos ponderables o que inciden en la asignación de puntaje, los cuales no pueden ser subsanados en ninguna etapa del proceso de selección.

Estas interpretaciones surgen del vacío legal existente, al no determinarse normativamente los aspectos necesarios para la comparación de las ofertas y aunque hay un criterio jurisprudencial reiterado por el Consejo de Estado que indica que corresponde a los requisitos ponderables, se ha dejado un margen de discrecionalidad a la Administración para determinarlos, lo cual ha generado multiplicidad de interpretaciones y aplicaciones, así como reglas de subsanabilidad diversas para cada entidad, lo cual choca con el principio de transparencia y responsabilidad que debe orientar la actuación contractual de las entidades del Estado .

c) Lo insubsanable

Dicho lo anterior, parafraseando a Dávila Vinueza (2016), en los procesos de selección de contratistas no son susceptibles de subsanabilidad y generan el rechazo de la propuesta los siguientes aspectos:

- Hallarse incurso en una causal de inhabilidad.
- La propuesta presentada por incapaces, situación diferente a la falta de autorización del representante legal por el órgano directivo, requisito subsanable siempre que se cuente con el mismo antes del cierre del

proceso, por lo que se subsana allegando la respectiva prueba (Rico, 2015 p. 341)³.

- La falsedad comprobada y declarada judicialmente de los documentos presentados al proceso de selección.
- Los errores, omisiones o fallas que se cometan en los formatos, ítems o contenido de la información relacionada con los factores de ponderación o que otorgan puntaje en el proceso de selección.
- Los valores ofertados que excedan el valor del presupuesto oficial del proceso de selección.
- La falta de inscripción del proponente en el RUP o el incumplimiento de los requisitos para acreditar la capacidad jurídica, técnica o financiera, es decir que no cumple con estos, y por ende su acreditación.
- Cuando no se acredite el documento de constitución del consorcio o unión temporal porque no existe.
- Los tachones, enmendaduras, borrones que den lugar a diversas interpretaciones o induzcan a error en los documentos que contengan la información susceptible de ponderación o puntaje en el proceso de selección.
- La presentación extemporánea de la propuesta.
- Cuando un oferente realice varios ofrecimientos en el mismo proceso de selección bajo el mismo nombre o con denominación diferente.
- La inexistencia de la póliza de seriedad de la oferta, es decir, la falta de expedición de la misma antes del cierre del proceso de selección.

³ En palabras del doctrinante Alonso Rico: “Es necesario advertir que las reglas de Subsanción únicamente atienden a la verificación de las condiciones del proponente o el soporte de sus calidades. En ningún caso pueden convertirse en una oportunidad adicional para completar la propuesta o para modificarla, pues ello contraría no solo el principio de igualdad sino también el de transparencia, economía y el deber de selección objetiva, entre otros”.

Cabe precisar en este punto que el vacío legal se presenta al no establecerse los requisitos insubsanables, es decir aquellos accesorios para la comparación de las ofertas, situación que genera inseguridades jurídicas, dando lugar a subjetividades que atentan contra los principios de la contratación.

d) Aclaración y explicación

El término **Aclarar** es definido así por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –DRAE– (1992):

Hacer ilustre, esclarecer; 10. Tr. Hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo”. Es sinónimo de explicar, que a su vez se define como: “1. tr. Declarar, manifestar, dar a conocer lo que alguien piensa; 2. tr. Declarar o exponer cualquier materia, doctrina o texto difícil, con palabras muy claras para hacerlos más perceptibles; 5. tr. Dar a conocer la causa o motivo de algo; 6. Prnl. Llegar a comprender la razón de algo, darse cuenta de ello (p. 76)

En los procesos de selección de contratistas, aclarar o explicar no es directamente agregar a la oferta requisitos o documentos que fueron omitidos: su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene. Sin embargo, esto no es óbice para que en la misma oportunidad se alleguen documentos que no estaban en la propuesta presentada, sin que ello signifique que agregan algo adicional a lo ofertado, es decir que no se adiciona el requisito sino que se explica, se aclara.

De esta manera, como lo indica el Consejo de Estado en providencia del tres (3) de junio de dos mil quince (2015) Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00613-01(31211)⁴:

Y reitera la misma providencia que si bien subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar, puede producirse con ocasión de aquellas; es decir como consecuencia de las explicaciones o aclaraciones dadas. Una diferencia importante está en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –solo que es contradictorio o confuso–, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes (Consejo de Estado Sentencia del 03 de junio de 2015 Rad. 31211, 2015).

Lo anterior implica que en caso de inconsistencia o falta de claridad en la oferta, la entidad tiene el deber de requerir y escuchar al proponente, para

⁴ Como consecuencia de la aclaración o explicación que ofrece el proponente, la Administración puede concluir:

Que la oferta está perfecta, y continúa su evaluación.

Que la oferta no se ajusta a lo pedido, en cuyo caso optará por: a) permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley; b) rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia produce esa consecuencia y es insubsanable, o c) evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración (p. 1).

posteriormente pronunciarse sobre sus explicaciones, después del traslado del informe, incluso en la audiencia de adjudicación, para que este se defienda⁵.

Sobre la posibilidad del oferente de explicar o aclarar la propuesta, el tratadista Pino Ricci (2005) señala:

Dentro del plazo de las evaluaciones la entidad estatal podrá, solicitar 'las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables'. Adicionalmente, si los oferentes lo consideran pertinente, podrán hacer las aclaraciones que consideren oportunas sin que sea necesario el requerimiento expreso de la entidad. Las aclaraciones permitirán a la entidad precisar el alcance de aquellos aspectos confusos o ambiguos de las ofertas, pero en ningún caso estas podrán implicar una modificación del ofrecimiento. Ocurrirá una modificación si se presentan informaciones no referidas en la oferta, por tanto, presentar un documento que permita acreditar la información contenida en la oferta no constituye una modificación (p. 301).

Así, cuando la entidad solicita una aclaración o explicación al oferente, asume una actitud hermenéutica no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta, es decir por la entidad contratante, que por su pedido se deduce que se encuentra ante una situación de confusión, de incomprensión y falta de claridad de un dato contenido en la propuesta presentada por el oferente.

Conforme a lo establecido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 30 numeral 7, las entidades deben garantizar el ejercicio del derecho que tienen los oferentes

⁵ En la Ley 80 de 1993 artículo 30 numeral 10 se establece: "De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido".

de aclarar los aspectos indeterminados de sus propuestas, con lo cual le permite a la entidad contratante definir si la propuesta se adecua o no al pliego de condiciones. Esta oportunidad es propia del proceso de evaluación de las ofertas, que parte de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, por lo que aun cuando se acredite el requisito y el oferente asume su cumplimiento, la entidad duda si efectivamente es así o no. Se trata entonces de la posibilidad de aclarar o explicar lo que existe en la propuesta⁶.

A continuación, siguiendo a Rodríguez (2015), se enumeran los casos más comunes que se presentan en los procesos de licitación pública en los cuales proceden las aclaraciones.

Incoherencias: cuando sobre un mismo requisito la oferta cuenta con dos datos diferentes: conforme a uno dice algo concreto, y conforme al otro el contenido cambia, trayendo como consecuencia que la oferta no se ajuste a lo pedido. Navia (1993), en este evento, afirma que la entidad no debe actuar conforme a la primera impresión, y menos si es la más gravosa para el proponente, aunque tampoco debe tomar partido irreflexivamente en su favor. Existen dos opciones:

a) Aplicar una regla previsiva del pliego que dirima la controversia, como cuando expresa que “en caso de contradicciones entre un lugar y otro de la oferta prevalecerá uno de ellos”, pero se requiere que este haya anticipado el problema, o situación en el pliego de condiciones en cuyo caso el principio de legalidad impone la aplicación de la regla.

⁶ Señala Luis Guillermo Dávila Vinuesa (2003): “Con razón podría señalarse que en ejercicio de esta atribución de aclarar o explicar no se incorporan en las ofertas nuevos documentos pues se trata, se repite, de aclarar dudas en su presentación y no de cambiar o corregir ciertos aspectos”.

b) Permitir al proponente que defina el alcance de la obligación que adquirirá, porque no se puede adjudicar, y celebrar luego el contrato, para posteriormente esperar que en calidad de contratista discuta que el alcance de su propuesta fue otro, porque conduciría a una afectación del servicio público (p. 30).

Por lo anterior, opera la posibilidad de solicitar al oferente las explicaciones y/o aclaraciones que considere la entidad.

Falta de claridad: cuando su interpretación se dificulta por utilizar términos difíciles de entender, o cuando no se comprende el alcance propuesto. No son contradicciones entre contenidos de la propuesta, sino que la entidad no entiende su alcance, así que necesita información adicional que los precise.

Oferta con precio artificialmente bajo: la entidad no puede rechazar inmediatamente la propuesta; en su lugar debe: i) pedir explicaciones al oferente para que justifique el valor, y ii) analizada la respuesta decidir su rechazo o permitir que continúe en el proceso, dependiendo de que las aclaraciones justifiquen satisfactoriamente el motivo del precio bajo (pp. 30-31).

Lo anterior, a la luz de la posibilidad de aclarar y/o explicar qué tiene el oferente, por lo que la mera determinación por parte de la Administración de precios artificialmente bajos no da lugar al rechazo de la oferta.

Dicho lo anterior, vale la pena advertir que la falta de claridad no supone un problema de subsanabilidad, aunque en ocasiones conduce a aplicarlo. En estos eventos, la oferta está completa, pero no es preciso su contenido, así que la Administración debe indagar por el alcance exacto de lo propuesto, para despejar las inquietudes, y con base en ellas tomar las decisiones correspondientes. Como consecuencia, la Administración puede concluir en:

- a) Que la oferta está perfecta, y continúa su evaluación.
- b) Que la oferta no se ajusta a lo pedido, en cuyo caso optará por: i) permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación; ii) rechazar la oferta, cuando el defecto es insubsanable, o iii) evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración (Consejo de Estado, 2014). Por ejemplo, por cometer errores en el diligenciamiento de algún formato que otorgue puntaje, como factores de calidad, caso en el cual la consecuencia será no conceder dichos puntos. (Rodríguez, 2015, p. 31).

e) Oportunidad para subsanar, aclarar o explicar la oferta

Vislumbradas las diferencias entre subsanar, aclarar y explicar, a continuación se condensan las mismas en la siguiente tabla, para concluir en la oportunidad.

Tabla 1. *Subsanabilidad vs aclaración y explicación*

Subsanabilidad	Aclaración y explicación
Contemplado en el derogado artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 y reiterado por el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.	Contemplado en el artículo 30 numeral 7 de la Ley 80 de 1993.
Subsanar implica reparar un defecto contenido en la propuesta, es decir, la omisión de algún requisito, como reza la norma: “la ausencia de requisitos o	No presume agregar a la oferta requisitos omitidos, sino que busca hacer de manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las

la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no versen sobre requisitos tendientes a la comparación de las ofertas.	causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.
Implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene.	No se adiciona un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo, lo cual puede implicar allegar un documento.
Oportunidad para subsanar vs Oportunidad para aclarar o explicar	
<p>Las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas a partir del momento en que empieza la etapa de evaluación, es decir, una vez se cuenta con las ofertas y se inicia su análisis.</p> <p>En efecto, frente a la subsanabilidad, explicación y aclaración es posible conceder el derecho incluso hasta la audiencia de adjudicación, pero el oferente debe acogerse al término fijado por la entidad contratante, el cual obedece a criterios de razonabilidad.</p> <p>Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección.</p> <p>Si el pliego no contempló el término para subsanar, aclarar o explicar, la Administración debe conceder un plazo pero de ninguna manera puede vulnerar el derecho del oferente de esclarecer su oferta y no cabe discriminación alguna entre los proponentes. No requerir al proponente para que subsane, explique o aclare constituye una omisión.</p>	

Fuente: elaboración propia a partir del análisis legislativo.

1.2 Posturas doctrinales de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas

La doctrina nacional, desarrollada por estudiosos del Derecho administrativo y contractual, muy de la mano con el desarrollo legal y jurisprudencial de la subsanabilidad de requisitos, ha sentado diversas posturas que parten en principio del reconocimiento de la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

De esta forma se ha desarrollado la teoría de los requisitos esenciales y subsanables. Lo anterior, se explica en términos de Miguel Marienhoff (1992):

(...) las ofertas o propuestas que se formulen deben estar de acuerdo con las bases de la contratación; vale decir, su contenido debe ajustarse al pliego de condiciones. De lo contrario, las ofertas serían rechazadas. De ahí la necesidad de examinar cuidadosamente dicho pliego y atenerse a él (...). No obstante, es de doctrina la posible presentación eficaz de ofertas o propuestas que solo se aparten del pliego de condiciones en detalles sin trascendencia (p. 183)

En la misma línea se configuraron posturas como la de García y Fernández (1997) que indicaron: “no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida (...)” (p. 427).

Así, la subsanabilidad de requisitos se ha sentado sobre la relevancia de los documentos sujetos de subsanabilidad; por tanto, dependiendo de la relevancia de estos en el proceso así serán el efecto y el carácter de subsanable; nótese que a partir del año 2007, con la expedición de la Ley 1150, se estableció que

aquellos que no otorgan puntaje, es decir que no afectan la comparación de las ofertas, por ende pueden ser subsanados hasta antes de la adjudicación.

Sin embargo, el tratadista Enrique Sayagués Laso (1940) años atrás había considerado:

“(...) cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es solo en cuestión de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconveniente para que, si está en primer término, se le declare adjudicatario (...)” (p. 94).

Por su parte, Gonzalo Suárez (2014), conferencista en temas contractuales, señaló:

(...) se evidencia que la consagración de la regla general de subsanabilidad tuvo como fundamento el principio en virtud del cual lo sustantivo debe primar sobre lo formal, siendo claro que, en tanto no se modifiquen los factores de la oferta destinados a compararla, esto es aquellos que conceden puntaje dentro de la competencia, es posible subsanar todos aquellos errores en la documentación de soporte tanto relativos a las condiciones habilitantes del oferente, como aspectos no calificables de la oferta (...).

En el año 1993, con la entrada en vigencia de la Ley 80, surgen otros pronunciamientos del Consejo de Estado que reiteran lo consagrado en el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 “[...] la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al

proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Consagración legal que se mantiene en vigencia de la Ley 1150 de 2007 parágrafo 1° del artículo 5, que al igual que el anterior establece que la ausencia de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituyen un criterio para rechazar un ofrecimiento dentro de un proceso de selección, aseveraciones que ratifican la necesidad de parámetros legales que establezcan los requisitos que son necesarios para la comparación de las propuestas y aquello que no lo son, en aras de cerrar esa brecha de subjetividad que acompaña los procesos de contratación y que aunque se respaldan en algunos fallos judiciales o posturas doctrinales, prevalece la oscuridad en el sistema normativo, lo cual sin duda genera atropellos contra los principios de contratación que finalmente pueden terminar perjudicando a los proponentes. De esta manera, tratadistas como Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2004) reafirman lo anterior, así:

La incorporación de unos requisitos dentro del pliego para ser cumplida por quienes aspiran a proponerle al Estado debe tener un propósito útil, esto es, que pueda calificarse de necesario o indispensable. De no ser así, de tratarse de un requisito inútil, no sustancial, no indispensable, sobre todo para sacar una conclusión en cuanto a la comparación de las propuestas, no puede considerarse como fundamental, y su incumplimiento no puede dar lugar a rechazo del ofrecimiento (p. 179)

En la línea de Matallana Camacho, es necesario precisar que si bien la subsanabilidad de requisitos ha tenido un desarrollo legal en los últimos 10 años, que ha generado inseguridades jurídicas, el avance jurisprudencial también lo ha hecho, ya que persisten contradicciones entre estas y lo

dispuesto por la normativa. El Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos sentidos generando variadas interpretaciones como la que se identifica frente al plazo otorgado para subsanar el cual, como lo indica el artículo 5 parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, puede ir hasta la adjudicación, pero las providencias del alto tribunal, contrario a ello, promulgan el rechazo de las mismas en caso de no atender el plazo fijado, lo cual evidencia la primacía del formalismo determinado en el plazo fijado sobre la selección objetiva del oferente (Matallana, 2013, p. 441).

Igualmente, siguiendo al doctor Ciro Norberto Guecha, quien precisa que los factores técnicos y económicos se sustentan con los documentos aportados, los cuales sirven para hacer la comparación de las ofertas, comparte el problema planteado en la presente investigación y es que la escasa reglamentación legal y el desarrollo jurisprudencial suscitado en torno a la subsanabilidad de requisitos ha permitido que surjan múltiples controversias, ya que muchos proponentes son excluidos por la falta de documentos considerados de repente, necesarios para la comparación de las ofertas, llevando a que las entidades públicas hagan uso irregular del criterio pasa o no pasa, ya que subjetivamente establecen aquellos (requisitos necesarios para la comparación de las ofertas) para habilitar o no a los proponentes, enmarcando su actuación por fuera de los principios rectores de la contratación al limitar la participación de los oferentes y generar exclusiones ilegales de los mismos (Guecha, 2015, pp. 103 y 104).

Con lo anterior, se concluye que los doctrinantes mencionados son de los pocos tratadistas que se han referido directamente a la subsanabilidad de requisitos, por lo cual fueron relacionados en el presente documento y estos se han limitado a explicar el mandato legal y criticar las posturas adoptadas por el Consejo de Estado, indicando por ejemplo que hay lugar al rechazo de la oferta

cuando no se cumple el requisito formal, pero si se allega la prueba que acredita el cumplimiento del mismo, la oferta puede calificarse y evaluarse. Así, por citar un caso la falta de inscripción en el RUP generará el rechazo, a *contrario sensu*, omitir presentar con la oferta el requisito estando en firme la inscripción daría lugar a su subsanabilidad (Vinueza, 2016).

Así pues, en el presente análisis se evidencia la necesidad de un marco legal que reglamente de forma clara y suficiente la subsanabilidad de requisitos, que enmarque la actuación de la Administración y observe los principios de la contratación en aras de llenar el vacío existente y solucionar las controversias que se han suscitado.

2. Análisis legislativo de la subsanabilidad de requisitos

La reglamentación de la contratación estatal en Colombia busca restringir el poder del Estado y concretar los principios que rigen la función administrativa, contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991^[7]: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, por lo que las entidades deben centrar todos sus esfuerzos en asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebren, frente a lo cual la misma Ley 80 de 1993 señala en el artículo 23^[8] la imperiosa necesidad de ajustar las

⁷ “Artículo 209. 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. //Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley”.

⁸ Señala dicho artículo: “De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los

actuaciones de la Administración a los principios de economía, transparencia y responsabilidad. Por ello, el objetivo principal de la Ley 80 de 1993 es servir de “estatuto general de contratación de la Administración Pública” y el de la Ley 1150 de 2007 que reforma la primera, es “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. Por lo que la exposición de motivos del proyecto de ley que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, introduciendo medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción.

A continuación, se hace un análisis de la evolución legal de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, dada su relación directa con los principios rectores de la contratación estatal y en especial en lo que respecta al principio de economía, pues la figura de la subsanabilidad nace precisamente de la necesidad de dar primacía a lo sustancial sobre lo formal en la selección de contratistas, en aras de garantizar la selección objetiva de los mismos.

a) Ley 80 de 1993

Nace con la finalidad de unificar la contratación del Estado y se fundamenta en los principios que rigen la función administrativa, contemplados en la Constitución Política de 1991: transparencia, economía y responsabilidad. En términos de Jaime Betancur Cuartas (1993):

servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Con el fin de adaptar la normatividad a la Constitución nacional expedida en 1991 y adecuarla a la necesidad de dotar a las entidades estatales de normas que ofrecieran soluciones a las dificultades que presentara la actividad contractual del estado, por el excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y las múltiples instancias de revisión y aprobación que caracterizaron su contenido.

Así, la Ley 80 de 1993 es el estatuto general de la contratación pública en Colombia, es la pauta que regula los procesos de contratación y tiene por objeto contribuir al mejoramiento en la ejecución de los recursos públicos para que el Estado logre la satisfacción de las necesidades sociales generales, lo cual se traduce en eficiencia, favoreciendo la moralización de la gestión y apunta a la economía en la contratación estatal (Solarte, 2008, p. 121).

Frente al tema que nos ocupa en el presente trabajo, la referida ley no incluyó el término subsanar o requisitos subsanables como la eventualidad de corregir algún requisitos de la oferta presentada por un proponente dentro de un proceso de selección de contratistas para evitar su rechazo o calificación negativo; sino que en el derogado inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establecía una regla por la cual la ausencia de requisitos o documentos propios de la contratación que no incidieran o se necesitaran para la comparación de las propuestas, no podía catalogarse como una causal de rechazo del ofrecimiento⁹. Este artículo, analizado a la luz del artículo 29 de la misma ley, el cual regula la selección objetiva, evidencia el requerimiento que fija el legislador a las entidades contratantes para que revisen minuciosamente en las ofertas el cumplimiento de los requisitos y si faltare alguno corresponde

⁹ “ (...) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos” (Congreso de la República de Colombia, 1993).

solicitarlo al oferente para incluirlo en la oferta y que continúe en la contienda, en condiciones de igualdad con los demás competidores tras la adjudicación del contrato.

En ese orden, la Ley 80 de 1993 establece que frente a los requisitos puramente formales procede la subsanación y es posible que la entidad contratante le otorgue al oferente un plazo razonable para que corrija el mismo; de esta manera se produjo una ruptura ideológica completa en relación con las normas anteriores a dicha ley, es decir el Decreto-Ley 150 de 1976 y Decreto-Ley 222 de 1983, ya que en vigencia de estos era restringida la posibilidad que tenían los proponentes de “subsana” errores en que incurrían, por la prevalencia de la cultura del formalismo. El rechazo de ofertas era indiscriminado y a su vez injustificado, por ejemplo no aportar el índice de los documentos u omitir el orden exigido en la presentación de los mismos era una causal de rechazo.

La Ley 80 de 1993, al establecer la primacía de lo sustancial sobre lo formal, materializó el principio de economía y llevó a las entidades a ponderar si lo omitido por un oferente “era o no necesario para la comparación de las propuestas”, supuesto sobre el cual debía basar su decisión de rechazar o no su oferta. Situación que era imprecisa para las entidades y en un principio carecía de la certeza y objetividad que requería, de manera que cada una de las entidades hicieron variadas interpretaciones y se generaron diversos efectos, constituyendo una solución para algunos y a su vez una confusión para otros por la falta de claridad sobre los aspectos necesarios para comparar las propuestas en un proceso de selección de contratistas. En términos del doctrinante Ernesto Matallana Camacho (2013):

Al hacer la comparación entre el anterior régimen y el impuesto con la expedición de la Ley 80 de 1993, hay un cambio sustancial, por cuanto pasamos de un régimen en el cual la oferta debería cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones..., so pena de ser rechazada, a un escenario en el cual la Administración si entroncaba un documento faltante y este no era comparativo de ofertas, debería proceder a requerirlo y si se allegaba, la oferta seguía compitiendo.

Empero, y pese a lo reglamentado por el estatuto de la contratación, algunas entidades mantuvieron la postura y calificaron requisitos formales o insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas”; por tanto, rechazaron propuestas por razones superfluas que habrían podido ser las mejores, por ejemplo, porque no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones.

Aquí es pertinente aclarar que esa discrecionalidad que le otorgaba la Ley 80 de 1993 a la Administración para establecer aquellos requisitos que eran necesarios para la comparación de las ofertas generaban el riesgo de extralimitarse y vulnerar el principio de economía, transparencia y responsabilidad al rechazar ofertas que no cumplían con requisitos no necesarios para la comparación de la oferta, es decir, meramente formales. Por ello se generaron muchas demandas y reclamaciones, frente a lo cual Consejo de Estado en la Sentencia del 19 de junio de 1998 indicó que cuando un oferente demandaba la nulidad del acto de adjudicación para obtener el restablecimiento del derecho porque su propuesta aun siendo la mejor había sido rechazada por la entidad contratante, por un documento no comparativo de las ofertas, debía demostrar: i) que la entidad se equivocó en la

adjudicación, ii) que su propuesta era la mejor y iii) que era la más conveniente para la entidad (Sentencia del 19 de junio de 1998).

De esta forma, el riesgo que debió correr la Administración y la consecuencia de su desbordada discrecionalidad consistió en que al prosperar alguna de las acciones legales y declaratorias de la nulidad del acto de adjudicación tuvo que pagar al proponente demandante el 100% de la utilidad esperada por ser este un principio que orienta la contratación (Sentencia del 27 de noviembre de 2003).

b) Ley 1150 de 2007^[10]

Nace para contrarrestar la corrupción en la contratación que se presentaba para ese momento, emerge por la inaplicación que se daba a la Ley 80 de 1993 para establecer la licitación pública como la regla general en la contratación y para aclarar la misma en diferentes asuntos indefinidos que se prestaban para múltiples interpretaciones, así vino a distinguir los requisitos habilitantes y los requisitos evaluables o ponderables, abrió la puerta para que las cámaras de comercio aseguraran a través del RUP (Registro Único de Proponentes) la verificación de los requisitos habilitantes, haciendo que las discusiones frente a estos fueran resueltas por las mismas cámaras y por los jueces administrativos, y adicionalmente reguló la figura de la subsanabilidad de requisitos, como se verá a continuación.

¹⁰ “Estructuralmente la Ley 1150 de 2007, posee 33 Artículos, divididos como tres títulos: i) Sobre eficiencia y transparencia en la contratación con la ley 80 de 1993; ii) Disposiciones generales para la contratación con recursos públicos y iii) Disposiciones varias. Desde el punto de vista social, los antecedentes de la Ley están determinados por escándalos de corrupción en todo el país, excesos que produjeron la reforma de la Ley 80 de 1993, en gran medida, el elemento articulador del problema de la corrupción en la contratación administrativa y relacionada con dos asuntos que, aunque diferentes poseen interdependencia, la rigidez del sistema presupuestal y el sistema contractual” (Buitrago, 2007).

Catorce años después de la expedición de la Ley 80 de 1993, cuando el Gobierno Nacional, con la expedición de la Ley 1150 de 2007^[11], reasumió el tema de la subsanabilidad de requisitos, retomando la postura *anti-formalista* de la Ley 80 de 1993, derogó el artículo 25 numeral 15 y aseguró una solución a las ofertas incompletas, para lo cual dispuso en el artículo 5, parágrafo 1° que los requisitos que sirven para comparar las ofertas son aquellos que otorgan puntaje, razón por la que solo serán susceptibles de subsanación aquellos requisitos que no afectan la asignación de puntaje y pueden ser solicitados por la entidad a los oferentes en cualquier momento del proceso de selección, hasta antes de la adjudicación.

La nueva disposición limitó en alguna medida la discrecionalidad y libertad de las entidades para establecer aquello que era necesario para comparar las ofertas; con el criterio introducido por la Ley 1150, basta revisar si el requisito asigna o no puntaje para determinar si es subsanable. Así, cuando el error o la falencia no asigna puntaje, esto es, corresponde a los requisitos habilitantes, se puede y se debe corregir, y para ello la entidad lo solicita y una vez se allega el proceso puede llevarse a cabo la evaluación de los oferentes. Sin embargo, en este punto es necesario precisar que no se aclara qué otros requisitos son necesarios para la comparación de las ofertas, si bien se colige que lo serán aquellos que otorgan puntaje no se determinan otros criterios y se deja a merced de la entidad determinarlos. Igualmente, establecer el plazo para la subsanación es un aspecto que corresponde a la Administración, sin exceder el momento de la adjudicación.

Con lo anterior, y para citar algunos ejemplos, la ausencia de documentos, como la cédula de ciudadanía del representante legal, la falta de firma de la

¹¹ Expedida el 16 de julio de 2017, con el objeto de introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

carta de presentación de la oferta, los errores en la póliza de seriedad de la oferta, la falta de autorización de la junta para contratar o incluso no adjuntar el RUP¹² en la propuesta, constituyen al tenor de lo establecido en la Ley 1150 de 2007, requisitos sujetos de subsanabilidad por parte del oferente; caso contrario sucede cuando por ejemplo en la oferta económica se omiten artículos, se alteran los valores unitarios por un error de digitación, se omite incluir el valor total de la oferta, se diligencian erróneamente los factores de calidad o valores agregados ofertados, constituyen estos criterios ponderables que bajo ninguna circunstancia pueden ser subsanados. Esta reglamentación hoy vigente es inocua, incompleta, admite múltiples interpretaciones y ha dado lugar al desarrollo jurisprudencial que veremos más adelante.

c) Decretos 066 de 2008 y 2474 de 2008, y Ley 734 de 2012

Un año después de la claridad incoada por la Ley 1150 de 2007 a la figura de la subsanabilidad, cuando el panorama era que lo que no otorgaba puntaje en un proceso de selección de contratistas era susceptible de ser subsanado, se infería que todo lo demás, o sea lo ponderable no lo era, el Gobierno Nacional reglamentó la referida ley mediante el Decreto 066 de 2008, en cuyo artículo 10 dispuso la imposibilidad de subsanar asuntos relacionados con la capacidad para presentar ofertas y la acreditación de hechos que hubiesen ocurrido con posterioridad a la fecha de cierre de un proceso de selección de contratistas.

¹² En el RUP –Registro Único de Proponentes– deben inscribirse las personas naturales y jurídicas interesadas en contratar con el Estado su obligatoriedad y en general su contenido y alcance se encuentra regulado en la Ley 1150 de 2007 y demás decretos reglamentarios, como son el 4881 de 2008, y 1520, 836 y 2247, estos últimos del año 2009.

El Decreto 066 de 2008^[13] introdujo criterios contrarios a la Ley 1150: trajo confusión a las entidades que tuvieron que aplicar dichos criterios, dejando de lado la posibilidad de subsanar cualquier requisito o defecto de la oferta que no otorgara puntaje; las limitaciones introducidas eran claras frente a la ausencia de capacidad del oferente, como requisito insubsanable, imposibilidad de allegar requisitos con posterioridad al cierre del proceso de selección y la ausencia de la póliza de seriedad de la oferta¹⁴.

La referida norma tuvo que ser aplicada por las entidades contratantes y el Consejo de Estado no pudo pronunciarse frente a la misma para anularla o suspenderla, pues nunca fue demandada, por lo que tuvo primacía entre los oferentes la presunción de legalidad, pues la excepción de ilegalidad solo compete al juez administrativo, como lo han expresado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional¹⁵.

Seis meses después, el Decreto Reglamentario 2474 de 2008^[16] derogó el Decreto 066 de 2008, pero reprodujo la misma disposición en el artículo 10^[17]

¹³ Decreto 066 del 16 de enero de 2008. “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”..

¹⁴ El Decreto 4828 de 2008 señaló en el inciso final del artículo 7 “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última”. Sin embargo, admitió la posibilidad de subsanar errores que tuviera la misma en su contenido.

¹⁵ Sentencia de constitucionalidad C-037 de 2000, que expresa: “(...) De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub examine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

¹⁶ Decreto Reglamentario 2474 del 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se

que, aunque parte de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, trae a colación lo establecido por la Ley 1150 de 2007 frente a la imposibilidad de rechazar ofertas que carezcan de requisitos que no constituyan factores de escogencia o ponderación pero indicaba taxativamente las siguientes limitaciones: i) que en ningún caso la entidad podría señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ii) que no era posible subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta y iii) que no era posible acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

No obstante, lo anterior, se mantenía la contradicción entre la Ley 1150 de 2007 y las normas citadas (Decreto 066 de 2008 y Decreto 2474 de 2008), y en menos de un (1) año se habían expedido tres regulaciones que generaban vacíos e inseguridades jurídicas, por lo que las entidades debieron aplicar las limitaciones de los referidos decretos frente a la posibilidad de subsanar todo aquello que no generaba puntaje como lo establecía la Ley 1150 de 2007, posturas que debieron mantenerse a pesar de la contrariedad e ilegalidad que

dictan otras disposiciones”. Adicionalmente deroga en su integridad el Decreto 066 de 2008, salvo su artículo 83.

¹⁷ “Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto”.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, (o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones), sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso” (Negrillas fuera de texto). (La parte entre paréntesis y subrayada fue declarada nula por la Sección Tercera del Consejo de Estado).

guardaban y frente a la falta de pronunciamientos por parte del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2010 –Sección Tercera, Exp. 36.054, C.P. Enrique Gil Botero– declaró la nulidad parcial del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, que limitaba la posibilidad de subsanar las ofertas “hasta el momento en que la entidad lo establezca...”, y no como lo expresa la Ley 1150 de 2007 “... hasta la adjudicación del contrato respectivo”¹⁸.

Así las cosas, se mantienen las limitaciones frente a los aspectos que no pueden ser subsanados y solo frente a los plazos de subsanación se asume una nueva postura para el año 2010. Dos años después, el Decreto 734 de

¹⁸ El alto tribunal expresó:

“A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”

“El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes. La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador.

“De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que esta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”.

“De modo tal que, como se sostuvo en el auto que decretó la suspensión provisional de la disposición acusada, se sobrepasa la facultad reglamentaria porque se ‘...limita temporalmente la posibilidad de que subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo’, y por ello la sala declarará la nulidad de la expresión ‘...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...’ contenida en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.”

2012^[19] derogó los decretos 066 de 2008, 1170 de 2008 y 2474 de 2008, pero mantuvo las dos subreglas frente a la imposibilidad de subsanar: i) la falta de capacidad para presentar ofertas en los procesos de selección, ii) la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre así como la imposibilidad de mejorar o adicionar el contenido de las ofertas. En todo caso mantuvo la posibilidad de subsanar errores en la garantía de seriedad de la oferta siempre que se hubiere expedido y presentado antes de la fecha de cierre del proceso de selección, pues la ausencia de la misma se cataloga como un requisito insubsanable²⁰, que genera el rechazo de la propuesta, ya que se considera un requisito esencial de la oferta presentada, al tratarse de un contrato de seguros que debe suscribir el oferente, como lo establecía el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008. Nótese como tres (3) decretos mantuvieron la disyuntiva frente al párrafo 1° del artículo 5 de Ley 1150 de 2007.

Sin embargo, el Decreto 734 de 2012^[21] mantuvo el rechazo de las ofertas que no fueren subsanadas dentro del plazo indicado por la entidad para ello, lo

¹⁹ Decreto 734 del 13 de abril de 2012, “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”, el cual a su vez fue derogado por el artículo 163 del Decreto Nacional 1510 de 2013.

²⁰ En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado dispuso la prohibición expresa de subsanar la garantía de seriedad de la oferta posterior al cierre de la licitación (Consejo de Estado Sala de consulta y servicio civil, sentencia Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927), 2008).

²¹ El Decreto 734 de 2012 sostuvo: “Artículo **2.2.8. Reglas de subsanabilidad**. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales [2](#), [3](#) y [4](#) del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

“Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

“Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

cual limitó el margen de discrecionalidad frente a los plazos. Igualmente, prohibió expresamente a las entidades establecer los requisitos susceptibles o no de ser subsanados. Sobre el primer punto resulta redundante frente a lo establecido por la Ley 1150 de 2007 que permite que sean subsanados los requisitos incluso en la audiencia de adjudicación, postura que otorga toda la laxitud necesaria para que se rompa la presunción de los plazos del proceso de selección, establecidos en la ley.

Hasta aquí, las entidades contratantes debían adoptar una de las posturas que estaba regulada en los referidos decretos y en ley: haciendo uso de su discrecionalidad debían tomar una decisión frente a la norma aplicable para la subsanabilidad de requisitos, situación que podía generar un desbordamiento en sus facultades aprovechando los vacíos, dilemas e inseguridades jurídicas que traía la normativa²²; por lo que posiblemente se incurrió en imparcialidades que posteriormente debieron ser resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controlar los actos administrativos que se hayan expedido y que fueren demandados en nulidad y restablecimiento del derecho, alimentando así la congestión del sistema de justicia (Consejo de Estado, Radicación N: 50001-23-15-000-2000-00196-01, 2015). Situación que, como se verá más adelante, dio lugar al desarrollo jurisprudencial que se tiene hoy frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas.

“En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta”.

²² Cabe precisar que al tenor de lo establecido en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política de 1991, las actuaciones de la Administración en materia de contratación deben sujetarse al principio de legalidad. Los referidos artículos rezan: “Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es claro que figuras como la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas deben estar regulados de manera coherente, sin contradicción entre las normas para no generar confusión entre los operadores jurídicos, específicamente entre las entidades contratantes que deben adoptar una postura u otra, lo cual generó desigualdades e injusticias entre los partícipes en un proceso de selección de contratistas, debido a que, como se ha precisado, los decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007^[23] impidieron subsanar requisitos que no asignaban puntaje, contraviniendo la referida ley, desconociendo la primacía de lo sustancial, toda vez que se trató de una regulación opuesta a lo que había señalado el legislador en la ley, creando subreglas que iban en contra de la misma ley.

Vale la pena hablar aquí de la póliza de seriedad de la oferta, que no es otra cosa que la garantía de los ofrecimientos hechos por el proponente o también llamada irrevocabilidad de la oferta, ya que se hará efectiva al tenor del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993:

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

Significando lo anterior que en la contratación estatal el retracto genera una indemnización a favor de la entidad contratante, sanción que además de ser en dinero genera una inhabilidad al proponente.

²³ Decreto 066 de 2008, Decreto 2474 de 2008 y Decreto 734 de 2012

En este sentido, el Decreto 4828 de 2008 reglamentó las garantías en la contratación, y señaló que la ausencia de póliza de seriedad de las ofertas era insubsanable, como lo indicó el inciso final del artículo 7: “(...) La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última”. Por tanto, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008 mantienen la postura establecida en la Ley 80 de 1993 frente a la póliza de seriedad de la oferta²⁴.

En resumidas cuentas, frente a la póliza de seriedad de la oferta, aunque es un requisito no necesario para la comparación de las ofertas por cuanto no otorga puntaje, es decir que no tiene relación con los factores de escogencia, se permite la subsanación siempre que se haya presentado a tiempo, o sea con la oferta y se haya expedido antes del cierre, ya que si se expide en fecha posterior, sobre esos no recae la posibilidad de saneamiento (Consejo de Estado, Radicación Número: 70001-23-31-000-1997-06303-01-23003, 2008).

d) Decreto 1510 de 2013

En el año 2013, con la expedición del Decreto 1510^[25] fue derogado el Decreto 734 de 2012, dejando atrás las subreglas establecidas, para dar aplicación solamente a lo establecido por la Ley 1150 de 2007, parágrafo 1° del

²⁴ El artículo 25, numeral 19 de la Ley 1150 establece:

“a) La póliza de garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto que se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma.

“En consecuencia, para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza sólo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y este no cumpla.

“b) La garantía de seriedad de la oferta, es considerada en el derecho público como una sanción y no como una indemnización de perjuicios. Así, en caso de que la entidad sufra perjuicios, puede pedir, además, la respectiva indemnización”.

²⁵ “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

artículo 5. Por tanto, lo subsanable o insubsanable se determina a partir de la pregunta: ¿el requisito faltante, defectuoso o incompleto otorga puntaje? Si la respuesta es positiva, no hay lugar a subsanar pero si es negativa habrá derecho a que el proponente subsane el requisito en el tiempo que le indique la entidad, con lo cual será posible su habilitación y evaluación. De esta manera, y como debió ser desde el principio, se da aplicación a lo establecido por la Ley 1150 de 2007 frente a la subsanabilidad de requisitos.

Sin embargo, si bien el criterio de subsanabilidad de requisitos lo estableció la Ley 1150 de 2007, es necesario decir que sigue dejando abiertas posibilidades para que la Administración establezca los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, los no susceptibles de ser subsanados, fije los plazos para la subsanación los cuales pueden ir incluso hasta antes de la adjudicación, indique en el cronograma si lo considera la etapa de subsanaciones e incluso abre la puerta para que los oferentes hagan uso de su derecho a subsanar hasta antes de la adjudicación, en la misma audiencia u horas antes, situaciones que generan alteraciones de los tiempos del proceso, contravienen el carácter vinculante del pliego²⁶, alteran la planeación, conllevan a suspender incluso por varios días la audiencia de adjudicación para realizar dos o más evaluaciones y puede dar lugar a más de un traslado del informe de evaluación. Situaciones que, además, desconocen los principios rectores de la contratación: transparencia, economía y responsabilidad, y contravienen la legalidad misma del proceso cuando se admiten etapas adicionales a las establecidas en la norma, como un segundo traslado del informe de evaluación en modalidades como la licitación pública, lo

²⁶ Como indica Ramírez Poveda (2002): “Los pliegos son de carácter normativo y regulan las relaciones sociales surgidas de los contratos estatales, constituyen ley para las partes, contempla todos los documentos que deben presentar los participantes, por lo que no se debe solicitar documentos inocuos o innecesarios”.

cual desborda las facultades de la Administración por cuanto los procesos de contratación en Colombia son reglados²⁷.

Nótese cómo hasta el año 2013 era evidente la inseguridad jurídica generada por la figura de la subsanabilidad de requisitos, las normas no eran congruentes y fue en el año 2014 cuando el Consejo de Estado se pronunció e indicó que la correcta interpretación que debía darse al numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 era armonizándolo con lo señalado por el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es decir, que en el lapso concedido a los proponentes para presentar observaciones al informe de evaluación es posible completar, o adicionar las ofertas, solamente en los requisitos subsanables, que corresponden a aquellos que no otorgan puntaje (Consejo de Estado, Sentencia 1996-12809, 2014).

Teniendo en cuenta lo establecido por el Decreto 1510 de 2013, en concordancia con la Ley 1150 de 2007, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente²⁸ expidió la Circular Externa No. 13 del 13 de junio de 2014^[29], se pronunció específicamente frente al Registro Único de Proponentes –RUP–³⁰, requisito que debe estar en firme al cierre y frente a la expedición de la póliza de seriedad de la oferta que debe haberse expedido antes de la presentación de la oferta. (Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente). Igualmente, descarta la posibilidad de

²⁷ Se precisa que la licitación es un camino expedito y reglado, que garantiza que la contratación no sea un mero capricho de la Administración, sino que responda al interés general, frene la corrupción y a su vez el manejo indebido de los recursos públicos (Como se citó en Mantilla, 2014, pp. 144-145).

²⁸ Unidad Administrativa Especial, catalogada como ente rector del sistema de compras y contratación pública en Colombia, creada por el Decreto 4170 del 03 de noviembre de 2011.

²⁹ “Asunto: Subsanción de requisitos y documentos que no otorgan puntaje”.

³⁰ En el RUP consta la información de los requisitos habilitantes de los proponentes, lo cuales previamente son verificados para su certificación por la Cámara de comercio. Por ello es catalogada una herramienta de la Administración para verificar los requisitos habilitantes, sujetos a subsanación, y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-259/08 defendió su constitucionalidad y estableció que es un documento que goza de plena validez (Sentencia C-259/08, 2008).

rechazar las ofertas que no contengan los requisitos que no otorgan puntaje, para lo cual la entidad no efectuará su evaluación hasta tanto no sean completadas y queda abierta la posibilidad de hacerlo en cualquier momento antes de la adjudicación. Nótese la desmedida postura que adopta Colombia Compra eficiente³¹, al dejar abierta la posibilidad de subsanar hasta antes la adjudicación, situación que deslegitima los tiempos, el carácter vinculante del pliego de condiciones, impone a la entidad la obligación de realizar un nuevo informe de evaluación que incluya a los proponentes que subsanaron los requisitos, lo que implica suspender en el tiempo la audiencia de adjudicación, y dar un traslado adicional al nuevo informe para la presentación de observaciones, situación que en este análisis –como se verá más adelante– atenta contra el principio de economía, eficiencia y transparencia e incluso legalidad, pues expresamente da lugar a una nueva etapa en el proceso de selección, no contemplada en la norma, que es un segundo traslado del informe de evaluación³².

Lo expuesto nos lleva a concluir la necesidad de generar una ley que regule el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, que delimite lo establecido por Colombia Compra Eficiente en la circular externa No. 13 y que condense los pronunciamientos, reglas y subreglas fijadas por el Consejo de Estado a partir del año 2014^[33] frente a la subsanabilidad de requisitos. Para precisar aspectos que aún se encuentran a la deriva, como los plazos y la oportunidad para subsanar, los requisitos susceptibles de ser subsanados, referentes a la futura

³¹ Siguiendo lo establecido por la Ley 1150 de 2007, parágrafo 1° del artículo 5.

³² Como dicta la Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014 “ (...)Con base en el principio de economía y el objetivo de eficiencia del sistema de compras y contratación pública, la Entidad Estatal debe decidir si es necesario otorgar un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo de informe de evaluación”.

³³ A partir de la Sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp. 25.804 y fallos subsiguientes del Consejo de Estado, que se relacionan en el Anexo 1 del presente documento por su relevancia frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas.

contratación o al proponente, los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas; que en su contenido y aplicabilidad observe los principios de la contratación estatal y el carácter vinculante del pliego de condiciones³⁴. De modo que conlleve unificar el criterio de subsanabilidad por las entidades del Estado, ya que las múltiples interpretaciones pueden desbordar las facultades discrecionales de la Administración, vulnerando derechos de los proponentes, afectando intereses particulares e incluso poniendo en riesgo el interés general al introducir en los procesos de selección criterios subjetivos, como sucede actualmente.

e) Decreto 1082 de 2015

Finalmente, en el año 2015, el Decreto 1082³⁵ deroga el Decreto 1510 de 2013, manteniendo frente a la subsanabilidad de requisitos la postura del decreto derogado; por tanto, era aplicable lo establecido en el párrafo 1 ° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Como se verá, no hay más desarrollo legal que el esbozado y analizado hasta aquí, pero es el Consejo de Estado el que a través de diversas sentencias ha establecido una serie de reglas y subreglas frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, análisis que se realiza a continuación.

³⁴ Édgar González López (2010) considera el pliego de condiciones como el documento más importante en contratación estatal y textualmente señala: “el ordenamiento jurídico no ha consagrado la obligación para la Administración de elaborar estándares de pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares y de prescripciones técnicas que permitan unificar criterios sobre los contenidos predeterminados del futuro contrato y del procedimiento de adjudicación, como se observa en la legislación comparada con sistemas de derecho administrativo” ; así las cosas, siendo tan importante el pliego de condiciones, considero no ha sido ampliamente desarrollado por el ordenamiento, la jurisprudencia y la doctrina.

³⁵ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario Del Sector Administrativo De Planeación Nacional"

3. Análisis jurisprudencial de la subsanabilidad de requisitos

Visto el avance legal de la subsanabilidad de requisitos, a continuación se hace un análisis del desarrollo jurisprudencial esbozado por el Consejo de Estado de la misma; en tal sentido se estudian las sentencias que han fijado reglas y subreglas frente a la subsanabilidad de requisitos a partir del año 2010 y hasta la fecha. De esta manera, será posible determinar las pautas que se han establecido para concluir en el estado y la aplicabilidad de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas en Colombia.

En el anexo 1 se detalló el contenido principal de las sentencias; sin embargo, a continuación haremos un análisis de los criterios establecidos por el alto tribunal.

Frente al plazo para subsanar requisitos, el Consejo de Estado realizó un primer intento por rescatar y resaltar la disposición contenida en la Ley 1150 de 2007, artículo 5 Parágrafo 1. Frente al plazo para subsanar, declaró la nulidad de la disposición contenida en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 según el cual era procedente la subsanación “*hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones*” (subrayado y negrita fuera de texto); la disposición resaltada fue declarada nula, por contravenir el contenido de la Ley 1150, en virtud de la cual y conforme lo establecía el parágrafo del referido artículo 5, se permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación. De esta manera y como debió ser siempre, se dio la merecida importancia y prevalencia a la ley, al precepto establecido por el legislador, siendo eliminado uno de los límites que fueron erróneamente implementados, que crearon inseguridades

jurídicas y que sirvieron para crear el caos que imperó entre el año 2008 y 2013 frente a la subsanabilidad de requisitos (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 36.054, 2010).

Frente a la capacidad Jurídica, el Consejo de Estado, en Sentencia del 26 de enero de 2011, consideró que si bien la falta de capacidad jurídica para presentar ofertas no es susceptible de subsanación, es dable acreditar la prueba de que se cuenta con tal condición jurídica para ello, desde antes de la presentación de la oferta, caso en el cual se considera cumplido el requisito y la oferta no puede ser rechazada (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 36.408, 2011).

Así, frente a las limitaciones en las facultades del representante legal o apoderado para comprometer a la persona jurídica en la presentación de las ofertas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ya se había pronunciado indicando que evidenciada la falta de capacidad para comprometer a la persona jurídica representada en un proceso de selección de contratistas, no procede el rechazo de la oferta si al momento de representar la misma contaba con la autorización del órgano competente, por lo que bastará con que allegue la prueba que así lo acredite para que se subsane el yerro (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 20.688, 2008).

Esta postura es reiterada por el alto Tribunal en sentencia del 29 de julio de 2015 (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 40.660, 2015) que se detalla en el Anexo 1.

Criterio de Ponderación para establecer si el requisito es subsanable, es en el año 2014 en el controvertido fallo del 26 de febrero, que el Consejo de Estado aclara que lo que es susceptible de ser subsanado es la prueba de las condiciones habilitantes y no el requisito como tal, bajo la premisa de que no es posible complementar o mejorar la oferta una vez esta se presente, y por ende corresponde a las entidades buscar la claridad necesaria frente al cumplimiento de los requisitos. Para ello, en cumplimiento de su deber, requiere al oferente para que allegue los documentos o soportes del requisito susceptible de subsanación con lo cual estos en ejercicio de su derecho deberán atender la solicitud so pena de ser rechazada su oferta.

De esta manera, el alto tribunal fijó el criterio que denominó “Ponderación del Requisito” para determinar si es o no subsanable, a partir del interrogante ¿el defecto asigna puntaje al oferente?; si lo hace, no es subsanable y por el contrario si no lo hace es subsanable (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 25.804, 2014).

Frente a las causales de rechazo, el Consejo de Estado enfatizó que dichas causales se encuentran contempladas en la norma y corresponde a las entidades, atendiendo al principio de responsabilidad, realizar la evaluación de las propuestas, verificando plenamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes y ponderables, considerando estos últimos como necesarios para la comparación de las ofertas, en aras de establecer si la oferta es susceptible o no de ser rechazada y, en caso de omisión o error en los requisitos habilitantes, determinar si procede la subsanabilidad.

De esta manera, el alto tribunal determinó que son subsanables los requisitos que no otorguen puntaje y deben corregirse en el plazos que otorga

la entidad, el cual es facultativo y debe obedecer a un criterio de razonabilidad que en todo caso será subjetivo, al igual que la determinación de los requisitos necesarios para comparar las ofertas, pues a pesar de haber un criterio que obedece a la ponderación, persiste el vacío legal, las entidades pueden establecerlos y la norma indica de forma clara que es posible la subsanación hasta antes de la adjudicación, con lo cual contraviene, como bien lo indica el fallo la disciplina del proceso de selección, alterando por ende el principio de transparencia y economía (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 24059, 2013).

El derecho a subsanar y el deber de requerir: la Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 12 de junio de 2014^[36], reiteró que corresponde a la entidad estatal en ejercicio de su deber, requerir a los oferentes para que corrijan los requisitos susceptibles de ser subsanados en el plazo razonable que esta determine. Y a su vez es un derecho del oferente presentar las subsanaciones que requiera la entidad contratante, dentro del plazo otorgado, so pena de no ser evaluado y por ende no poder continuar en el proceso de selección.

El silencio de la entidad frente al requisito subsanable se cataloga como que el defecto quedó subsanado y la propuesta no puede ser rechazada ni descalificada. La evaluación de las ofertas por parte de la entidad debe responder a lo establecido en el pliego y su análisis, a criterios objetivos. Así, cuando la entidad observa un defecto subsanable debe requerir al oferente, so pena de incurrir en una omisión que genera responsabilidad en su actuación (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 21324, 2014).

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324)

De los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas: el Consejo de Estado precisó el deber de análisis que debe realizar la entidad para determinar si los requisitos de la oferta omitidos o imperfectos son necesarios para la comparación de las propuestas; si lo son, procede el rechazo y si no lo son, la subsanación.

En tal sentido, el Tribunal reiteró la necesidad de interpretar integralmente la subsanabilidad de requisitos, la sujeción a los pliegos de condiciones por los proponentes, la posibilidad de explicar o aclarar la oferta y las normas que indican el deber de la Administración de corregir oficiosamente ciertos requisitos. Su interpretación debe hacerse bajo la premisa de que pertenecen a un solo cuerpo normativo, que regula la contratación pública en Colombia. De esta manera, la subsanabilidad y el plazo del traslado del informe de evaluación establecido en el artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 deben interpretarse en conjunto pero cada figura en su contexto, conservando la filosofía que inspiró a cada una (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 27986, 2014).

Visto lo anterior, es importante precisar que aunque el Consejo de Estado se ha esforzado por establecer reglas para la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, el vacío legal persiste, la discrecionalidad de la Administración se desborda en la aplicación de la misma, pues se permiten criterios subjetivos frente al establecimiento de aquellos requisitos necesarios para la comparación de las propuestas y determinar un plazo que puede ir hasta antes de la adjudicación, situaciones que en la práctica –y como lo veremos más adelante– vulneran los principios de la contratación estatal.

Frente a las modificaciones de los anexos de la oferta: las especificaciones técnicas o las cantidades de obra establecidos en los anexos de la propuesta, aclara el Consejo de Estado que no son susceptibles de subsanación cuando se altera su contenido; sin embargo, la entidad estatal deberá analizar las ofertas íntegramente y establecer, en caso de hallar inexactitudes en los anexos, si estas son formales o sustanciales para determinar si procede la subsanación o aclaración correspondiente. Así, en caso de tratarse de condiciones formales procederá la subsanación y/o aclaración del documento (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 21324, 2014)

De lo anterior se colige que las entidades no pueden rechazar las ofertas por carecer de documentos formales y no sustanciales, es decir que afecten la oferta, para lo cual la entidad debe hacer un análisis y estudio juicioso de cada situación particular para determinar qué requisitos omitidos o presentados erróneamente pueden ser subsanados, siempre respondiendo al criterio legal establecido en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 frente a la subsanabilidad.

Frente a los requisitos formales y sustanciales: el Consejo de Estado³⁷ distingue los requisitos habilitantes de los ponderables, los últimos no susceptibles de subsanación, pero los primeros –dada su importancia para establecer la capacidad del oferente– deben ser revisados muy bien en su veracidad, completitud y contenido. Así, en la acreditación de la capacidad financiera, si los presupuestos requeridos no se cumplen y no es posible corroborar válidamente tal capacidad del proponente, no es procedente

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).

enmendarlos por su importancia en la comparación de las ofertas y por ende en la ejecución del contrato. Mientras que si se ha cumplido el requisito antes de la presentación de la oferta, deberá el proponente allegar la prueba, que se evidencia en el RUP para corroborar su capacidad y que suceda su habilitación, evaluación y consideración en el orden de elegibilidad (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: (21324, 2014)³⁸.

4. La Solución de la Ley 1882 de 2018

La Ley 1882 de 2018³⁹, promulgada el pasado 15 de Enero del mismo año, surge cuando ya se había planteado y desarrollado el presente trabajo de investigación, por lo cual y teniendo en cuenta que resuelve en gran parte el problema jurídico aquí planteado frente a la subsanabilidad de requisitos en la contratación estatal, ya que fija la etapa del proceso de selección en la que procede la subsanabilidad al igual que el rechazo de la propuesta en caso de no atender el llamado a subsanar, lo cual se considera un criterio objetivo y la causal de rechazo se vuelve taxativa, ello agrega confianza al procedimiento reglado y genera una postura unificada y obligatoria para las entidades del Estado. Por lo que los proponentes deberán ser disciplinados en la enmienda de los requisitos que no otorgan puntaje.

Dada la relevancia de la referida Ley, vale la pena hacer un breve análisis de su contenido y en especial del tema que nos ocupa pues da un paso significativo para la regulación de temas de infraestructura y por ende en materia de contratación estatal en Colombia ya que establece importantes

³⁸ Las sentencias analizadas se relacionan en el Anexo 1.

³⁹ Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones. orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

medidas como son: i). La adopción de pliegos tipo⁴⁰ para las entidades instituidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para lo cual otorga un plazo de seis (6) meses para su reglamentación. Medida considerada para generar eficiencia, estandarizar criterios y agilizar la etapa precontractual, a su vez como una medida para contrarrestar la corrupción y generar mayor participación en los procesos de selección, lo cual se traduce en pluralidad de oferentes. ii). Estatuye también para los procesos licitatorios la presentación de dos sobres⁴¹, uno con los requisitos habilitantes, y el otro con la oferta económica, este último con apertura el día de la audiencia de adjudicación, lo cual busca generar transparencia. Y iii) finalmente frente al tema que nos ocupa que es la subsanabilidad de requisitos, la Ley 1882 de 2018 en su artículo 5 Modificó el Parágrafo 1 e incluyó los párrafos 3, 4 y 5 al artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, instituyendo la posibilidad de subsanar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectan la asignación de puntaje, poniendo como fecha límite para su entrega por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación en cualquiera de las modalidades de selección de contratistas salvo en los de Mínima cuantía y los de selección a través del sistema de subasta. A su vez establece la consecuencia de la no entrega de los documentos solicitados por la entidad estatal, que es el rechazo de la oferta.

Adicionalmente y tal como lo contemplaban los Decreto derogados 2474 de 2008 y 734 de 2012, establece la prohibición a los proponentes de acreditar

⁴⁰ En el artículo 4 de la Ley, donde adicionando un párrafo al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 establece: “El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten...”

⁴¹ Reza en el Artículo 1 de la Ley 1882 de 2018: “Adiciónense los párrafos 2° y 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993: Los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.”

circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Y frente a la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta, limita que se subsane y la fija como causal de rechazo de la misma.

Podemos concluir entonces, que si bien la ley 1882 de 2018 soluciona en alguna medida el problema jurídico planteado por cuanto impone un límite al derecho que tienen los proponentes para rectificar, el cual se evidencia en el plazo para hacerlo, que es hasta la finalización del traslado del informe de evaluación para la presentación de observaciones, aclaraciones y ahora subsanaciones, deja de lado el establecimiento taxativo de los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, manteniendo como único criterio para determinar un requisito como insubsanable el que atañe a que sea puntuable. Lo anterior evidencia, que si bien hay un criterio unificado que se refiere al tiempo sigue permitiendo subjetividades en el proceso de selección y deja a merced de las entidades el establecimiento de los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas como se indicó anteriormente.

Ahora bien, establecer la ausencia de la póliza de seriedad de la oferta como una causal de rechazo a pesar de que éste exista, es decir se haya expedido antes del cierre bajo los parámetros indicados en el pliego de condiciones, pero por error se haya omitido adjuntarla en la oferta, es regresar al formalismo y darle primacía a éste sobre lo sustancial, situación sobre la cual ya se ha pronunciado el consejo de Estado y es catalogado como subsanable, ya que se cumple el requisito y se subsana la prueba que acredita la existencia de éste.

5. Conclusiones

Primera: frente a la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, con la expedición simultánea de los derogados decretos reglamentarios: 066 de 2008, 2474 de

2008 y 734 de 2012 fueron establecidas subreglas que limitaban la subsanabilidad de requisitos y contravenían lo establecido por la referida ley, por lo que generaron inseguridades jurídicas que hasta el año 2013 fueron aclaradas con la expedición del Decreto 1510 que instituyó –como debió ser desde el principio– que la disposición vigente frente a la subsanabilidad de requisitos es la contenida en la parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Segunda: la figura de la subsanabilidad, y la posibilidad de aclarar o explicar la oferta presentada en el proceso de selección, deben interpretarse cada una en su contexto, bajo la filosofía que las inspiró y dentro del ordenamiento jurídico que las dos integran; no pueden analizarse de forma separada sino que persiguen el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, la satisfacción del interés general y la selección objetiva de los contratistas. Sin embargo, hecho el análisis legal de la subsanabilidad de requisitos, se evidencia la contradicción que imperó entre los años 2007 y 2015, entre la Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios 066 y 1474 de 2008.

Tercera: es evidente el esfuerzo realizado por el Consejo de Estado para establecer –a partir del análisis de situaciones concretas– las reglas que deben orientar la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas; sin embargo, es claro que existe un vacío legal que debe suplirse normativamente a través de una ley que reglamente el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que condense las reglas de subsanabilidad fijadas por el Consejo de Estado y que delimite la circular Externa No. 13 de Colombia Compra Eficiente, en aras de garantizar objetividad y uniformidad en la aplicación de los criterios de subsanabilidad, en aspectos como: los requisitos subsanables e insubsanables, es decir, aquellos necesarios y no necesarios

para la comparación de las ofertas, el momento y el plazo para subsanar y la procedencia del rechazo de las ofertas por no subsanar requisitos en el término concedido.

Cuarta: aunque el Consejo de Estado jurisprudencialmente ha establecido criterios para catalogar algunos requisitos habilitantes como insubsanables –tal es el caso de la capacidad jurídica y la capacidad financiera–, es necesario precisar que se refiere a que existan limitaciones para presentar propuestas por la cuantía, por ejemplo (capacidad jurídica), o no se acredite el cumplimiento del requisito en la medida establecida en el pliego de condiciones frente a los indicadores financieros, establecidos en el RUP (capacidad financiera) antes del cierre, es decir que no se den los presupuestos para su acreditación con la oferta, caso en el cual será necesario que el oferente documente el cumplimiento de dicha capacidad previo a la presentación de la oferta para que se valide el requisito y se habilite su participación en el proceso de selección.

Quinta: el análisis del incumplimiento de los requisitos de la oferta implica que las entidades establezcan si la falla es meramente formal o sustancial; por tanto, así el error verse sobre un requisito ponderable, la entidad debe determinar si es formal o sustancial, es decir, si afecta la oferta y por ende la futura contratación para determinar si es subsanable o no. Así, en caso de determinarse que es formal, dará lugar a que se brinden las aclaraciones que correspondan por el proponente y la oferta no puede ser rechazada.

Sexta: la subsanabilidad es un derecho de los proponentes, es de carácter excepcional y constituye un deber para las entidades contratantes requerir a los

oferentes la subsanación de los requisitos omitidos o que contengan errores; si pese a existir los mismos no se realiza ningún requerimiento por parte de la Administración, para corregir tal situación, se entenderá subsanado tal defecto de conformidad con la Ley.

Séptima: pese al criterio jurisprudencial del otorgamiento del plazo razonable por la entidad estatal al oferente para corregir, enmendar o rectificar un requisito so pena del rechazo de la oferta, es necesario precisar que si fuera del plazo y antes de la adjudicación este subsana el requisito solicitado, no es lógico –a la luz del principio de economía– rechazar la oferta, y menos si es un único oferente ya que en últimas se estaría observando la disposición legal (Ley 1150 de 2007 art 5 parágrafo 1) que establece dicha posibilidad hasta antes de la adjudicación, lo cual es aceptable y debe valorarse el requisito enmendado a la luz del principio de selección objetiva.

Octava: de acuerdo con la disposición legal vigente, contemplada en el Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, aunque se interpreta que los requisitos ponderables son los necesarios para la comparación de las ofertas, por ende no son susceptibles de ser subsanados, se evidencia un vacío legal que da lugar a que las entidades contratantes fijen a su criterio aquellos requisitos que consideren necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, aquellos no susceptibles de ser subsanados que dan lugar al rechazo de las mismas⁴². Igualmente, se admite que la entidad establezca el plazo para subsanar, el cual puede ir hasta la audiencia de adjudicación, admitiendo la procedencia de un segundo traslado del informe de evaluación. Aspectos que

⁴² Independiente de la modalidad de selección o la necesidad que se pretenda satisfacer con la contratación. Salvo en contratación directa donde no hay lugar a la recepción de ofertas.

conlleven subjetividades en el proceso de selección, lo cual controvierte la selección objetiva y desconoce el carácter reglado de los procesos de selección de contratistas en Colombia, al tenor de lo establecido en la Ley 80 de 1993, y la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Novena: el tema de la subsanabilidad de las propuestas no ha tenido una postura estable dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado; sin embargo, a la luz de algunos pronunciamientos de la corporación se podría decir que ante la presentación de propuestas incompletas por parte de oferentes, debe analizarse cada caso en concreto, el requisito y la implicación de la falencia para poder resolver la situación y determinar la procedencia de la subsanabilidad. Pese a ello, y aunque existen pronunciamientos, las entidades pueden hacer diversas interpretaciones que distan de la uniformidad y legalidad que debe existir en sus decisiones.

Décima: ley 1882 de 2018 soluciona en alguna medida el problema jurídico planteado por cuanto impone un límite al derecho que tienen los proponentes para rectificar, el cual se evidencia en el plazo para hacerlo, que es hasta la finalización del traslado del informe de evaluación para la presentación de observaciones, aclaraciones y ahora subsanaciones, deja de lado el establecimiento taxativo de los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, manteniendo como único criterio para determinar un requisito como insubsanable el que atañe a que sea puntuable. Lo anterior evidencia, que si bien hay un criterio unificado que se refiere al tiempo, sigue permitiendo subjetividades en el proceso de selección y deja a merced de las entidades el establecimiento de los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas como se indicó anteriormente.

Capítulo II: La subsanabilidad de requisitos en la licitación pública, su impacto frente a los principios de la contratación estatal en Colombia y la discrecionalidad de la Administración

Resumen

El propósito de este capítulo es abordar la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, desarrollados bajo la regla general de la licitación pública, partiendo del análisis de la primacía de lo sustancial sobre lo formal y a la luz de los principios de la contratación estatal: economía, transparencia, responsabilidad y los que a su vez se desprendan de estos, así como la discrecionalidad de la Administración en la aplicación de la figura, en aras de determinar si se observan o no y en qué aspectos, teniendo en cuenta los parámetros normativos y jurisprudenciales existentes. Para concluir en la necesidad de una reglamentación legal clara y suficiente que sirva de marco a la Administración, que conduzca a la selección objetiva de los contratistas y que observe los principios rectores de la actividad contractual del Estado.

Palabras claves:

Principios, economía, responsabilidad, transparencia, selección objetiva, licitación pública, subsanabilidad, igualdad, formalismo, sustancial, discrecionalidad administrativa.

Abstract:

The purpose of this chapter is to approach the problem of the rectification of requirements in the selection processes of contractors developed under the general rule of public bidding, starting from the analysis of the primacy of the substantial over the formal and in light of principles of The state contracting: economy, transparency, responsibility and those which in turn derive from them, as well as the discretion of the administration in the application of the figure, in order to determine whether or not they are observed and in which aspects, taking into account existing normative and jurisprudential parameters. To conclude on the need for a clear and sufficient legal regulation that serves as a framework for the administration, leading to the objective selection of contractors and observing the guiding principles of the contractual activity of the state.

Key words:

Principles, economics, responsibility, transparency, equality objective selection, public tendering, formalism, substantial subsanability, Administrative discretion.

1. Primacía de lo sustancial sobre lo formal

La estructuración de los procesos de selección de contratistas bajo diversas modalidades implica para la Administración el establecimiento de las condiciones mínimas habilitantes de carácter jurídico, técnico y económico que permitan la selección de la mejor oferta, la más favorable para los intereses de la entidad, aquella que responda al principio de economía, que cumpla con los criterios de calidad y que en franca *litis* permita tomar la mejor decisión, en aras de satisfacer la necesidad identificada por la entidad, y que además apunte a la

consecución de los fines del Estado⁴³. Y es que precisamente lo que ha buscado el legislador colombiano es otorgar mecanismos para alcanzar esos fines; por tanto y como lo ha expresado la Corte Constitucional, los contratos de la Administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “(...) la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz (...)” (Sentencia C-449, 1992, párr. 20). De cualquier manera, la contratación estatal le apunta a promover la prosperidad general, y a garantizar eficiencia y continuidad en la prestación de los servicios públicos, lo cual concreta el principio del interés general⁴⁴.

Visto lo anterior, al estructurar sus procesos de contratación, las entidades estatales se enfrentan a la realidad de las formalidades requeridas en los procesos frente a la necesidad de seleccionar un proveedor que presente la oferta más favorable, lo cual en algunos casos puede anteponerse al objetivo de seleccionar al mejor postor, por ello se concluye que arriesgar formalismo por la oportunidad de un buen contratista puede generar un resultado satisfactorio que materialice el interés general al garantizar una adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos por parte del Estado, con un proveedor que satisfaga la necesidad y en su selección responda a los principios rectores de la Administración⁴⁵.

⁴³ El Artículo 2° de la Constitución Política de 1991 reza: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)” (Constitución Política, 1991).

⁴⁴ Esto significa que la función administrativa en cada una de sus actuaciones debe propender por la satisfacción del interés público general y no el particular, lo que significa que siempre prevalecerá lo sustancial sobre lo formal.

⁴⁵ La Corte Constitucional, en Sentencia de Tutela T-321 de 1999 ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la Administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto, ha señalado que la eficacia, hace

Si bien los procesos de selección de contratistas buscan sacar el mejor provecho derivado de la competencia, es imperioso que los procedimientos estén taxativamente regulados en sus tiempos, etapas, condiciones, y que en general se fijen los requerimientos de participación exigidos para la elección del proponente adjudicatario, en aras de hacer procesos ágiles y eficientes que respeten los principios de transparencia, economía y responsabilidad⁴⁶. De lo anterior se traduce que las entidades deban ceñirse estrictamente a la regulación legal de cada modalidad de selección de contratistas, en aras de brindar seguridad a los oferentes que saben de antemano que las entidades no pueden actuar arbitrariamente, por lo que el formalismo atañe al interés general y busca disminuir el riesgo de error en el proceso⁴⁷.

relación “... al cumplimiento de las determinaciones de la administración” y la eficiencia a “...la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos”. En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia “la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones” (Sentencia de Tutela T-321, 1999).

⁴⁶ Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315: “Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

“La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

“Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado” (Sentencia Consejo de Estado exp. 27315., 2013)

⁴⁷ Cabe precisar aquí que la Ley 1474 de 2011 en el artículo 3 estableció que los principios que deben inspirar las actuaciones administrativas, deben fundarse en el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Es así como el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de preceptos constitucionales introducidos en el año 1991, en el artículo 228 que indica la prevalencia del Derecho sustancial sobre el procesal en las actuaciones judiciales y administrativas y el contemplado en el artículo 209, en el cual introdujo principios más flexibles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa⁴⁸, dio lugar a que con la expedición de la Ley 80 de 1993 se incorporara la filosofía de la primacía de lo sustancial sobre lo formal al cuerpo normativo de los negocios jurídicos estatales, oponiéndose directamente al formalismo jurídico imperante en el Decreto-Ley 150 de 1976 y Decreto-Ley 222 de 1983, estatutos que sacrificaban lo sustancial por lo procedimental, frecuentemente rechazaban propuestas presentadas en un proceso de selección de contratistas por no aportar copias con los documentos originales, omitir el índice de la propuesta, no aportar los documentos en el orden exigido o en general por no cumplir aspectos que no tenían incidencia en el contrato que se suscribiría (Suarez, 2009 p. 62)⁴⁹.

Bajo esa perspectiva, cualquier error que se presentaba en la oferta de los proponentes era sancionado gravemente con el rechazo de la propuesta y la descalificación del mismo, sin tener en cuenta el perjuicio que se causaba y, más aun, olvidando la eficiencia que requiere la selección de un contratista⁵⁰.

⁴⁸ Como lo indica Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2011) en su libro *Procedimientos administrativos y tecnología: en un Estado Social y Democrático de Derecho* los procedimientos que esta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad”.

⁴⁹ Sin perjuicio de un importante antecedente constituido por el Consejo de Estado en fallo de la Sección Tercera, radicado 4694 de 1987, que consideró que al existir aspectos no sustanciales las entidades podían requerir a los proponentes en aras de no descartar una buena propuesta (Consejo de Estado, Rad. 4696, 1987).

⁵⁰ Vale la pena en este punto traer a colación la crítica que el escritor Moreira Neto hace al formalismo: en los sistemas heredados del positivismo jurídico, la importancia del atendimiento de lo que se tenía como principio de la igualdad entre los licitantes dictaba una férrea vinculación a trámites procedimentales complejos, que deberían ser ricos en condicionamientos y exigencias con la función de alejar a los

Por ello, hoy se considera que la llamada rigurosidad que genera el formalismo se convierte en arbitrariedad, en la medida que favorece a unos y descalabra a otros por minuciosidades que pueden subsanarse sin quedar en desventaja frente a los demás partícipes de un proceso de selección⁵¹.

La protección de la forma sobre la competitividad de los oferentes admite que la esencia del proceso de selección de contratistas no sea el análisis de la propuesta sino la revisión del cumplimiento de meras formalidades fijadas en el pliego de condiciones⁵². Razón por la cual se plantea que la formalidad, aun cuando es importante para generar transparencia, libre concurrencia e igualdad, no debe dar lugar a tratos diferentes como el rechazo o la descalificación de una propuesta⁵³ (Perdomo, 2005).

oferentes o las propuestas considerados indeseables. Se creía que esa sería la mejor solución para asegurar la igualdad y la moralidad de los certámenes.

El procedimiento dominaba el certamen de tal suerte que los ofertantes que mejor actuasen en sus complejos meandros tenían una inmensa ventaja sobre los que no dominaban ‘el arte de hacer ofertas válidas’. Por ello, el resultado de la licitación dejaba de ser lo más importante, cediendo ante la perfección formal con que se cumplían los procedimientos. Poco importaba, en esta perspectiva, si la propuesta vencedora fuese más o menos eficiente o más o menos económica para las arcas públicas, ya que el deber funcional se agotaba en la fiscalización formal de la regularidad de los trámites legales. (Moreira, 2006, pp. 673-674)

⁵¹ El doctrinante Gustavo Beramendi Galdós (2006) hace una crítica importante al formalismo cuando señala: “Desde la perspectiva de política regulatoria, el régimen legal de las compras estatales debe tener como primer objetivo que el Estado contrate bien, barato y oportunamente; todo ello con transparencia. Mientras mejor contrate el Estado será más eficiente el uso de los recursos públicos [...]. La regulación de la contratación estatal, además, debe ser diseñada de manera que los mecanismos operativos que se utilicen sean eficaces para evitar la corrupción, no solamente porque esta es reprochable desde la perspectiva moral, sino, además, porque produce asignación ineficiente de recursos. [...]”

“Al problema referido debe agregarse que la interpretación de las bases de los procesos está regida por un carácter básicamente formalista. Esta visión priva del carácter técnico que debiera presidir las discusiones relativas a la compra de bienes o contratación de servicios por parte del Estado, y se explica en parte por la sombra de una conducta de control atemorizante de los funcionarios públicos, que en muchos casos prefieren la comodidad de una interpretación literal restrictiva a una que atienda la esencia de las cosas” (p. 20).

⁵² El pliego de condiciones es obligatorio para quienes pretendan participar en el proceso de selección de contratistas y ellos deben ajustarse a este cuando van a elaborar su propuesta. Como lo indica Juan Ángel Palacio Hincapié en el texto la contratación de las entidades públicas (1997).

⁵³ Siguiendo al profesor Vidal Perdomo (2005), Principio de la libertad de concurrencia. Según la doctrina española, este principio busca proteger los intereses económicos de la Administración mediante la máxima concurrencia posible, y garantizar la igualdad de acceso a la contratación (p. 325).

De esta manera, la Ley 80 de 1993 significó el cierre de una época en la que los medios se sobreponían a los fines. Por lo que la exposición de motivos del proyecto de ley que habría de convertirse en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, consignó:

La agilidad, la libertad, la transparencia, la autonomía, son principios de imperioso desarrollo. Por oposición, el excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones, condiciones sine qua non para estar a tono con las tendencias imperantes de eficiencia, calidad, eficacia e internacionalización recogidas en nuestra Carta Política⁵⁴.

Así las cosas, el nuevo estatuto⁵⁵ se opuso a la falencia del formalismo que operaba bajo una supuesta prevalencia de la legalidad para entrar a defender los derechos y las garantías de los proponentes partícipes de un proceso de selección, la buena fe inspirada en el principio rector de la prevalencia sustancial en los procedimientos administrativos, así como en el principio de economía señalado en el artículo 25, específicamente en el numeral 15, que ordenó que las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en

⁵⁴ Ley 80 de 1993.

⁵⁵ Luis Guillermo Dávila Vinuesa (2003) considera que la Ley 80 de 1993 es una ley de principios, ya que contiene los criterios que permiten a la Administración adoptar una postura determinada frente a cierta situación; es decir, su contenido es la substancia sobre la cual la Administración motiva su actuar en los procesos de selección de contratistas desarrollados por una entidad; mientras que el Decreto 222 de 1983 era un estatuto que contenía reglas, es decir, describían una acción u omisión, y su redacción era concreta e impersonal.

forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. Así, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no serían título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos⁵⁶.

En dicha dinámica, actualmente se habla del principio del informalismo que permite a los oferentes sanear los defectos no esenciales (López Meirelles, 1977, pp. 10 y ss.). Sin embargo, esta postura se ha llevado al extremo en la posibilidad de subsanar requisitos en los procesos de selección de contratistas, por la flexibilidad normativa existente y la falta de parámetros taxativos, permitiendo sanear requisitos no esenciales para la comparación de ofertas, considerados subjetivamente como tal por la entidad, en cualquier etapa del proceso antes de la adjudicación, y dentro del plazo que la entidad considere otorgar. Esto, como veremos más adelante, trae consecuencias, como son: alterar la planeación, llegar a la adjudicación sin contar con una evaluación definitiva, un segundo traslado al informe de evaluación, etc., los cuales trasgreden los principios de la contratación y aunque desarrolla los postulados de transparencia y objetividad según la interpretación del Consejo de Estado, vulnera el principio de igualdad entre oferentes y desconoce el carácter vinculante del pliego de condiciones (Parada, 2004)⁵⁷.

Lo anterior entabla una discusión en torno a la necesidad de regular de manera suficiente, la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas en aras de determinar los requisitos susceptibles de ser subsanados, es decir, aquellos no necesarios para la comparación de las ofertas, el plazo y el momento para hacerlo de tal forma que no queden al

⁵⁶ Es así como la postura adoptada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se enmarca en la opinión de Dromi (2001): “los meros defectos formales que no afectan sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su inadmisibilidad”.

⁵⁷ En palabras de Ramón Parada (2004), el pliego de condiciones contiene declaraciones jurídicas económicas y administrativas (pp. 287 y 288).

arbitrio de la entidad y de lo señalado por el Consejo de Estado como sucede actualmente, sino que se establezcan criterios que puedan ser aplicados de manera uniforme por las entidades del Estado en la actividad contractual. Se otorgaría así la merecida importancia a los requisitos habilitantes y su exigibilidad desde el comienzo del proceso de selección, acorde con los principios de selección objetiva, transparencia y economía. Y se garantizaría además el carácter vinculante del pliego de condiciones⁵⁸, el cual hoy se desvirtúa al aceptar propuestas incompletas en los procesos de selección, dado que al tenor del artículo 30 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos establecidos en el pliego de condiciones”⁵⁹.

2. La licitación pública como regla general para la selección de contratistas en Colombia

Desde el año 1912, el Estado colombiano ha buscado regular normativamente la contratación estatal con el propósito de garantizar principios que propendan por la transparencia de los procesos de contratación y su eficiencia, estableciendo el proceso licitatorio como obligatorio desde la expedición del Código Fiscal Nacional de 1912, donde estableció el proceso licitatorio como obligatorio para la venta de bienes nacionales, adquisición de

⁵⁸ El contenido del pliego de condiciones debe cumplir los parámetros legales establecidos; en palabras del Doctor Ciro Norberto Guecha Medina (2015), el pliego de condiciones debe ceñirse a lo consagrado en el Estatuto Contractual (p. 82). En esa medida, no comparto lo indicado por el profesor José Luis Benavides (2004) frente a la libertad de las entidades para construir y redactar los pliegos de condiciones.

⁵⁹ Frente al carácter vinculante del pliego de condiciones, al tenor de lo establecido por el artículo 30 numeral 6 de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado Sala de Consulta señaló en Concepto del 20 de mayo de 2010, Radicado 2010 - 00034: “el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6° del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes”.

determinados bienes y arrendamiento (Ley 110 de 1912). Posteriormente, con la expedición de la Ley 61 de 1921 reiteró la obligatoriedad de la licitación pública para los procesos de adquisición de toda clase de materiales para los tramos de transporte y los manuales celebrados por el gobierno (Ley 61 de 1921). Para el año 1921, mediante la Ley 106, reglamentada a su vez por el Decreto extraordinario 2880 de 1959, se estableció la licitación para los contratos de manejo de correos nacionales; y es en 1968, con el Decreto Extraordinario 2370 de ese año, que fija como obligatoria la licitación para las adquisiciones hechas por el Instituto Nacional de Porvisiones superiores a cincuenta mil pesos (\$50.000). Todas las normas referidas fueron asimiladas, ampliadas y regladas en un único reglamento, el Decreto Extraordinario 150 de 1976, y posteriormente se expide el Decreto 222 de 1983 que amplió las reglas de la contratación y las entidades a las que le eran aplicables. Finalmente se dicta la Ley 80 de 1993 en aras de adaptarse a la Constitución Política de 1991 y para solucionar los vacíos e inconvenientes que presentaba el Decreto 222 de 1983; ley que hasta nuestros días ha sido modificada y reglamentada (Rodríguez, 2008).

La licitación pública es la regla general para la selección de contratistas en Colombia, es catalogada como el mejor mecanismo para la adquisición de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la Administración y de los administrados⁶⁰, en tanto que responde a los principios de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva etc. La licitación pública es un

⁶⁰ El Estado Social de Derecho busca garantizar los derechos fundamentales, establecidos en el texto de la Constitución política, en aras de enfrentar las desigualdades y todo aquello que atenta contra la dignidad humana. De esta forma el Estado colombiano adquiere el compromiso de defender y exaltar los intereses de sus ciudadanos, al tenor del artículo 1 de la Constitución Política de 1991: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del oferente que promete las mejores condiciones, las más ventajosas para la materialización de los fines de interés público⁶¹, que se persiguen con la contratación estatal (González, 1990). En este sentido, es importante conceptualizar que la licitación pública consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación) (Sayagués, 2005).

Marienhoff (1983) también señaló:

La licitación pública debe analizarse desde dos esferas: con relación al Estado y con relación a los administrados. Frente al primero, indica, "la '*ratio iuris*' no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al 'cumplimiento' del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc.) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas". Y en relación con los administrados asevera: "con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de esta

⁶¹ La Ley 80 de 1993 establece en el artículo 3o. los fines de la contratación estatal, al indicar: "Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; trátase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos” (p. 165).

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece los pasos o etapas que conforman el procedimiento administrativo requerido para la selección de un contratista bajo la modalidad de licitación pública. Estos son:

i) Apertura del proceso de selección mediante acto administrativo; ii) publicación de pliegos de condiciones; iii) la publicidad del proceso; iv) la posibilidad de aclaración sobre el alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia correspondiente, así como las modificaciones a los pliegos, si ello fuere pertinente; v) plazo de la licitación, esto es, el término a partir del cual se pueden presentar las propuestas y su cierre; vi) contenido de las propuestas; vii) evaluación de las propuestas y elaboración de los informes de evaluación; viii) traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes; ix) plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato correspondiente, y x) posibilidad de adjudicación en audiencia pública (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993).

Así, el procedimiento licitatorio que tiene como fin último la selección objetiva de un proponente, es decir, el adjudicatario final que cumplió con los requisitos para participar en el proceso y obtuvo el mayor puntaje que lo hizo ganar el proceso, conclusión a la que puede llegar cualquier ciudadano que revise la evaluación; por tanto, cuando el procedimiento se regula correctamente a través del pliego de condiciones y sus adendas, se surte adecuadamente el procedimiento aplicando las normas, y la entidad, por intermedio de sus delegados, actúa sin que haya intereses subjetivos; se concluye que la

selección ha sido objetiva y termina con el acto administrativo de adjudicación, acto de naturaleza reglada pues obedece a la ley y a sus reglamentos.

Visto lo anterior, siendo la licitación pública la regla general en Colombia y la principal manifestación del principio de transparencia, se encuentran reglamentadas otras modalidades excepcionales de selección de contratistas establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, como son: la mínima cuantía, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, donde la naturaleza del bien o servicio, la cuantía y la necesidad misma determinan la modalidad a aplicar al tenor de la normatividad vigente. Así las cosas, la normatividad establece y regula las modalidades de selección de contratistas y el procedimiento que se debe surtir en cada una⁶².

Se destacan como elementos esenciales de un proceso licitatorio: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. Elementos considerados esenciales dada la naturaleza del proceso y la relevancia del mismo en la consecución de los fines del Estado. Y como se verá, siendo estos elementos prioritarios frente a la subsanabilidad de requisitos, resulta paradójica la forma como se han reglamentado, pues la sujeción estricta al pliego de condiciones pasa a un segundo plano cuando equivocadamente se ha tomado como regla general que los proponentes puedan subsanar errores, allegar documentos y hacer aclaraciones en cualquier etapa del proceso de selección, siempre que estos no versen sobre aspectos que otorguen puntaje para los oferentes, es decir, que afecten la comparación de las propuestas⁶³ cuando legalmente no se han establecido dichos factores

⁶² La Administración pública debe surtir una serie de actuaciones a partir de las formalidades y trámites dispuestos para poder emitir sus actos.

⁶³ El pliego de condiciones contempla las reglas de la etapa precontractual, condensa los requisitos de participación y obliga a quienes pretendan hacer parte del proceso de selección en la contienda por adjudicatarios del proceso. En palabras del profesor Jose Roberto Dromi, el pliego de condiciones, indica

sino que el desarrollo jurisprudencial lo ha limitado a aquellos que otorgan puntaje, dejando un margen de subjetividad a la Administración para que determine los factores necesarios para la comparación de las ofertas.

Frente a las reglas de subsanabilidad de requisitos es importante señalar que las ofertas en los procesos de selección de contratistas bajo cualquier modalidad deben presentarse completas y ajustadas a lo demandado por la entidad contratante; si el pliego de condiciones es la ley del contrato, las propuestas deben sujetarse taxativamente con un rigor extremo a sus disposiciones; las etapas deben surtirse en los plazos estipulados por la ley y no debe haber lugar a subjetividades en la interpretación de aspectos como la subsanabilidad de requisitos, como ocurre actualmente. Toda vez que la licitación pública constituye la regla general y es un procedimiento reglado, es el punto de partida para comprender la importancia de la subsanabilidad de requisitos en la selección de contratistas.

3. La subsanabilidad de requisitos frente a la selección objetiva en la Licitación pública: requisitos habilitantes y factores ponderables

Como ya se mencionó, la nueva Carta reconoce la importancia de los principios en el Derecho y así mismo su carácter vinculante y de aplicación inmediata; en relación con este punto, la Corte Constitucional ha sentado precedentes que dejan clara la discusión:

Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en

a los posibles oferentes o interesados las condiciones que deben reunir para hacerse partícipe del proceso y presentar su oferta (Dromi, 2002, pp. 194-195).

consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, (...) su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; sino que debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden (Sentencia T – 406, 1992, numeral 7 literal b).

En este orden de ideas, el principio de selección objetiva ha sido plenamente positivado a través del artículo 5 de la Ley 1150 del 2007; Decreto 2473 de 2010; artículo 88 Ley 1474 de 2011, en concordancia con la búsqueda de transparencia y el derecho a la información pública contemplado en la Ley 1712 de 2014. Así, la selección objetiva⁶⁴ es la oferta más favorable que resulta de la aplicación de los parámetros establecidos en las bases de la convocatoria, con lo cual se revela el carácter eminentemente reglado del poder de adjudicación, sin apartarse de criterios objetivos al comparar y evaluar las propuestas, todo ello parafraseando a Rico (2005) desde una lógica razonable en concordancia con los principios de la contratación, ya que desde los mismos pliegos de condiciones se verifica que sean lo suficientemente claros y coherentes⁶⁵, es decir, que no estén por fuera del contexto de la función pública ni que las entidades actúen de mala fe apartándose de la normatividad reguladora del

⁶⁴ Es un principio que tiene como fin la participación del mayor número de oferentes de modo tal que se pueda seleccionar el que mejores condiciones ofrezca. No obstante, es posible la adjudicación a un único proponente del proceso siempre que cumpla con los criterios, requisitos y condiciones exigidas en el pliego de condiciones (Escobar, 2003). La misma postura comparte Miguel Ángel Bercaitz (1980), quien señala que la Administración solamente fija las condiciones del proceso de selección empero si se presenta una sola oferta ello no afecta la validez del procedimiento ni impide que se adjudique (p. 323)

⁶⁵ Para que existan criterios de objetividad, transparencia e igualdad las entidades deben incluir en el pliego reglas que garanticen imparcialidad; es decir, que no favorezcan a ninguno de los proponentes y que permita la selección objetiva de contratista. (Guecha, 2015, p. 94)

proceso contractual⁶⁶ y menos aun aprovechando los vacíos jurídicos de la norma para favorecer intereses personales o de terceros, culminando con una desigual selección al actuar bajo subjetividades y vulnerando tanto principios como derechos de los proponentes, afectando igualmente de forma indirecta a la misma entidad contratante, ya que más adelante ello degenera en problemas judiciales que implican altas sanciones pecuniarias.

La celebración de los contratos estatales tiene como objeto materializar un fin estatal⁶⁷, dando una preeminencia del interés general sobre el particular, a partir de la Ley 80 de 1993; además de realizase una selección objetiva de los oferentes, es necesario revisar situaciones externas, como la capacidad económica del oferente, el equipo de que dispone, capacidad financiera, experiencia, etc. A su vez, y no menos importante, será establecer en el pliego de condiciones el objeto del contrato la identificación de los bienes y servicios requeridos (Dromi, 2002, p. 24) y aspectos como la calidad y/o las especificaciones técnicas⁶⁸ (Escobar, 2003).

A su vez, el criterio de selección objetiva, hoy catalogada como principio rector de la actividad contractual del Estado y tratado por el Consejo de Estado como regla para establecer los requisitos orientadores de un proceso de selección de contratistas para la adquisición de bienes y servicios, se remonta al el Decreto 150 de 1976 que establecía los criterios para la adjudicación. Dicho decreto planteó los siguientes parámetros:

⁶⁶ Atendiendo al principio de legalidad, “La administración debe estar sujeta al ordenamiento jurídico lo que concreta en que cada acto que la administración expida y cada actuación que realice deba estar conforme a las normas jurídicas jerárquicamente superiores” (Martínez, 1988, p. 31).

⁶⁷ De esta manera el contratista seleccionado se convierte en un colaborador de la Administración, por lo que el objeto del contrato es un requisito para identificar la finalidad de la Administración y por ende del contrato mismo (Cierne, 1953).

⁶⁸ El Decreto 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 estableció la necesidad de determinar en el contenido del pliego de condiciones las especificaciones técnicas e identificación del bien o servicio a adquirirse.

De los criterios para la adjudicación. La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y hecho el análisis comparativo, al licitante cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones. En la evaluación de las ofertas deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: el precio; el plazo; y la calidad, seriedad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes. En igualdad de condiciones debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios (Decreto 150, 1976, Art. 25).

Posteriormente, el Decreto 222 de 1983, en el artículo 33^[69], establecía los requisitos para la selección de contratistas, entre ellos el proceso, la calidad, la solvencia económica, la capacidad, la experiencia, entre otros.

Posteriormente, la Ley 1150 de 2007, que derogó parcialmente la Ley 80 de 1993, dispuso frente a los principios que las entidades públicas debían

⁶⁹ Este artículo 33 del Decreto 222 de 1983 también los denominaba criterios para la adjudicación, al indicar que “La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de, condiciones o términos de referencia, según el caso.

“En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes (...)”.

acogerse a los principios de la función administrativa establecidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de 1991^[70].

De esta manera, compartiendo la postura de García y Mendoza (2009), con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se reformula el principio de selección objetiva y se fijan criterios de escogencia en el artículo 5, es decir, aquellos que quedan en las categorías “aprobado” y “no aprobado”, haciendo una clara división entre la oferta y los requisitos del proponente; en otras palabras, los requisitos habilitantes. Según Miranda (2015): “La selección objetiva es un deber-regla de conducta – en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección” (p. 4).

La licitación pública es una modalidad de selección de contratistas que convoca la participación de los proveedores que cumplen con aquellos requisitos mínimos para hacer parte de la competencia y que son fijados desde la etapa de planeación en los estudios previos, luego plasmados en el pliego de condiciones⁷¹, posteriormente dados a conocer en la convocatoria pública para que los interesados y el público conozcan los requisitos que darán lugar a la selección de la oferta más favorable para la entidad contratante y que dará finalmente lugar a la formación del contrato una vez agotadas todas las etapas del proceso licitatorio. En palabras del Consejo de Estado:

⁷⁰ La Ley 1150 de 2007 en su artículo 13 dispone: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

⁷¹ El pliego de condiciones es un acto administrativo general, ya que su contenido está reglado en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Cabe precisar que el pliego de condiciones hace parte de la etapa precontractual y contiene estipulaciones generales e impersonales (Sierra Solano, 1994, p. 131).

La licitación es una de las formas mediante las cuales las entidades públicas escogen las personas naturales o jurídicas con las cuales celebrar un contrato para el desarrollo de funciones inherentes a su competencia. Es un camino expedito y reglado, con la cual se garantiza que la contratación no sea un mero capricho de la Administración, sino que se aseguran las opciones que más convengan al interés general y por ello es un freno a la corrupción y a los manejos indebidos del presupuesto público, que atentan contra la pureza administrativa (como se citó en Mantilla, 2014, pp. 144-145).

Dicho lo anterior, las entidades que tienen la necesidad de contratar deberán estructurar los estudios previos⁷² y el pliego de condiciones fijando los requisitos mínimos para participar o requisitos habilitantes⁷³, y los requisitos puntuables, es decir, aquellos que marcarán la diferencia en el desarrollo del proceso y que harán adjudicatario a uno de los competidores tras haber obtenido el mayor punteje frente a los demás partícipes⁷⁴. Tal como lo planteó el magistrado Santofimio:

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...”, esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus

⁷² Los estudios previos elaborados por la Administración deben ser adecuados, pues su ausencia o las deficiencias que contengan pueden generar desequilibrio económico en los contratos administrativos e incluso su nulidad (Matallana, 2001).

⁷³ Reglamentados por el Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.1.2.1.3.

⁷⁴ Las entidades estatales establecen unilateralmente los requisitos objetivos del proceso de selección, siguiendo el contenido señalado en la ley para conformar el pliego de condiciones que afecta directamente a quienes deseen participar y a su vez somete a los participantes una vez convocado el proceso (Herrera, 2005, p. 209).

bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (Consejo de Estado, Sentencia 00072, 2016, Extractos capítulo V parte 1).

La estructuración de los procesos de selección de contratistas implica analizar diversos factores, como el riesgo del proceso, el valor del contrato, el sector, la oferta, la demanda, etc.; aspectos que intervienen en la determinación de los requisitos habilitantes (jurídicos, técnicos y financieros) necesarios para garantizar la selección objetiva de un proponente, los cuales se verifican en Registro único de Proponentes⁷⁵, sirven para medir la aptitud del proponente, ya que fija las condiciones mínimas de participación en el proceso de selección, de manera que las entidades contratantes solo evalúan aquellos que los cumplen o acreditan sin que ello les genere algún puntaje, salvo en la selección de consultores donde es posible otorgar puntaje a la experiencia adicional⁷⁶. A

⁷⁵ El Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación frente al RUP indica: “El Registro Único de Proponentes es el instrumento a través del cual los proponentes acreditan su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El certificado del RUP es la prueba de tales condiciones, por lo que las Entidades Estatales no pueden solicitar a los oferentes documentación adicional para verificar la información contenida en el mismo” (Colombia Compra Eficiente, 2015)

⁷⁶ Así lo establece la Ley 1150 en su artículo 6: “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

“No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos

su vez, la entidad estatal deberá establecer los criterios ponderables, esto es, aquellos que otorguen un puntaje, como son los factores de calidad y/o precios, dependiendo de la modalidad de selección que a su vez estará sujeta a la cuantía y a la naturaleza del bien o servicio a adquirirse. De esta manera, en el pliego de condiciones deberán establecerse las reglas de comparación, ponderación y evaluación, lo cual determinará la adjudicación (Dávila, 2001 p. 250).

Así, en los procesos licitatorios los requisitos habilitantes serán de carácter jurídico, técnico y financiero, los cuales indicarán que el oferente se encuentra en capacidad de participar sin que por ello se le otorgue puntuación; simplemente lo autoriza para entrar en la carrera mientras los requisitos que otorgan puntaje solamente serán aquellos que se establezcan frente a la oferta económica y los aspectos de calidad que haya considerado la entidad contratante y sobre los cuales los proponentes normalmente centran sus esfuerzos, pues estos últimos no son subsanables en el desarrollo del proceso de selección⁷⁷.

En ese sentido, frente a la subsanabilidad de requisitos es pertinente hacer un análisis profundo sobre la forma como se plantea, pues si lo que se busca a través de la contratación en cualquiera que sea su modalidad es la selección de la oferta más favorable, es necesario en la objetividad de las reglas, generar precisión sobre lo que debe contener la oferta, sobre lo que puede ser

anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

“En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación” (Congreso de la República, 2007).

⁷⁷ De esta manera, una vez se verifica el cumplimiento de los requisitos, se aplican los criterios de comparación de las ofertas en condiciones de igualdad entre los proponentes se da lugar a la escogencia de la propuesta más favorable a la entidad contratante, aquella que apunta hacia el interés público (García y Fernández, 1993, p. 683).

subsancable y sobre lo que no es subsancable, ya que aunque jurisprudencialmente existe un desarrollo frente a la figura, la naturaleza del principio de selección objetiva exige una revisión y regulación más precisa que desarrollo el núcleo de los principios rectores de la contratación estatal, debido a que el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal (Suárez, 2012).

Es importante precisar que los procesos licitatorios permiten la comparación de las ofertas presentadas en condiciones de igualdad, es decir, bajo claras condiciones exigidas y cumplidas efectivamente por los proponentes para que la selección sea objetiva con la previa calificación y verificación de la capacidad jurídica, técnica y financiera, los cuales deben ser minuciosamente revisados por la Administración y deben acreditarse por los partícipes desde el principio del proceso y no poco a poco hasta la instancia de ser en cualquier momento antes de la adjudicación, ya que así como está planteada legalmente la subsancabilidad se están contraviniendo los mencionados principios de igualdad y selección objetiva al admitirse diversas interpretaciones y posturas por parte de las entidades para establecer los requisitos subsancables, así como el momento y el plazo para subsanar.

En virtud de lo anterior, es necesario reglamentar mediante una ley el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando taxativamente los requisitos subsancables, la etapa del proceso en la cual se admite la subsancación, el plazo que se otorga para subsanar y la consecuencias de no hacerlos, para que las entidades estatales adopten un criterio común frente a la subsancabilidad de requisitos, que respete la presunción de los plazos, el carácter vinculante del pliego de condiciones y el carácter reglado del proceso

licitatorio. Igualmente, que garantice condiciones iguales para los partícipes en el proceso de selección.

Pues es claro que a pesar del desarrollo jurisprudencial que ha establecido que no son subsanables los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, o sea, aquellos que otorgan puntaje al oferente, frecuentemente se configuran sucesos de desviación de poder en la administración, cuando subjetivamente la entidad contratante rechaza una o varias ofertas por considerar imposible subsanar requisitos que en su criterio eran necesarios para la comparación de las ofertas, pero que en realidad no lo eran. Situaciones que atentan directamente contra las condiciones de igualdad, transparencia e imparcialidad en las cuales se debe desarrollar el proceso de selección de contratistas

4. La subsanabilidad de requisitos y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal: economía, transparencia y responsabilidad

Los principios rectores de la contratación estatal que enmarcan la actuación de la Administración a través de sus agentes en la gestión contractual son aplicables a todas las modalidades de selección de contratistas y a cada una de las etapas que conllevan; así mismo, imperan en todas las tipologías contractuales por lo que frente a la subsanabilidad de requisitos jurisprudencialmente se han establecido unas reglas, sobre las cuales ineludiblemente deben operar los principios que inspiran y brindan soporte a la contratación administrativa. Por lo anterior han sido denominados por la doctrina “zona común de la contratación pública” (Santos Rodríguez, 2009, p. 18).

Las definiciones de los principios son variadas; sin embargo, una definición clara es la dada por el profesor Samuel Yong Serrano (2013), quien ha indicado “los principios son mandatos de optimización, por cuanto son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posiblemente permitido, por las condiciones jurídicas y fácticas existentes” (p. 38), considerando además que los principios son la fuente del Derecho legislado (Rodríguez, 1989 pp. 18, 22, 23). Así, y dada su importancia en la contratación, es de vital importancia analizarlos frente a la aplicación de las reglas de subsanabilidad, establecidas de manera somera en la ley y desarrolladas jurisprudencialmente, por lo cual vale la pena señalar que las reglas en términos de Robert Alexy (1993) han sido definidas así: “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (p. 242). Cabe precisar en este punto, y como lo veremos más adelante, que a pesar de haberse establecido las reglas de subsanabilidad, subyacen vacíos que deben llenarse con una reglamentación legal clara y suficiente que observe los principios de la contratación estatal y limite la discrecionalidad de la Administración⁷⁸.

El desarrollo doctrinal colombiano ha establecido los principios de la contratación, en diversas clasificaciones, como es el caso del profesor Juan Carlos Expósito Vélez (2003), quien los clasifica de acuerdo con su ubicación dentro del ordenamiento jurídico, así: a). Los propios de la función administrativa, establecidos en la Constitución Política de 1991 (art. 209), en la Ley 489 de 1998 y en la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Y b). Los específicos de la Contratación Estatal contemplados en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007,

⁷⁸ En palabras del doctrinante español Federico de Castro (1943), los principios cumplen tres (3) funciones esenciales: “i) son el fundamento de la organización jurídica, ii) orientan la interpretación de las normas jurídicas y iii) presiden la integración normativa” (p.459).

la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 019 de 2012, el Decreto 1082 de 2015 y las demás normas que lo complementan, adicionan y modifican (pp. 536 y ss.). Finalmente, y una vez desglosados, se identifican en términos generales los siguientes principios: legalidad, igualdad, planeación y presupuestación, contradicción, prevalencia del interés general, libre concurrencia, buena fe, imparcialidad, libertad de empresa, debido proceso, participación y control ciudadano, equidad y valoración de costos ambientales, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad administrativa, transparencia, responsabilidad, selección objetiva (Atehortúa, Hernández, y Ospina, 2010, p. 79).

De esta manera y sea cual sea la denominación o clasificación de los principios de la contratación, lo realmente importante es precisar que con ellos se busca el cumplimiento de los fines de la contratación a través del proceso de selección del contratista: por ello, el presente trabajo se centra en tres principios fundamentales, considerados principios bases de la contratación, establecidos en la Ley 80 de 1993 (Sandoval, 1994 p. 72): transparencia (art. 24), economía (art. 25) y responsabilidad (art. 26), haciendo mención a aquellos que adicionalmente se encuentran inmersos en los referidos, como son la igualdad, publicidad, libre concurrencia, eficacia y selección objetiva, los cuales tienen gran incidencia en la aplicación de las reglas de subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, donde se evidencia su observancia e inobservancia, análisis que realizaremos a continuación y que resulta de gran importancia en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

a) Principio de economía

Este principio se materializa en la etapa precontractual y busca que los procesos se realicen de una manera eficaz, eficiente y a la menor brevedad posible, evitando el uso de copias y otros procedimientos que resulten innecesarios.

Este principio cuenta con diversos matices, según lo establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, en cuanto busca lograr los fines de la contratación, así como maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos dentro de un marco de actuaciones (Consejo de Estado, Rad. 15324, 2007, p. 15).

Igualmente, el Alto tribunal ha manifestado que el principio de economía tiene una relación directa con el principio de planeación, puesto que también se trata de una ejecución efectiva de los presupuestos asignados, junto a un cronograma debidamente ajustado para satisfacer las necesidades de las comunidades y de terceros (Consejo de Estado, 2008).

De igual manera, la Corte Constitucional ratifica esto al mencionar que el principio de economía constituye una orientación para el cumplimiento de los fines del Estado, buscando el mayor beneficio social al menor costo (Sentencia C - 649, 2002).

El principio de economía se evidencia en diversos aspectos del proceso de selección de contratistas, como lo veremos a continuación y en el desarrollo del análisis denotaremos su observancia o inobservancia en el estado actual de la subsanabilidad de requisitos:

1. Primacía de lo sustancial sobre lo formal. Comprende dirigir esfuerzos por salvar el proceso de selección cuando se presentan defectos de forma, lo cual debe entenderse bajo la teoría de los requisitos subsanables recogida por el derogado artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y

actualmente por el vigente parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Así, al analizar el principio frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, se precisa que aunque la figura se dirige a la primacía de lo sustancial sobre lo formal, su reglamentación legal y jurisprudencial es escasa, ya que no se establecen los requisitos susceptibles de subsanación sino que parte del criterio de ponderación para limitar los requisitos no subsanables, e igualmente deja a merced de las entidades el establecimiento de estos últimos, situación que genera subjetividades en el desarrollo del proceso de selección de contratistas.

2. Etapas perentorias y términos preclusivos del proceso de selección. Los procesos de selección de contratistas se encuentran debidamente reglamentados, por lo que es necesario cumplir las etapas estrictamente establecidas, ni más ni menos. Por tanto, en el proceso licitatorio es necesario cumplir el procedimiento y las fases contempladas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las cuales son perentorias. De este modo, crear etapas diferentes atenta contra el principio de economía, situación que se presenta cuando se admite la subsanación de requisitos en la audiencia de adjudicación u horas antes, lo cual implica iniciar una audiencia sin contar con una evaluación definitiva, por lo que es posible que allí se modifique el informe de evaluación, dando lugar a un segundo traslado del mismo, eventualidad que contempla la circular externa número 13 del 13 de junio de 2014 de Colombia Compra Eficiente⁷⁹, en

⁷⁹ “(...) El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta”.

“Si el oferente subsana y acredita tales requisitos oportunamente, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación⁵. Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la

virtud de la cual se deja a consideración de la entidad contratante la creación de dicha etapa que no está contemplada en la norma.

Igualmente, frente a los términos establecidos en el proceso de selección hasta la adjudicación, las entidades establecen en el pliego de condiciones un cronograma de la etapa precontractual; sin embargo, frente a la subsanabilidad, no se ha establecido taxativamente la etapa para subsanar ni los plazos, sino que se ha dejado a merced de la entidad, quedando abierta la posibilidad de hacerlo hasta antes de la adjudicación. De esta forma, aunque el Consejo de Estado ha indicado que es posible rechazar las ofertas cuando el proponente no subsana el requisito solicitado dentro del plazo otorgado, lo cual constituye una contradicción con la disposición legal vigente que expresa la posibilidad de hacerlo hasta antes de la adjudicación, situación que, como ya se indicó, puede contravenir el principio de economía.

3. Fases preparatoria y de planeación. La importancia de estas radica en la materialización del principio de economía, por cuanto unos estudios técnicos, de oportunidad y de mercado adecuados conllevan un exitoso proceso de selección y ejecución del contrato; en términos de Perdomo (2016): “[...] en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado de mercado jurídicos de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de planeación [...]” (p. 54).

audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación.

“Con base en el principio de economía y el objetivo de eficiencia del sistema de compras y contratación pública, **la Entidad Estatal debe decidir si es necesario otorgar un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo de informe de evaluación**” (Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, 2014) (negrilla y subrayado fuera de texto).

El principio de planeación, inherente al de economía, obliga a los posibles oferentes a ser diligentes en la estructuración de sus ofertas, para lo cual deben tener en cuenta las proyecciones realizadas por la Administración; la cuales deben responder a las condiciones técnicas y financieras del servicio o bien a adquirirse (M.P Hugo Fernando Bastidas Barcenas, 2014).

En este contexto, no resulta coherente que los proponentes en el transcurso del proceso de selección vayan completando sus ofertas por cuanto la flexibilidad de la normativa que regula la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección así se los permite, situación que transgrede el principio de economía.

4. Estudios técnicos y de factibilidad. Implican el deber de la Administración de conocer previamente el mercado, identificar adecuadamente la necesidad y establecer las especificaciones técnicas del bien o servicio a adquirir, con ello alcanzar el mayor beneficio al menor costo en aras de lograr una selección objetiva que apunte a la consecución de los fines del Estado⁸⁰. Lo anterior implica la realización de análisis de las diferentes opciones para resolver la necesidad, atendiendo de esta manera la más favorable desde el punto de vista técnico, económico y jurídico (Acostamadiedo, 2014).

En virtud de lo anterior, la oferta económica jurisprudencialmente ha sido catalogada como un requisito necesario para la comparación de las ofertas, lo cual le otorga el carácter de insubsanable, criterio que resulta insuficiente, ya que taxativamente no se han establecido en la ley, lo cual –como ya se ha mencionado– otorga a las entidades un margen de

⁸⁰ Constituye el cumplimiento de un deber legal la elaboración de estudios previos con la debida antelación, lo cual se deriva del cumplimiento de los principios de economía, buena fe, eficiencia y eficacia. Por ello, si la Administración cumple su deber, el riesgo de desequilibrio económico será menor (Arrocha, 1996).

subjetividad para establecer dichos requisitos y en esa medida limitar subjetivamente la posibilidad de corregir un yerro. Esto encara la necesidad de una reglamentación legal suficiente de la subsanabilidad de requisitos que atienda integralmente el principio de economía.

b) Principio de responsabilidad

Siguiendo la línea trazada por el Consejo de Estado, hay que destacar:

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993, consagra el principio de Responsabilidad como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores del patrimonio público y una contratación semejante a la de los particulares, que por ende conlleva una mayor responsabilidad. Se establece supuestos en los cuales compromete no solo la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual, sino también de los Servidores Públicos y los Contratistas que intervienen en la misma. La responsabilidad de los servidores públicos por las omisiones, actuaciones antijurídicas podrá ser civil, penal o disciplinaria, teniendo en cuenta además que deberán indemnizar los daños que causen por su descuido o negligencia; de igual manera responderán los contratistas, asesores, consultores e interventores que participen en los procesos de contratación por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual (Pachón, 2012 p.127).

Este principio busca que todos los intervinientes en la actividad contractual lo hagan dentro del marco legal, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin la predisposición de causar daño y con la

diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito como la contratación pública que persigue el interés general (Consejo de Estado, Rad. 15324, 2007, p. 18).

De igual manera, la profesora Rosero (2014) planteó:

El principio de responsabilidad está directamente relacionado con el principio de la selección objetiva, al establecer en el numeral 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que en los pliegos de condiciones se deberán indicar los requisitos objetivos para participar, así como las reglas claras objetivas y justas que determinen la confección de ofertas (p. 110).

Por lo expuesto, es claro que este principio es esencial y maneja un alto grado de compromiso en la gestión contractual de las entidades a la hora de la contratación estatal, debido a la autonomía y a las potestades que poseen los funcionarios, ya que sus decisiones afectan directamente la selección objetiva de los contratistas. Por lo tanto, el respeto y la observancia a cabalidad de este principio requiere que se cuente con una reglamentación clara y suficiente de los requisitos subsanables, toda vez que hay un desarrollo legal y jurisprudencial que no resulta coherente en aspectos como el momento para subsanar, el criterio para determinar los requisitos subsanables e insubsanables, es decir, lo ponderables y los necesarios para la comparación de las ofertas. Lo anterior, en la medida en que ha generado falta de rigurosidad y desobediencia del principio, pues ha llevado a la descalificación y /o rechazo de ofertas por ausencia de requisitos formales que se podrían subsanar, enmendar o rectificar⁸¹ pero que por criterios subjetivos o de la entidad fueron catalogados como necesarios para la comparación de las ofertas; o contrarios a la habilitación de las mismas, otorgando excesiva laxitud en los plazos para

⁸¹ Estas conductas podrían traer como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación administrativa (Pastor, 1975).

subsanan, incluso hasta la adjudicación, como lo admite la norma, por lo que se ha atentado contra el principio de transparencia y economía, enmascarando casos de corrupción o desvío de poder.

Siguiendo a Matallana (2015), la corrupción se entiende como el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado. Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y/o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y en la Administración de los bienes públicos.

El desvío de poder se configura cuando los servidores encargados de la gestión contractual revisten su actuar de un aparente cumplimiento del principio de legalidad, pero su finalidad no es garantizar el interés general sino que busca objetivos individuales o de terceros, es decir que se produce una manifestación de la voluntad con un fin contrario al previsto en la norma (Duque, 1971); lo cual se produce cuando las entidades, aprovechando el vacío legal existente frente a la subsanabilidad de requisitos, interpretan y aplican a su parecer la figura faltando al principio de selección objetiva.

De esta forma, en la aplicación de las reglas de subsanabilidad es necesario generar criterios unificados en una ley, que reglamente el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que recoja los criterios establecidos en los pronunciamientos del Consejo de Estado, y en la circular No. 13 de Colombia Compra Eficiente; que determine claramente los requisitos que son susceptibles de ser subsanados, los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, el momento para subsanar, el plazo y las consecuencias de no hacerlo, en aras de brindar a los operadores de la actividad contractual del Estado las herramientas normativas necesarias para hacer tangible el principio de

responsabilidad, a fin de unificar su actuación, sin desbordar sus facultades en la discrecionalidad que se les confiere el ordenamiento jurídico.

c) Principio de transparencia

El principio de transparencia tiene una estrecha relación con el principio de responsabilidad, en el sentido de constituirse en un mecanismo contra la corrupción. La transparencia en la contratación estatal se garantiza a través de una licitación pública al generar la participación abierta a toda persona natural o jurídica, siempre y cuando cumpla con las condiciones y acredite la capacidad necesaria que conlleve el cumplimiento del objeto de un contrato determinado⁸². De esta manera, se detalla:

Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir «aun en los casos de contratación directa o urgencia (Palacios, 2010, p. 56).

Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos y principios básicos, como son: la selección objetiva; la contradicción de informes

⁸² El principio de transparencia al igual que el de publicidad han sido denominados por el tratadista Agustín Gordillo (2014), dentro de su orden jerárquico de las normas y principios jurídicos, como supraconstitucionales (p. 478).

y decisiones; la publicidad y motivación de las decisiones, la publicidad y los medios electrónicos; el acceso documental; el pliego de condiciones, entre otros; los cuales deben aplicarse y presidir en las actuaciones de la Administración pública cuando desarrollan procesos para la adquisición de bienes y servicios. En virtud del principio de transparencia en un proceso de contratación, las partes deberán actuar con los siguientes criterios:

1. La escogencia del contratista debe efectuarse siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los casos en los que se podrá contratar directamente.
2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En este punto frente a la subsanabilidad de requisitos y la oportunidad para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación, se establece una oportunidad para que se identifiquen y requieran aspectos que son susceptibles de subsanación. Por tanto, habrá lugar al ejercicio de un deber por parte de la Administración al elevar el requerimiento de subsanación y de un derecho por parte del proponente para subsanar yerros que son identificados por la entidad y/o por los oferentes en la revisión de las propuestas presentadas por sus contendores.
3. Las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho a la contradicción entre otros.

Frente a la subsanabilidad, cuando un oferente se habilita en la audiencia de adjudicación y da lugar a modificar el informe de

evaluación, es necesario correr traslado de dicho informe a los proponentes, como lo indica la Circular No. 13 del 13 de junio del 2013, lo cual si bien garantiza transparencia al hacer posible contradecir la decisión de la Administración, constituye la creación de una nueva etapa en el proceso de selección, lo cual se sale del procedimiento reglado y obedece solamente a la discrecionalidad otorgada a la Administración⁸³.

4. Las autoridades deben expedir a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.
5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia deben establecerse todas las condiciones, exigencias, fechas de entrega, mecanismos de calificación y todos los demás aspectos definidos para la expedición de estos documentos, de tal modo que todos los concursantes actúen en igualdad de condiciones⁸⁴.

En este punto se precisa que normativamente no existe una disposición frente al plazo o etapa dentro del proceso de selección para la subsanabilidad de requisitos; tampoco se cuenta con un criterio para determinar aquellos requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, sino que se deja al arbitrio de la entidad contratante y de acuerdo con la interpretación que realice a los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado para que establezca dichos requisitos y a su vez determine la subsanabilidad o no de aquellos defectos o incompletitudes de la oferta, para que en caso de proceder pueda requerirlos una vez

⁸³ Así se estaría expidiendo el acto de adjudicación posterior al agotamiento de una nueva etapa de traslado del informe de evaluación que no está contemplada en la norma, que se sale del procedimiento reglado (Santamaría, 1975).

⁸⁴ Los pliegos de condiciones integran la relación contractual. Sin embargo, al producirse la adjudicación y en la ejecución del contrato su inalterabilidad se relativiza por el principio de mutabilidad consensuada, sean quien hubiere sido el oferente seleccionado (Cassagne, 1999).

inicie el proceso de evaluación de las ofertas o determinar que no cumple con los mismos y aplicar criterios subjetivos frente a dichas ofertas. Esta situación atenta contra el principio de transparencia; y cabe precisar aquí que la violación a este principio y a las normas que lo integran, como lo expresa Barbosa (1996), “vicia el procedimiento de contratación en forma absoluta y permite demandar la nulidad del contrato”. Igualmente, permitir que los oferentes en el transcurso del proceso de selección por solicitud de la entidad vayan subsanando o complementando la oferta incluso hasta antes de la adjudicación rompe el principio de igualdad por el trato diferencial que se da entre los proponentes, y vulnera la presunción de los plazos, dejando de lado el carácter vinculante el pliego de condiciones, lo cual también atenta contra el principio de transparencia, rector de la actividad contractual del Estado.

6. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia se señalarán las reglas de adjudicación del contrato, las cuales deben obedecer a criterios objetivos (Rodríguez, 2015 p. 53); por tanto, se atenta contra esta premisa cuando llegado el momento de adjudicar no se cuenta con una evaluación definitiva sino que en la audiencia se da paso a subsanaciones. Igualmente, es contrario a este principio cuando no se cuenta con criterios objetivos para determinar los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, tampoco frente al plazo y la oportunidad para subsanar sino que se somete a la interpretación que hace la entidad de los pronunciamientos del Consejo de Estado, permitiéndole determinar dichos criterios y por ende que defina si son o no subsanables y en qué etapa del proceso. Se concluye entonces que el ordenamiento mantiene criterios relativos que rompen el principio de

transparencia, pues permiten que se rechacen o descalifiquen propuestas con base en subjetividades.

7. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.
8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en la Ley 80 de 1993.

Como se plantea, la subsanabilidad de requisitos en el ordenamiento jurídico actual, admite a la Administración hacer uso de la discrecionalidad para determinar plazos, requisitos y la admisión de la subsanación. También permite diversas interpretaciones a partir de lo establecido por la jurisprudencia, la norma y las circulares de Colombia Compra Eficiente.

9. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público (Martínez y González 2014).

El principio de igualdad se desprende del principio de transparencia y frente a la subsanabilidad de requisitos es evidente la transgresión del mismo, pues permitir que un oferente complete su oferta a medida que avanza el proceso de selección genera ventajas frente a los demás oferentes que desde la presentación de su oferta allegan y cumplen la totalidad de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones.

El procedimiento de selección objetiva del contratista trae implícito el principio de igualdad de las partes a la hora de una licitación o concurso público, libre de favoritismo o subjetividades que entorpezcan el proceso. Tal como lo ha señalado Díez (1965):

La libre concurrencia de todos los oferentes en la licitación abierta obliga a la Administración a colocarlos a todos en un pie de igualdad. Por consiguiente, pues, la Administración no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni discriminaciones de hecho susceptibles, ya sea de dar ventaja a ciertos concurrentes, ya sea de perjudicarlos. Así no puede permitir que un concurrente no haga el depósito de garantía que se exija a los otros (p. 479).

De igual manera otros tratadistas le han dado prevalencia al derecho-principio de la igualdad, como requisito *sine qua non* del contrato estatal:

Los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla del Estado Social de Derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular. El derecho a la igualdad, como directriz fundamental de la contratación de la Administración, impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones (Ricci, 2005, p. 26).

De la misma manera, en relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff (1992) precisó:

La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de 'igualdad'. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo ínsito a ella. Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de 'igualdad', pues esta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de 'conurrencia' y 'publicidad', permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público. La referida 'igualdad' exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas (pp. 183-185).

Con esto, es claro que para garantizar y materializar el principio de igualdad entre los oferentes se requiere una reglamentación legal de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de contratación, que sea clara y suficiente para garantizar un trato igualitario entre los oferentes participantes del proceso de selección; dicho tratamiento se predica en la presentación de ofertas y en la valoración de los requisitos para establecer si son o no sujetos de subsanabilidad, situaciones que han de estar prescritas previamente en el pliego de condiciones, el cual en su contenido debe obedecer a lo establecido por la normatividad vigente (Gambier, 1998, p. 937).

Lo anterior, teniendo en cuenta que las reglas del proceso de selección deben ser objetivas e impersonales; por ello, el pliego contiene disposiciones generales que apuntan a materializar el principio de igualdad que a su vez integra el principio de transparencia. De esta manera, a partir de la disposición legal que se requiere frente a la subsanabilidad de requisitos, los pliegos de condiciones establecerán la etapa de subsanabilidad, los requisitos susceptibles de ello y el plazo, llenando el vacío existente y limitando la discrecionalidad de la Administración que vulnera en muchos casos, como se ha mencionado, el principio de transparencia (Dávila, 2001).

Visto lo anterior, cabe destacar la importancia de los principios de la contratación estatal, en todas las etapas del procesos de selección y en las fases de formación de la voluntad de la Administración, donde se ven involucrados los actos, hechos, decisiones y en general la selección del contratista hasta el perfeccionamiento del contrato (Farrando *et al.*, 2002, p. 41).

Por lo tanto, en la aplicación de la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de contratación, es imperiosa la necesidad de fijar límites legales claros y precisos, es preciso contar con una reglamentación legal suficiente y frente a esta situación el ordenamiento jurídico argentino nos da un claro ejemplo, pues en el artículo 17 del Decreto 1023 de 2001^[85] regula el trámite de subsanación de deficiencias de la oferta imponiendo límites precisos como que esta solo opera sobre requisitos insustanciales sin alterar principios como la igualdad y transparencia consagrados en el art. 3º del mismo decreto (Cassagne, 2014, p. 1.007).

5. La discrecionalidad administrativa en la aplicación de las reglas de

⁸⁵ Véase: <http://www.mecon.gov.ar/digesto/decretos/2001/decreto1023.htm> (Presidente de la Nación Argentina, 2017).

subsananabilidad en la contratación estatal

La discrecionalidad administrativa se evidencia en la facultad que tienen las entidades estatales para estructurar los pliegos de condiciones de los procesos de selección de contratistas, en aras de dar cumplimiento al interés general y resolver al tenor de lo establecido en la norma⁸⁶, las incidencias que se presenten previa ponderación de los hechos, derechos o principios jurídicos comprometidos en cada caso para hallar la solución más adecuada. De esta manera, la Administración decide y elige libremente entre las alternativas existentes para resolver cada caso, con el fin de lograr satisfacer los intereses generales, atendiendo criterios objetivos y razonables en su decisión; en términos de Hugo Alberto Marín Hernández (2007), la discrecionalidad administrativa estará conformada por una pluralidad de soluciones justas.

Antes de abordar el concepto de discrecionalidad administrativa en la contratación, es importante recopilar algunos de los conceptos más importantes sobre lo “discrecional”, en términos del carácter potestativo estatal y el principio de legalidad.

Así, en Requena (1996), lo discrecional es “por consiguiente, un ámbito de libre actuación de la Administración, más precisamente (y normalmente) de libre decisión del poder público” (p. 90).

Por su parte, Schmidt (2003), aduce:

Discrecionalidad no significa "libertad de elección". La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros

⁸⁶ Siguiendo a García de Enterría y a Fernández Rodríguez el principio de legalidad de la Administración no refiere un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero lo que Hauriou llamaba “bloque de legalidad” (leyes, reglamentos, principios generales y costumbres) (Rodríguez E. G., 1997, p. 427).

El principio de legalidad en ese mismo sentido se denomina principio de juridicidad (Otto, 1988).

establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada.

Bajo este postulado radica la imperiosa necesidad de reglamentar legalmente la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas para garantizar un marco normativo unificado sobre el cual opere la gestión contractual de las entidades estatales a fin de no dejarlo como ahora sucede bajo la libre interpretación jurisprudencial, legal y de Colombia Compra Eficiente sino que las decisiones adoptadas en los procesos de contratación se enmarque en la norma que respete y observe los principios de la contratación estatal. (p. 221)

Para García y Fernández (1998):

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterio extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

La figura de la subsanabilidad de requisitos está configurada a partir de la escasa reglamentación que introdujo la Ley 1150 de 2007 y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado, a partir de situaciones particulares. De esta manera, los operadores jurídico encargados de la gestión contractual haciendo uso de la discrecionalidad administrativa adoptan sus decisiones a partir de los fallos existentes y lo establecido por la norma, esta última que presenta vacíos y admite subjetividades en su interpretación, lo cual no solo afecta el proceso, sino también los intereses de los oferentes, atentando de manera directa contra los principios rectores de la contratación estatal (p. 448).

En Parejo Alfonso, citado en Hernández (2007), la discrecionalidad: “Consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad dentro del cual, pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el derecho aplicable” (p. 163).

La idea de discrecionalidad administrativa como institución central del Derecho Administrativo es una figura polémica, por generar tanto voces a favor como voces en contra. En cualquier caso, a ambas visiones subyace el carácter necesario de esta figura para el conjunto de potestades de la Administración Pública. La diferencia presentada entre ambas posiciones radica en que, para los primeros, la noción hace parte del común de los poderes con los que debería contar cualquier Administración Pública por vincularse con el cumplimiento de los fines de la Administración. Para los segundos, la misma es vista como dispositivo peligroso, al ser el camino más corto para caer en la arbitrariedad, visión esta que se ha conectado con el llamado proyecto anti-

inmunidades (Ponce, 2014), inspirado en la notable obra del célebre profesor Eduardo García de Enterría sobre la que se ha edificado un proyecto democrático de la disciplina que se ha encargado de combatir aparte de los poderes discrecionales, los normativas y los políticos como manifestaciones de la posible arbitrariedad de la Administración.

La discrecionalidad administrativa como un mal necesario cuyo tratamiento precisa de cauces que controlen sus eventuales excesos. Al ser tratada de esta manera, se quiere evocar la frecuencia con que esta idea hace su aparición en los asuntos administrativos. Vale la pena traer a colación aquí a una de las más autorizadas voces españolas, el ya mencionado profesor García (1962), quien en su momento afirmara:

[Que] Raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento discrecionalidad”. Y, pese a que, la actividad de esta naturaleza implica el ejercicio de un cierto poder, de inmediato, se presenta el sometimiento al Derecho como una contrapartida al mismo: “[Al haberse conferido una potestad discrecional] no ha derogado para ella [La Administración] la totalidad del orden jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración (p. 170).

Al configurar los pliegos de condiciones, las entidades contratantes deberán en primer lugar revisar las normas legales y ceñirse a los parámetros que están establecidos; así, en caso de hallar estipulaciones incompletas, inacabadas o indeterminadas, les corresponde de manera responsable fijar los criterios que orienten la situación particular de forma objetiva y razonable para complementar los supuestos de hecho de los preceptos normativos que presentan vacíos. Dicho esto, las actuaciones deben anmarcase como lo señala la Ley 1437 en el

artículo 44: “Art. 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”⁸⁷.

Visto lo anterior, y dada la importancia de la contratación estatal como mecanismo para la adquisición de bienes y servicios dentro del Estado Social de Derecho, que apunta a la consecución de los fines del Estado y en el marco de la primacía del interés general que comporta el compromiso de los recursos del Estado, lo cual impone la obligación de contar con una reglamentación legal clara y suficiente, en temas como el que ocupa esta investigación, que es la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas bajo la modalidad de licitación pública. Una vez identificado el problema de la subsanabilidad de requisitos, el estado del arte de la misma, la vulneración de los principios de economía, transparencia y responsabilidad en su aplicación y el reto que afronta la discrecionalidad de la Administración al determinar la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas, se propone aquí reglamentar, a través de una ley, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de modo que condense y unifique los criterios establecidos por el Consejo de Estado, taxativamente establezca los requisitos subsanables e insubsanables o necesarios para la comparación de las ofertas, la etapa en el proceso de selección para subsanar, el plazo que se debe otorgar y las consecuencias de no hacerlo, de modo que solucione la colisión que existe con la jurisprudencia dada la redacción del mencionado parágrafo.

La ley que se propone atiende a la necesidad de generar una interpretación que compete al legislador, al tenor del artículo 25 del Código Civil. Un

⁸⁷ Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

parámetro normativo que ponga fin a las discusiones propuestas en torno a la subsanabilidad de requisitos, que responda a la necesidad de la Administración de contar con un criterio legal que enmarque su actuación y a su vez que beneficie a los proponentes de los procesos de selección en aras de brindarles seguridad jurídica y observancia material a los principios de economía, transparencia y responsabilidad, rectores de la actividad contractual del Estado.

6. La subsanabilidad de requisitos en la Ley 1882 de 2018 frente a los Principios de la Contratación Estatal y la discrecionalidad administrativa.

Vale la pena aclarar que si bien cuando se promulgó la Ley 1882 de 2015, esto es el 15 de enero de 2018 ya el presente trabajo de investigación se encontraba concluido, es pertinente generar el análisis en aras de confrontar la mencionada Ley con el problema jurídico planteado para determinar si la subsanabilidad de requisitos como reglamentó en la ley 1882 de 2018 atiende los principios de transparencia, economía y responsabilidad rectores de la contratación Estatal, de cara a la discrecionalidad administrativa.

En este orden, la Ley 1882 de 2018 en su artículo 5 Modificó el Parágrafo 1 e incluyó los párrafos 3, 4 y 5 al artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, instituyendo la posibilidad de subsanar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afectan la asignación de puntaje, poniendo como fecha límite para su entrega por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación en cualquiera de las modalidades de selección de contratistas salvo en los de Mínima cuantía y los de selección a través del sistema de subasta. A su vez establece la consecuencia de la no entrega de los documentos solicitados por la entidad estatal, que es el rechazo de la oferta.

Lo anterior de cara al principio de transparencia, se demuestra su observancia al generar un criterio legal unificado para ordenar la actuación de

los proponentes y limitarles el derecho a subsanar, en aras de disciplinar el proceso de selección y restablecer el carácter reglado del mismo. Quedando abolida la posibilidad de un segundo traslado al informe de evaluación cuando los proponentes eran habilitados en la audiencia de adjudicación, lo cual claramente transgredía el principio de economía y alteraba la planeación de entidad en la adquisición de los bienes y servicios al ampliar los términos establecidos en principio en el cronograma del pliego de condiciones. De esta forma se retorna al parámetro legal de las etapas del proceso de selección de contratistas, lo cual evidencia que el legislador al promulgar la ley 1882 de 2018 observó el problema planteado en éste trabajo de investigación y reglamentó la subsanabilidad buscando eficiencia, igualdad para que los proponentes tengan el mismo límite de tiempo para subsanar lo cual se traduce en la selección objetiva que deben perseguir los procesos de escogencia de los contratistas.

Claramente al establecerse un criterio legal unificado frente a la etapa del proceso de selección en la cual procede la subsanabilidad, las entidades deberán adoptar éste único criterio que apunta al principio de transparencia, sin permitir que las propuestas se vayan completando a lo largo del proceso hasta la adjudicación, lo cual evita desviaciones de poder, conductas que conllevan a corrupción en los procesos de contratación y limita la discrecionalidad de la administración al impedir que cada entidad fije plazos que a su parecer son razonables para subsanar los ofrecimientos hechos por los proponentes.

Frente a la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta junto con la propuesta la Ley 1082 de 2015 limita la posibilidad de subsanar y la fija como causal de rechazo de la misma, dejando de lado la posibilidad de que el requisito se haya cumplido, exista, es decir se haya expedido antes del cierre bajo los parámetros indicados en el pliego de condiciones, pero por error se haya omitido adjuntarla en la oferta, lo cual constituye un regreso al formalismo y darle primacía a éste sobre lo sustancial, situación que rompe el principio de

economía y sucede exactamente lo mismo cuando por ejemplo nos encontramos frente a un proponente único, evento en el cual el plazo y el formalismo en la entrega del documento se vuelven primordiales poniendo en riesgo incluso la selección objetiva del contratista.

Podemos concluir entonces, que si bien la ley 1882 de 2018 soluciona en alguna medida el problema jurídico planteado por cuanto impone un límite al derecho que tienen los proponentes para rectificar, el cual se evidencia en el plazo para hacerlo, que es hasta la finalización del traslado del informe de evaluación para la presentación de observaciones, aclaraciones y ahora subsanaciones, deja de lado el establecimiento taxativo de los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, manteniendo como único criterio para determinar un requisito como insubsanable el que atañe a que sea puntuable. Lo anterior evidencia, que si bien hay un criterio objetivo, unificado que se refiere al tiempo sigue permitiendo subjetividades en el proceso de selección y deja a merced de las entidades que en uso de la discrecionalidad administraba establezcan los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, lo cual pone en riesgo el principio de transparencia y responsabilidad ya que los funcionarios evaluadores de los procesos de selección en aras de favorecer a uno u otro oferente pueden acomodar los requisitos no subsanables generando hechos de corrupción, lo cual desborda la discrecionalidad administrativa otorgada por la Ley y concluye en responsabilidad para el Estado, por cuanto sus agentes se apartan de la ley bajo el supuesto del vacío existente y la facultad que esto les atribuye para establecer los requisitos necesarios para comparar las ofertas, los cuales finalmente deben fijarse para la selección de la oferta más favorable.

7. Conclusiones

Primera: la reglamentación legal vigente consagrada en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el desarrollo jurisprudencial de la figura de la subsanabilidad de requisitos, vulnera los principios rectores de la contratación estatal: economía, transparencia y responsabilidad, ya que admite situaciones como llegar a la audiencia de adjudicación sin contar con una evaluación definitiva y admitir la subsanación en el desarrollo de la misma, lo cual genera un segundo traslado al informe de evaluación, que a su vez vulnera el principio de economía al crear una etapa más de observaciones al informe, alterando el procedimiento reglado del proceso de selección establecido en la Ley 80 de 1993; permitir que los oferentes vayan completando la oferta en momentos distintos vulnera el principio de transparencia y genera desigualdad entre los proponentes; permitir laxamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes en cualquier etapa del proceso de selección rompe la presunción de plazos y atenta contra el carácter vinculante del pliego de condiciones.

Segunda: admitir que subjetivamente y acudiendo a la discrecionalidad administrativa, las entidades establezcan los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas y los plazos para la subsanabilidad de requisitos atenta contra el principio de transparencia y de selección objetiva de los contratistas. Igualmente, derriba la garantía de los derechos que les asisten a los proponentes partícipes de los procesos de selección de contratistas. Lo anterior comporta la necesidad de una regulación legal que permita a las entidades contar con un marco normativo uniforme, claro y suficiente frente a la figura de la subsanabilidad de requisitos.

Tercera: no es posible que bajo la premisa de la primacía de lo sustancial sobre lo formal se admita contravenir los principios rectores de la contratación

estatal en la aplicación de la figura de la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas; por ello es necesario generar un marco legal claro y suficiente que la regule y limite la discrecionalidad de la Administración frente a esta.

Cuarta: se propone en este trabajo de investigación, reglamentar mediante una ley, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de modo que se delimite la circular externa No. 13 de Colombia Compra Eficiente frente a la subsanabilidad, se condensen y unifiquen las reglas y subreglas de subsanabilidad establecidas por el Consejo de Estado, taxativamente se establezcan los requisitos subsanables e insubsanables o necesarios para la comparación de las ofertas, la etapa en el proceso de selección para subsanar, el plazo que se debe otorgar y las consecuencias de no hacerlo. De modo que solucione la colisión que existe con la jurisprudencia dada la redacción del mencionado parágrafo y en aras de limitar la actuación de la Administración en la aplicación de las reglas de subsanabilidad en los procesos de selección de contratistas de cara a superar la subjetividad imperante en la materia.

Quinta: la ley 1882 de 2018 establece un criterio objetivo frente al plazo para que los proponentes ejerzan el derecho a subsanar, elimina la posibilidad de un segundo traslado del informe de evaluación y disciplina la portunidad para subsanar devolviendo seriedad al proceso de selección lo cual responde al principio de transparencia. Sin embargo queda en tela de juicio que hechos como la no entrega de la póliza de seriedad de la oferta y la no subsanación antes del vencimiento del término del traslado del informe de evaluación sean catalogadas como causales de rechazo, pues evidencia una vulneración del principio de economía cuando en el primer caso exista la garantía y cumpla con lo exigido, es decir se haya expedido antes del cierre bajo los parámetros

indicados en el pliego de condiciones, pero por error se haya omitido adjuntarla en la oferta, pues constituye un regreso a la primacía del formalismo. Igualmente se configura una vulneración al principio de economía cuando en la situación descrita haya un proponente único.

Sexta: La Ley 1082 de 2018 sigue dejando a merced de las entidades estatales que en uso de la discrecionalidad administraba establezcan los requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, lo cual pone en riesgo el principio de transparencia y responsabilidad ya que los funcionarios evaluadores de los procesos de selección en aras de favorecer a uno u otro oferente pueden acomodar los requisitos no subsanables (los necesarios para la comparación de las ofertas) generando hechos de corrupción o desviación de poder lo cual desborda la discrecionalidad administrativa otorgada por la Ley y concluye en responsabilidad para el Estado, transgrediendo el principio de responsabilidad, por cuanto sus agentes se apartan de la ley bajo el supuesto del vacío existente y la facultad que esto les atribuye para establecer los requisitos necesarios para comparar las ofertas, los cuales finalmente deben fijarse para la selección de la oferta más favorable.

Referencias

- Acostamadiedo, C. D. (2014). *Guía de Contratación Estatal: Deber de Planeación y Modalidades de Selección*. Bogotá: Abeledo Perrott.
- Administración Pública Argentina (1992). *Análisis del régimen de contrataciones argentino*. Obtenido de <http://www.adminpublica.org.ar/Publicaciones/AnalisisRegimenContratacionesArgentino.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (E. G. Valdez, Trad.). Madrid: CEC.
- Arrocha, Y. A. (1996). *Régimen de Contratación Estatal* 2da ed. En J. P. Ricci. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá, D.C: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Atehortúa, C.; Hernández, A. y Ospina, J. (2010). *Temas en Contratos Estatales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Barbosa, B. H. (1996). *Régimen de contratación estatal. Principios de la Contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barbosa, B. H. (2005). *Contratos Públicos - Segunda reimpresión*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Beltrán Pardo, J. (8 de agosto de 2014). *Ámbito Jurídico*. Obtenido de [www.ambitojuridico.com, https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti140808-04-la-subsanabilidad-en-la-contratacion-estatal.cshtml](https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti140808-04-la-subsanabilidad-en-la-contratacion-estatal.cshtml)
- Benavides, J. L. (2004). *El Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beramendi, G. G. (2006). Contratación Pública: el trunfo de la forma sobre la sustancia. *Revista actualidad Jurídica*. Número 154. Lima: Gaceta Jurídica.
- Betancourt, J. (1993). *Nuevo Estatuto General de la Contratación estatal*. (1ª ed.) . Bogotá: Biblioteca Jurídica.
- Borja, Á. R. (2009) *Estudios Jurídicos Sobre Contratación Estatal*. Vol 1. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Buitrago, O. M. (2007). La Nueva Gestión Pública Contractual: Del contrato Estatal de la Ley 80 de 1993 al Instrumento de Gestión Pública de la Ley 1150 de 2007. *Escuela Superior de Administración Pública* , 95-125.
- Cassagne, J. C. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

- Cassagne, J. C. (2014). *Tratado General de los Contratos Públicos* (1ª ed., Vol. II). Buenos Aires: La Ley.
- Castro, F.D. (1943). *Derecho civil de España*. Parte general. Tomo I. Valladolid: Casa Martín.
- Cierne, L. R. (1953). Contratos Administrativos y Actos de Comercio. *Revista de Derecho Administrativo* – Volumen 32. Círculo de Derecho Administrativo.
- Colombia Compra Eficiente (2004). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación* - M-DVRHPC-04. Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/manual_requisitos_habilitantes_r_0.pdf.
- Congreso de la República de Colombia (2018). Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. 15 de enero de 2018. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia (2014). Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial* No. 49.084 de 6 de marzo de 2014. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 80 de 1993 “Por la cual expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. *Diario Oficial* No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia (2007). Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. *Diario Oficial* No. 46691 de julio 16 de 2007. Bogotá. Obtenido de Secretaría del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#13
- Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. *Diario Oficial* No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. *Diario Oficial* No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá. Obtenido de Secretaría del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Consejo de Estado (2001). Radicado número: 12037 de 19 de septiembre de 2001. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado (2001). Radicado Número: 1373 del 14 de septiembre de 2001. Bogotá: Sala de consulta y servicio civil.

Consejo de Estado (2006). Número exp. 18059 del 30 de noviembre de 2006. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,.

Consejo de Estado (2007). Radicado Número: 15324 del 29 de agosto de 2007. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mario Fajardo Gómez.

Consejo de Estado (2007). Radicado número: 11001-03-26-000-2003-00014-01 del 3 de diciembre de 2007. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado (2008). Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927). Bogotá: Sala de consulta y servicio civil sentencia. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado (2008). Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003) del 30 de julio de 2008. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, .

Consejo de Estado (2009). Radicado número 25000-23-26-000-2005-01330-01 de 2009. Rad. Exp. 03002-01. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado (2010). Radicado número 36054. Sentencia del 14 de abril de 2010. Bogotá, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado (2011). Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicado número 17767. Bogotá. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado (2011). Sentencia del 26 de enero de 2011. Bogotá, Referencia 36.408, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado (2012). Sentencia del 8 de febrero de 2012. Bogotá, Referencia 20.688, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado (2013). Sentencia del 29 de abril de 2013. Bogotá, Referencia 25642. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

- Consejo de Estado (2014). Sentencia del 26 de febrero del 2014. Bogotá, Referencia . 25.804. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado (2014). Radicado 27986 del 12 de noviembre de 2014. Bogotá, Sala de lo contencioso administrativo, Seccion Tercera, Subseccion C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado (2015). 13 de febrero de 2015. Radicación número 50001-23-15-000-2000-00196-01. Exp-30.161. Bogotá: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado (2016). Sentencia 00072 del 01 de abril de 2016. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Congestión, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa .
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-649/02. Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-400/99. Proceso de licitacion-Constitucionalidad método de selección contratistas en contratación pública. Bogotá: Magistrado Ponente: Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Sustanciador: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Dávila, L. G. (2001). *Regimen Jurídico de la Contratación Estatal: Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.
- Díez, M. M. (1965). *Derecho Administrativo* Tomo II, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omega – Editores - Libreros.
- Dromi, R. (2001). Derecho Administrativo. En R. Dromi, *Derecho Administrativo. Novena Edición* (pág. 412). Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura.
- Dromi, R. (2002). La Licitación Pública. En R. Dromi, *La Licitación Pública* (pp. 134 - 137). Buenos Aires: Astrea.
- Dworking, R. (1980). Los derechos en serio. En R. D. (comp.), *La filosofía del derecho* (pp. 94-95). México: FCE.
- Expósito Vélez, J. C. (2003). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la Selección de Contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Farrando, I.; Abalos, M. G.; Bustelo, E. N.; Cocuelle, C.; Correa, J. L., y otros (2002). *Contratos Administrativos. La Licitación y otros Procedimientos de la Selección de Contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gambier, B. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- García, C., y Mendoza, J. (2009). *El Seguro de Cumplimiento y la Contratación Pública*. Bogotá: Editorial Leyer.

- García, E. (1962). La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, (38), , 159–208.
- García, E. (1980). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García, E., y Fernández, T. (1998). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (8a ed.). Madrid: Ovitas.
- González, M. (1990). *La Contratación Administrativa en Colombia - Doctrina y Jurisprudencia*. Bogotá: Librería Jurídica Wilches.
- Gómez y Velandia C. D. (2015) *Contratación Segura. Estudio Normativo Compilatorio. Régimen de la Responsabilidad y sus Riesgos. Fuentes Lineamientos, Doctrinas y Jurisprudencia. Tercera Edición*. Bogotá: Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. La Defensa del Usuario y del Administrado* (1ª ed., Vol. II). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Guecha, C. N. (2015). *Contratos Administrativos - Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación* - Tercera Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Hart, H. (1992). *El concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. Traducción de G. R. Carrió, se cita por la reimpresión de 1992.
- Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hincapié, J. A. (1997). *La Contratación de las Entidades Públicas*, Primera Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Ivanega, M. M. (2011). *Instituciones de Derecho Administrativo* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López, H. (1977). Licitazao y Contrato Administrativo (3ª ed). *Revista dos Tribunais*. San Pablo.
- López, E. G. (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal, La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mantilla, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Revista Principia IURIS*, (22), 141-161.
- Marienhoff, M. S. (1992). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III* (págs. 183-185). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Martínez, D., y González, É. (2014). *El principio de la transparencia en la contratación estatal*. Bogotá.: Tesis maestría en Derecho Administrativo. Universidad Nueva Granada.
- Martínez, M. L. (1988). *Causales de Anulación de los Actos Administrativos*. Bogotá: Doctrina y Ley.

- Matallana, E. M. (2001). *Memorias Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Matallana, E. M. (2013). *Manual de contratación de la Administración pública: reforma Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado.
- Matallana, E. M. (2015). *Manual de contratación de la Administración pública: reforma Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado.
- Mejía, Á. (2014). *Nuevo Sistema de Compras y Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. (2ª ed).
- Miranda, M. J. (2015). *La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla*. Obtenido de Universidad Santo Tomás: <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/1824>
- Moreira, D. d. (2006). Selección del Contratista. Principios Informadores y Sistemas de Selección. En D. d. Neto, *La Contratación Estatal. Volumen 2* (págs. 673-674). Buenos Aires: Hammurabi.
- Neto, D. d. (2006). Selección del Contratista. Principios Informadores y Sistemas de Selección. En D. d. Neto, *La Contratación Estatal. Volumen 2* (págs. 673-674). Buenos Aires: Hammurabi.
- Otto, I. d. (1988). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelo: Ariel.
- Pachón, L. C. (2012). *Contratación pública. Estatuto General, Normas complementarias*. 5ª Edición. Bogotá Ediciones Nueva Jurídica.
- Palacios, J. Á. (2010). *La Contratación de las Entidades Estatales*. 6 ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Parada, R. (2004). *Derecho Administrativo: Parte General - Tomo I*. Barcelona: Marcial Pons. BIBLIOGRAPHY \ 9226
- Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*. 2da Ed. . Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Perdomo, A. (2016). *Parámetros técnicos y legales a observar en los contratos estables para determinar deficiencias de planificación que pueden conllevar a responsabilidad fiscal ante las contralorías en Colombia*. Obtenido de Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD ECACEN : <http://stadium.unad.edu.co/preview/UNAD.php?url=/bitstream/10596/5877/3/12754347.pdf>
- Pérez, J. C. (1971). Causales de impugnación jurisdiccional del Acto Administrativo. Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo. En *Estudios de Derecho* (p. 137), Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ponce, J. (2014). Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. *Revista Nueva época*.

- Presidencia de la República (2008). Decreto 066 de 2008. *Diario Oficial* No. 46873 de enero 16 de 2008. Bogotá.
- Presidente de la Nación Argentina (2017) Véase: <http://www.mecon.gov.ar/digesto/decretos/2001/decreto1023.htm>.
- Ramirez, P. S. (2004). *Procedimientos Administrativos de Selección de Contratista-Decreto 2170 de 2002*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Real Academia Española de la Lengua (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Vigésima primera edición Tomo II.
- Requena, T. (1996). Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa. En E. M. (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía* (págs. 89-96). Madrid.
- Ricci, J. P. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. En J. P. Ricci, *El régimen jurídico de los contratos estatales* (p. 23). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rico, P. A. (2015). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. 9ª.ed. Bogotá: Leyer.
- Rodrigo, E. G. (2003). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Rodríguez, A. (2015). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal*. Bogotá: Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia.
- Rodríguez, T. M. (2015). *Los Contratos Estatales en Colombia*. 2ª.ed. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Rodríguez, J. (2008). Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodriguez G. H. (1989). *Los principios generales del Derecho en la Contratación Administrativa*. Bogotá: Librería Jurídica Wilchez.
- Rosero, B. (2014). *Contratación Estatal Manual Teórico Práctico*. 2ª. ed. Bogotá D, C: Ediciones de la U.
- Sandoval, M. (1994). *Nuevo régimen de la contratación estatal Ley 80 de 1993*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley.
- Santamaría, J. P. A. (1989) *Derecho Administrativo: La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces.
- Santofimio, J. O. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo 4). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Tecnología*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Santos, Rodríguez, J. E. (2009). *Consideraciones sobre los Contratos y Convenios Interadministrativos*. Obtenido de

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2592/2231>.

- Sayagués, E. (1940). *La licitación pública*. Argentina: Editorial B de F.
- Sayagués, E. (2005). *La licitación pública*. Argentina: Editorial B de F
- Sierra, J. E. (1994). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Schmidt, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons.
- Solarte, M. F. (2008) *Contratos Estatales Atípicos. Primera Edición*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Suarez B. G. (2009). *La Nueva Contratación Pública en Colombia. Anotaciones Sobre la Ley 1150 de 2007 y su Reglamentación*. Primera Edición. Bogotá: Legis.
- Suárez, D. A. (2012). *Los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado en la contratación estatal*. Bogotá: (Disertación doctoral) Universidad de la Sabana.
- Suárez, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá: Legis.
- Vinueza, L. G. (2003). Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. En L. G. Vinueza, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Segunda edición (p. 288).
- Vidal Perdomo, J. (2005). *Derecho Administrativo* (2a ed.). Bogotá: Legis.
- Vinueza, L. G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis.
- Yong Serrano, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación* (2da ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Zayagures, E. (1974). *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo I. Montevideo - Buenos Aires.

Anexo 1. Análisis jurisprudencial

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO 2010 - 2016	LA SUBSANABILIDAD DE REQUISITOS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS
<p>Rad.1100103260 00200800101 00 (36054).</p> <p>Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.</p> <p>Bogotá D.C. Catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)</p>	<p>Acción de nulidad interpuesta entre otros contra el artículo 10 Reglas de subsanabilidad del Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”. El apartado que reza: “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”. El problema que suscita el cargo formulado se centra en el momento en el que las ofertas pueden subsanarse cuando faltan documentos que acrediten uno o varios requisitos habilitantes, ya que mientras la Ley 1150 de 2007 establece que es posible realizar la subsanación hasta antes de la adjudicación, el Decreto 2474 de 2008 establece que procede la subsanación hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones.</p>

	<p>El demandante considera que la norma demandada contraría el espíritu del legislador, quien dispuso en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que la ausencia de requisitos formales no indispensables para la comparación solo puede subsanarse hasta antes de la adjudicación y no como indica la norma demandada hasta el momento en que la Administración lo determine a través del pliego de condiciones; con ello indicó el demandante se restringe los límites trazados por el legislador y se extralimita el ejercicio de la potestad reglamentaria.</p> <p>La Sala considera que, en este aspecto, efectivamente la norma reglamentaria desconoció el requisito de necesidad, toda vez que reguló de manera disímil un tema que ya había sido precisado por el legislador. De la comparación hecha entre el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se puede inferir sin dificultad alguna que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación; de allí que la subsanación debe realizarse antes de que esta se lleve a cabo, mientras que el inciso segundo del precepto cuestionado señala que los documentos se pueden solicitar “hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”.</p> <p>Finalmente, el Consejo de Estado en la providencia analizada declaró la nulidad de la expresión “... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...”, contenida en el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia. Quedando claro que frente al momento para realizar la subsanabilidad de requisitos es aplicable el parágrafo 1 del artículo 5</p>
--	--

	<p>de la Ley 1150 de 2007 que la ausencia de requisitos formales no indispensables para la comparación solo puede subsanarse hasta antes de la adjudicación.</p> <p>Cabe aclarar que anterior al fallo, mediante auto se decretó la suspensión provisional de la disposición demandada, ya que el aparte demandado del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 trasgrede la facultad reglamentada de la Ley 1150 de 2007 al fijar límites temporales a la posibilidad que tienen los oferentes de subsanar sus ofertas en cuanto a los requisitos habilitantes, que no otorgan puntaje y sobre los cuales hubo un error u omisión, siendo estos expedidos en fecha anterior al cierre. Así las cosas, no se considera posible que los pliegos de condiciones señalen términos contrarios a los señalados en la ley, en tanto que en el caso de la subsanabilidad los mismos fueron determinados por el legislador hasta el momento de la adjudicación.</p>
<p>Rad. 11001-03-26-000-2009-00018-00</p> <p>Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa</p> <p>Bogotá D.C. Veintiséis (26) de enero de dos mil once (2011).</p>	<p>Se demanda la nulidad de la expresión "... ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta..." contenida en el inciso final del artículo 10 del Decreto Reglamentario 2474 del 7 de julio de 2008, por considerar que excede la potestad reglamentaria que concede al Presidente de la República el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.</p> <p>Parte del argumento del demandante se centra en que la capacidad para presentar ofertas hace parte de la capacidad jurídica que debe acreditar el proponente, por tanto hace parte de los requisitos habilitantes, no necesarios para comparar las ofertas y que no otorgan puntaje, por ello son susceptibles de ser subsanados en cualquier momento hasta antes de la adjudicación. Esto, al tenor de lo establecido por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007; por ende, como lo indica la norma citada, no pueden ser causas</p>

	<p>suficientes para el rechazo de las ofertas y pueden ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación; por ello concluye el demandante que la falta de capacidad jurídica del proponente puede ser subsanada hasta ese momento.</p> <p>En principio y en vigencia del Decreto 066 de 2008, al igual que en vigencia del Decreto 2474 de 2008, la falta de capacidad jurídica del proponente en un proceso de selección no es subsanable, debido a que se consideró una condición imprescindible que debe existir al momento de la oferta.</p> <p>Resalta el alto tribunal en el ámbito del Derecho privado la expresión “capacidad”, referida a las personas, tiene dos calificaciones y connotaciones diferentes: en primer lugar, la “capacidad jurídica” o “capacidad de goce”, que se refiere a la idoneidad para ser titular de derechos, esta se erige en un atributo de la personalidad; en segundo lugar, la “capacidad de ejercicio” o “de obrar” (o “legal” como la denomina el Código Civil en el inciso final del artículo 1502), indica la aptitud que tienen las personas para ejercer por sí mismas los derechos de que son titulares, esta no se constituye en un atributo de la personalidad.</p> <p>Con otras palabras, solo quienes tengan capacidad pueden celebrar negocios jurídicos, principio rector en el Derecho privado como en la contratación estatal, por lo que se requiere contar con la capacidad jurídica o de goce y la capacidad de ejercicio o de obrar; para el último, caso se requiere revisar un elemento adicional, que es el de las inhabilidades e incompatibilidades.</p> <p>De este modo, los requisitos habilitantes de carácter jurídico, técnico y financiero se acreditan a través del RUP - Registro Único de</p>
--	--

	<p>Proponentes, documento que se constituye en plena prueba de dichas condiciones, ya que previamente fueron verificados por la Cámara de Comercio, entidad ante la cual se surtió el respectivo registro.</p> <p>Con lo anterior, advierte la sentencia que no es posible admitir la propuesta presentada por quien no tiene la capacidad jurídica requerida, pues no podría obligar a la empresa, no habría la intención de asumir las obligaciones de ejecutar el contrato en caso de resultar adjudicatario, lo cual resulta inadmisibles para el alto tribunal, como se expresa en la sentencia, y adicionalmente permitir que se subsane el requisito en el plano de la ley es admitir que incluso se habilite en la audiencia de adjudicación, lo cual contraviene principios rectores de la contratación, como los de economía, eficiencia, igualdad y transparencia, entre otros.</p> <p>El alto tribunal reiteró la necesidad de acreditar la capacidad jurídica al momento de presentar la propuesta, siendo este un requisito habilitante que no puede subsanarse hasta el momento de la adjudicación, ni tampoco en ese momento acreditarse la existencia y/o la prueba de esa calidad. Aunado a lo anterior, tampoco tendría piso jurídico que si hubiera alguna inhabilidad y se subsanara antes de la adjudicación le permitiera ello al oferente entrar a la contienda para hacerse adjudicatario del proceso.</p> <p>Así, resulta admisible que el artículo 10º del Decreto Reglamentario 2474 de 2008 copia lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007: “no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia...” y que “tales requisitos o</p>
--	---

	<p>documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación...”.</p> <p>Pero el Decreto reglamentario le añade un ingrediente y es que la capacidad jurídica del proponente debe existir al momento de presentar la oferta, dado que no puede ser saneada o subsanada ulteriormente, ni por solicitud de la entidad estatal ni tampoco por iniciativa del oferente. Lo anterior en nada contraviene el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.</p> <p>Así las cosas, el Consejo de Estado consideró válida la expresión reglamentaria acusada en la sentencia objeto de análisis, por lo que negó la demanda de nulidad.</p>
<p>Rad.1700123310 0019970803401 (20.688).</p> <p>Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.</p> <p>Bogotá D.C. Ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012).</p>	<p>La sentencia decide una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta uno de los proponentes de un proceso de selección de contratistas desarrollado bajo la modalidad de licitación pública y el argumento principal recae en que el representante legal del proponente adjudicatario del proceso se encontraba limitado en sus facultades para comprometer la persona jurídica representada, dado que solo podía contraer obligaciones y ejecutar toda clase de contratos por una cuantía inferior a la que le fue adjudicado el proceso o para que no aplicase el límite de cuantía se requería previa autorización de la junta de socios, la cual –manifiesta el demandante– no se acreditó, de manera que presentó propuesta sin capacidad para hacerlo.</p> <p>Una vez analizados los argumentos de la demanda, la sala determina que si bien la falta de capacidad jurídica del proponente es un defecto de carácter insubsanable, se constituye una situación diferente cuando el representante legal tenga alguna limitación para</p>

	<p>contratar, pues <i>contrario sensu</i> bastará con la autorización del órgano competente (junta directiva, de socios o asamblea general) siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta, para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato en caso de resultar adjudicatario, lo cual es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta ya que la autorización existía. Bastará entonces con que la entidad contratante la solicite y el oferente la allegue antes de la adjudicación o para la firma del respectivo contrato.</p> <p>En el caso analizado, no le cabía derecho al demandante por cuanto era una licitación por grupos y el proponente adjudicatario solo se presentó a un grupo cuya cuantía encajaba en la que le había sido autorizada para contratar expresamente, por lo que no requería allegar ningún documento distinto a los allegados en la propuesta donde se verifica la autorización y por ende la legalidad de la actuación.</p> <p>Una primera conclusión entonces es que a pesar de las limitaciones que existan a las facultades del representante legal, estas son subsanables con acta del órgano directivo o con ratificación conforme lo establece el artículo 884 del Código de Comercio⁸⁸.</p> <p>Por otra parte, en la sentencia en análisis la sala hace una disertación frente a los requisitos señalados en el pliego de condiciones del proceso objeto de decisión y encuentra que puntuar factores como antigüedad de la empresa y experiencia de la empresa constituyen criterios carentes de objetividad, pues nada tiene que ver</p>
--	---

⁸⁸ Reza el Código de Comercio: “Artículo 844. La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros” (Decreto 410, 1971).

	<p>con el proceso la antigüedad de la empresa y, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y demás normas reglamentarias. Frente a este punto, concluye la sala que la regla de la antigüedad no cumple las características de objetividad y razonabilidad exigidas, lo cual la torna ineficaz de pleno derecho, a la luz de lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.</p> <p>Así las cosas, el demandante no logró demostrar las presuntas ilegalidades en las que incurrió el oferente, tampoco que su oferta hubiese sido la mejor, y solamente la sala le dio razón en la ineficacia y ambigüedad del criterio por el cual se otorgaba puntaje a la antigüedad de la empresa.</p>
<p>Rad. 44001-23-31-000-1999-00827-01 (24059)</p> <p>Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.</p> <p>Bogotá D.C. catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013).</p>	<p>El fallo analizó la necesidad de verificar los requisitos que sirven para acreditar la experiencia financiera de un proponente, para poder rechazar o excluir su oferta dada la importancia de los mismos, con el fin verificar que el oferente cuente con la capacidad de llevar a cabo la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario del mismo, resaltando así la importancia de los requisitos habilitantes; los cuales no son menos importantes a los requisitos necesarios o indispensables para la comparación de las propuestas.</p> <p>Así, el fallo en cuestión (CE SIII E 24059 DE 2013) enfatizó en la obligación que tiene el proponente de estudiar las especificaciones y requisitos del pliego de condiciones con el objetivo de establecer el cumplimiento de los mismos, para lo cual deberá revisar las tres (3) categorías en las cuales se clasifican o agrupan los requisitos de orden jurídico, a saber: “a). subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b). objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance,</p>

	<p>y c). formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta”.</p> <p>Igualmente, el Consejo de Estado frente a las causales de rechazo de una propuesta adujo que no son susceptibles de subsanabilidad y generan el rechazo de las ofertas las siguientes causales: a) Cuando el proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; b) Cuando el respectivo proponente no cumpla con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; c) Cuando se verifique la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que en realidad sean necesarios, esto es, forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas”, y d) Cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.</p> <p>De lo anterior, frente a la subsanabilidad de requisitos queda claro que la falta de acreditación de los requisitos habilitantes o la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente y que en realidad sean necesarios; esto es, forzosos, indispensables e ineludibles, “para la comparación de las propuestas” da lugar al rechazo de la propuesta. Sin embargo, y dado que las causales de rechazo son taxativas, las entidades no pueden establecer de manera autónoma causales de rechazo diferentes a las consignadas en la ley, ya que estas son las únicas susceptibles de ser aplicadas en el proceso de evaluación de las ofertas en los procesos de selección de contratistas llevados a cabo</p>
--	--

	<p>bajo las diversas modalidades establecidas en la Ley 1150 de 2007.</p> <p>Por lo expuesto, las entidades contratantes están facultadas para verificar y corroborar la veracidad de la consistencia de información financiera, jurídica y de experiencia consignada en el Registro Único de Proponentes –RUP– con el fin de establecer los resultados de la evaluación de las ofertas, las cuales son susceptibles de defensa y contradicción por parte de los proponentes. Por lo que resulta imperioso que la evaluación cuente con el respaldo fáctico y jurídico que permita sustentar la decisión adoptada por la Administración de rechazar o admitir una oferta, que, como ya se dijo, es susceptible de ser observada y atacada en su contenido y de fondo por los proponentes que no están de acuerdo con la decisión adoptada.</p> <p>Bajo las anteriores premisas, la inobservancia de requisitos habilitantes y/o necesarios para la comparación de las propuestas por parte de los oferentes y la falta de verificación de los mismos por parte de la entidad pueden afectar la validez misma de la evaluación, que conlleva la decisión administrativa de adjudicación en favor de una u otra propuesta dentro de un proceso de selección de contratistas, y podría llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad estatal contratante.</p>
<p>Rad. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).</p> <p>Consejero Ponente: Enrique Gil</p>	<p>En esta providencia, el alto tribunal hace un recuento normativo sobre la posibilidad que tienen los oferentes de subsanar requisitos de su oferta, es un acercamiento hacia las diversas posturas legales adoptadas en Colombia para entrar a analizar las falencias y necesidades de claridad existentes frente a la subsanabilidad de requisitos en los procesos de selección de contratistas.</p> <p>En primera instancia, el fallo resaltó la importancia de diferenciar</p>

<p>Botero.</p> <p>Bogotá D.C.</p> <p>febrero veintiséis (26) de dos mil catorce (2014)</p>	<p>entre los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y organizacional de los proponentes), de los requerimientos que califican a los proponentes: los primeros se deben cumplir para participar en un proceso de selección y no otorgan puntaje (se cumplen o no se cumplen), a diferencia de los factores de escogencia o ponderables que califican la propuesta, otorgan puntaje y no son susceptibles de rectificación.</p> <p>El caso concreto, giraba en torno al hecho de que el representante legal de la sociedad 7-24 Ltda. (parte de la unión temporal) no hubiere tenido expresa autorización de la junta de socios para celebrar el contrato, no es un requisito necesario para la comparación de ofertas, no guarda relación con aspectos susceptibles de ponderación, es decir que no otorga puntaje ni afecta la capacidad jurídica como requisito habilitante; por tal razón, la Administración debió requerir al oferente a fin de que este aclarara las inexactitudes, pues hasta antes de la adjudicación el oferente tiene el derecho de subsanar la oferta cuando aquella carezca de requisitos o documentos que no otorguen puntaje.</p> <p>Con lo anterior, la subsección del Consejo de Estado aclaró que lo que es susceptible de sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, pues el oferente, después de haber presentado su propuesta, no puede completar las condiciones mínimas de participación; es decir, que no tiene la posibilidad legal de mejorarla.</p> <p>Así deja claro que las entidades contratantes antes de rechazar las ofertas deben buscar claridad en los aspectos dudosos que surjan durante la etapa de evaluación de las propuestas, para requerir a los proponentes y que alleguen los faltantes en aras de garantizarles el</p>
--	---

	<p>derecho a subsanar, para lo cual se les otorga un plazo hasta antes de la adjudicación. De esta manera, queda claro que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta es un derecho que le asiste al proponente o futuro contratista, no es derecho de la entidad contratante sino que, por el contrario, es un deber de esta solicitar la subsanación, para garantizar que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general.</p> <p>Frente a los requisitos o documentos que son subsanables corresponden a aquellos no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no afecten la asignación de puntaje, los cuales al tenor de lo establecido en la Ley 1150 de 2007 artículo 5, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.</p> <p>Así, el Consejo de Estado estableció que para determinar lo subsanable o insubsanable a cada requisito cumplido imperfectamente u omitido es necesario preguntarse: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace, no es subsanable; si no lo hace, es subsanable. En el último evento, la entidad debe requerir al oferente para que satisfaga la deficiencia, y de esa manera, una vez lo haga, su oferta pueda ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después del cierre o de presentadas las ofertas, con la única condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente, como establece el Artículo 5, párrafo, de la Ley 1150 de 2007.</p> <p>De dicha providencia queda sentado que son requisitos subsanables aquellos que no otorgan puntaje, como son: la no presentación del certificado de existencia y representación legal; la no presentación del Registro Único de Proponentes –RUP; la ausencia</p>
--	---

	<p>de firma de la oferta; la falta de un certificado de experiencia; la no presentación de la copia de la oferta; la ausencia y errores en la garantía de seriedad; las limitaciones de autorización al representante legal por parte de la junta directiva u órgano competente.</p> <p>Y son requisitos no subsanables de la propuesta aquellos que otorgan puntaje en la evaluación, como son: la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución, si este se evalúa y otorga puntaje, el diligenciamiento incompleto de un formato donde se ofrecen valores agregados que otorgan puntaje en la evaluación, etc.</p> <p>Finalmente, el artículo 30, numerales 7 y 8 respectivamente, de la Ley 80 de 1993, establece la posibilidad de “solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, y en el término del traslado del informe de evaluación (5 días hábiles) los oferentes pueden presentar las observaciones que estimen pertinentes pero “no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.</p> <p>Situación esta que hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 se prestó para diversas interpretaciones por lo establecido en la Ley 80 de 1993 art. 25 numeral 15 frente a la subsanabilidad, artículo 30 numeral 7 frente a la posibilidad de solicitar al oferente las aclaraciones y/o explicaciones y numeral 8 la imposibilidad de los oferentes de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. De esta forma, reitera la sentencia que en aras de garantizar la solución de los problemas de incompletitud de las ofertas, la Ley 1150 de 2007 en el párrafo del artículo 5 estableció:</p> <p>“Párrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios</p>
--	--

	<p>para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización” (Negrillas fuera de texto).</p> <p>Así las cosas, el fallo concluye en que en adelante regirá el criterio legal que siempre debió primar: “Defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones–, sin exceder del día de la adjudicación”.</p> <p>Se concluye entonces que la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.</p> <p>Y para dirimir la situación objeto de análisis en la presente sentencia, el Consejo de Estado dilucida que la falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios a su representante legal en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona jurídica como requisito habilitante para participar en el proceso de selección; por ende, es un requisito subsanable y se requiere que se allegue la correspondiente prueba para acreditar el cumplimiento del requisito.</p>
--	--

<p>Rad. 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).</p> <p>Consejero</p> <p>Ponente: Enrique Gil Botero</p> <p>Bogotá D.C. doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)</p>	<p>En esta sentencia, el alto tribunal trajo a colación el fallo analizado anteriormente, para revisar si la existencia de paz y salvo era requisito suficiente para rechazar de plano la oferta y si con ello la Administración se desbordó en sus facultades de rechazo.</p> <p>Así, en la revisión entró a determinar el alcance de los principios de economía y de selección objetiva los cuales se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la Administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés general, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la Administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una <i>última ratio</i>.</p> <p>Así, en el caso en estudio la exigencia de paz y salvo provisional expedido por una autoridad administrativa, no constituye un criterio de selección objetiva para la ponderación de las ofertas y, por el contrario, se trata de un requisito formal que puede ser subsanado por el proponente; por lo anterior, consideró la sala que no era viable proceder a la descalificación automática de la oferta, tal y como lo hizo el comité evaluador, sino que, <i>a contrario sensu</i>, por tratarse de uno de los anexos exigidos con la oferta, se le debió garantizar la oportunidad al proponente para que dentro de un plazo razonable allegara el documento idóneo (paz y salvo) en donde evidenciara que se encontraba al día con sus obligaciones tributarias territoriales.</p> <p>En esa perspectiva, se limitó de manera grave la participación del proponente, se le cercenó el derecho que tenía a que su propuesta</p>

	<p>fuera evaluada y clasificada en el orden de elegibilidad. Y aunque en el proceso el demandante no logró comprobar que su propuesta era mejor que la del proponente que resulta adjudicatarios, la Administración fue condenada a pagar el 10% del valor de la propuesta presentada por el demandante en el proceso de selección del cual fue excluido por cuanto le fue vulnerado su derecho a subsanar en un tiempo razonable para continuar en la competencia por la adjudicación del proceso.</p> <p>Con lo anterior, queda claro que la Administración en los procesos de selección de contratistas debe buscar la materialización de los principios de economía y selección objetiva en todas las etapas del proceso desde la estructuración de los pliegos hasta el proceso de evaluación para aceptar o rechazar una oferta, a partir de la naturaleza de los requisitos fijados en el pliego de condiciones. Así, frente a la subsanabilidad deberá observar que los requisitos sean ponderables y afecten la asignación de puntaje para establecer la imposibilidad de ser subsanados es decir que el oferente no pueda hacer uso de su derecho.</p>
<p>Rad. 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986).</p> <p>Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.</p> <p>Bogotá D.C Noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014).</p>	<p>Esta providencia empieza analizando la etapa de evaluación de las ofertas, su importancia e impacto en el resultado del proceso de selección por lo que la Ley 80 de 1993 le otorgó una etapa de traslados a los proponentes para que estos puedan controvertir los resultados, presentar sus observaciones y allegar en el plazo que les sea concedido los documentos que permitan subsanar requisitos susceptibles de ello.</p> <p>La premisa anterior parte de lo establecido en principio por el estatuto de la contratación administrativa, en virtud del cual las ofertas incompletas o que le faltan requisitos o documentos no pueden ser rechazadas automáticamente por cualquier tipo de deficiencia sino</p>

	<p>que la entidad estatal debe hacer un análisis y tomar una decisión, valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.</p> <p>Igualmente, el artículo 30 de la referida Ley 80 de 1993, en el numeral 7 establece que durante el lapso en que la entidad contratante evalúa las ofertas, debe pedirle al oferente que aclare y/o explique lo que resulte ambiguo, pues un deber de la entidad es buscar la claridad necesaria para evaluar y evitar el rechazo de plano de las ofertas, lo cual responde al principio de economía contemplado en la ley. A su vez, el numeral 8 del mismo artículo 30 establece la etapa del traslado del informe de evaluación por el término de cinco (5) días, con la salvedad de que los oferentes no podrán en ese lapso completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Lo anterior no puede ser considerado contrario a la subsanabilidad sino que, como lo ha dicho el Consejo de Estado, por las reglas hermenéuticas se permite entender todas las normas en su propio contexto, con lo cual se conserva la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de las ofertas.</p> <p>Visto lo anterior, el fallo reitera la regla sobre los requisitos subsanables, y bajo la filosofía que cualquier omisión en que incurriera el proponente no justifica el rechazo automático de la oferta, sino que son susceptibles de subsanación aquellos requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, aquellos que no asignan puntaje al oferente, y son corregibles dentro del plazo que conceda la entidad estatal sin exceder del día de la adjudicación.</p> <p>Queda claro entonces con este fallo que si en un proceso de</p>
--	---

	<p>contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el error, defecto o incompletitud se pueden corregir, para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. La lógica de lo anterior radica en que permitir a los proponentes enmendar errores que otorgan puntaje es permitirles defraudar a los demás proponentes por cuanto pueden alterar el valor y hacer ofrecimientos irrisorios en aras de resultar adjudicatarios de los procesos de selección.</p> <p>Así las cosas, se ratifica la vigencia de la postura adoptada por el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, quedando en el pasado la contrariedad y el debate de legalidad que trajo los derogados decretos 066 de 2008, 2474 del mismo año y 734 de 2012 con las subreglas de subsanabilidad introducidas y posteriormente derogadas. A partir del año 2013, con la expedición del derogado Decreto 1510, las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150.</p> <p>En esta sentencia, el Consejo de Estado precisa que aunque el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 señala que la oferta debe sujetarse a cada uno de los aspectos previstos en el pliego de condiciones⁸⁹, debe hacerse una interpretación integral con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, específicamente las que confieren a los oferentes la posibilidad de subsanar, aclarar o explicar</p>
--	--

⁸⁹ Frente a la interpretación del artículo 30, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Consulta del Consejo de Estado señaló en Concepto de fecha 20 de mayo de 2010, radicado 2010-00034: “el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6° del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes”.

	<p>su oferta, e incluso las que le asignan a las entidades la función de corregir, oficiosamente, ciertos requisitos. Conforme a estos planteamientos, las disposiciones jurídicas no deben interpretarse de manera aislada, mucho menos cuando pertenecen a cuerpos normativos que regulan en forma integral una materia, como sucede con los códigos o los estatutos, función que cumple la Ley 80 con la contratación pública. Precisión ante la cual discrepo en cuanto a que la subsanabilidad de requisitos permite que los oferentes en los procesos de selección vayan completando sus propuestas en la marcha, es decir que ellos no se coligen al pliego sino que ante la laxitud de la norma y las reglas fijadas por la jurisprudencia se permite la presentación de ofertas incompletas que se pueden completar hasta antes de la adjudicación y que haciendo uso de su derecho a subsanar transgreden principios inherentes a la contratación, alteran la planeación de la entidad y se admite incluso que se realice en los procesos de contratación un segundo traslado al informe de evaluación cuando en la audiencia de adjudicación o unas horas antes se habilita un proponente, lo cual atenta contra el principio de economía e igualdad, aspectos que analizaremos más adelante.</p> <p>Bajo la premisa de que no es posible establecer en los pliegos de condiciones causales de rechazo que transgredan lo prescrito en la ley, debe hacerse una interpretación de conformidad con ella, los comités evaluadores deben hacer una revisión y análisis de las ofertas para establecer cuidadosamente los requisitos omitidos o cumplidos erróneamente que son susceptibles de ser subsanados pues el rechazo es la última opción y solo procede por las causales fijadas taxativamente en la normativa, por lo que los aspectos puramente formales que la entidad establezca en el pliego no se consideran causales de rechazo y este fallo al respecto indica que ni siquiera cuando la entidad solicite que se subsanen y el oferente no lo haga es</p>
--	---

	<p>posible el rechazo de la oferta ya que la finalidad de esos requisitos solo es facilitar el examen de las propuestas, pero jamás afectan el contenido de la oferta, aunque sí la disciplina del proceso.</p> <p>Nótese que en el presente fallo, el Consejo de Estado habla de la afectación a la disciplina del proceso, lo cual no se entiende como algo apartado del principio de economía en las actuaciones propias de la actividad contractual y de cualquier manera, permitir que se subsane lo que es susceptible de ello hasta antes de la adjudicación afecta la materialización del principio, afecta el proceso de selección en sí y pasa a un segundo plano la importancia de los principios rectores de la contratación.</p> <p>El fallo frente a la obligación de la entidad de permitir que se aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las ofertas susceptibles de esa oportunidad, como un derecho de los participantes tiene una oportunidad temporalmente limitada, cuyo término define la Administración, y hay una preclusión para subsanar o aclarar; y si el proponente no corrige o explica dentro del estricto plazo conferido, por ejemplo, no subsana los problemas de la póliza, no acredita la experiencia pedida, etc., la Administración conserva la posibilidad de ampliarlo o de admitir la entrega tardía, pero llegado el caso precluye para el oferente la oportunidad para hacerlo, así que la Administración puede evaluar esa oferta concreta conforme a la información y documentos que consta en el expediente del proceso de contratación, pudiendo rechazarla por no ajustarse al pliego de condiciones, e inadmitiendo la información entregada tarde por ejemplo aportación de póliza fuera del término, corrección tardía de la experiencia adicional, etc. Sin embargo, frente a esta interpretación, la norma admite que la entidad solicite que se subsane el requisito hasta la audiencia de adjudicación, siendo ese el lapso límite y por tanto el oferente tiene</p>
--	--

	<p>hasta ese momento para realizar la subsanación correspondiente.</p> <p>Finalmente, y frente al caso concreto que analiza la presente sentencia, por un error formal en uno de los formularios presentados, cometido por el proponente que obtuvo el mayor puntaje en el primer informe de evaluación, el cual fue aclarado y en otro de los formatos ofertaba lo requerido por la entidad, no daba lugar al rechazo de plano de dicha oferta, ya que el oferente en la audiencia de adjudicación realizó la aclaración, además la interpretación de los demás documentos y formularios presentados deban como resultado que el oferente ofrecía lo requerido, motivo por el cual la Administración realizó la adjudicación a otro oferente que tenía un puntaje inferior al del demandante. Por lo dicho, la entidad contratante fue condenada a indemnizar al oferente rechazado por un error puramente formal en su propuesta.</p> <p>Lo anterior se sustenta en la siguiente afirmación del fallo: “el apartamiento fue puramente formal, porque la entidad, acreditado el alcance de la propuesta de Gomher Ltda., que se deducía del APU (formulario 6-2), confirmado por las aclaraciones hechas en la audiencia de adjudicación, debió concluir que el proponente si bien modificó el “formulario 6-3” no cambió las especificaciones, los ítems o las cantidades de obra. Es decir, formalmente alteró el formulario, pero no lo realmente importante, esto es, lo que él representa, por lo que la modificación fue insustancial y aclarada con suficiencia por el demandante, aunque la Aerocivil no quiso entenderlo, por preferir la literalidad formalista del pliego”.</p> <p>Con esto, el fallo aclara que la modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo</p>
--	--

	que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad.
<p>Rad. 50001-23-15-000-2000-00196-01 (30.161).</p> <p>Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.</p> <p>Bogotá D.C. trece (13) de febrero de dos mil quince (2015).</p>	<p>Analiza el alto tribunal si la ausencia de inscripción del revisor fiscal en el certificado de existencia y representación y que los documentos allegados para demostrar los estados financieros básicos no estuvieran firmados por un revisor fiscal, son elementos suficientes para descalificar a un proponente.</p> <p>Dentro del análisis se reitera que el incumplimiento de los requisitos o documentos relativos a la futura contratación o al proponente, no necesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no serían un título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.</p> <p>Pero es de vital importancia aplicar la regla general consistente en que la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la Administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, que es un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son obligatorias para la Administración, los oferentes y los posibles interesados que deseen participar en el proceso⁹⁰; igualmente, una vez adjudicado el contrato, se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determinan el contenido y el alcance del negocio jurídico. Así las cosas, el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas previstos en los pliegos de</p>

⁹⁰ Ver artículo 30 numeral 6 de la Ley 80 de 1993.

	<p>condiciones, siempre que sean necesarios para comparar las propuestas⁹¹.</p> <p>Distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones, para de esta manera poder establecer cuáles podrán ser subsanados y cuáles no.</p> <p>En el caso que les ocupa, frente a la presentación de estados financieros se tiene como un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de este la Administración califica y evalúa la capacidad financiera de los proponentes con fundamento en datos financieros objetivos contenidos en los estados financieros aportados, debidamente dictaminados y certificados⁹². Por lo tanto, no es un requisito subsanable, sino que si se identifica que la información contenida carece de los presupuestos requeridos para acreditar válidamente la capacidad financiera del proponente, no es posible acceder a la subsanabilidad de los mismos; aunado a lo anterior, la capacidad financiera de los oferentes debidamente certificada, con criterio fidedigno⁹³ constituye un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas presentadas, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta. Lo anterior aplica tanto para el proponente singular como para el proponente plural, en el</p>
--	---

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Expediente 16.041.

⁹² En la misma sentencia, indica el Consejo de Estado: “la exigencia de aportar estados financieros debidamente certificados o dictaminados según el caso, no obedece a una excesiva formalidad impuesta caprichosamente por el legislador, sino que tiene una larga tradición en la legislación nacional contable, en razón a que garantiza y desarrolla entre otros, el principio de transparencia en materia contable”.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30.250.

	<p>último caso todos los integrantes deberán dar estricto cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, ya que si uno de ellos no cumple, esto afecta a la estructura plural en su conjunto.</p> <p>Este fallo es de vital importancia ya que trae a colación la importancia de revisar no sólo los requisitos ponderables sino también los requisitos habilitantes (jurídicos, técnicos y financieros), su veracidad, contenido y completitud pues como se dijo anteriormente son sustanciales, necesarios para poder comparar las propuesta para determinar si se cumplen o no, y en ése sentido de no ser acreditados en la oportunidad y bajo las condiciones requeridas en el pliego de condiciones conducen al rechazo de la misma. Dicho lo anterior corresponde al comité evaluador de los procesos de selección desarrollar su labor bajo el estricto cumplimiento del pliego de condiciones, es decir respondiendo a los criterios objetivos allí fijados.</p>
<p>Rad. 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660).</p> <p>Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.</p> <p>Bogotá D.C Veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).</p>	<p>En esta sentencia, el Consejo de Estado resuelve recurso de apelación en acción contractual que pretende la nulidad del acto de adjudicación de un proceso de selección de contratistas bajo la modalidad de licitación pública por cargos, entre los cuales se encuentran: presentar la propuesta con tachones y enmendaduras, como causal de rechazo de la propuesta establecida en el pliego de condiciones; omitir allegar con la propuesta autorización especial para participar en el proceso y comprometer a su representada y la omisión de la entidad contratante en la solicitud de los estados financieros al proponente adjudicatario a pesar de que este hubiera acreditado el cumplimiento de la capacidad financiera. En el fallo existen otros cargos sobre los cuales hace pronunciamiento el alto tribunal, pero solamente en el presente análisis haré mención a los referidos arriba por su relevancia, ya que giran en torno a la primacía</p>

Rad:	<p>de lo sustancial sobre lo formal, la subsanabilidad de requisitos, el carácter vinculante del pliego de condiciones y el principio de transparencia y selección objetiva, temáticas que guardan relación directa con el presente trabajo de investigación y sobre las cuales el Consejo de Estado en este fallo realiza precisiones y aclaraciones importantes, y reitera las reglas y subreglas que ha fijado en otros fallos, como lo veremos.</p> <p>Frente a la subsanabilidad de requisitos de las ofertas, reitera con toda razón el tribunal que es derecho de carácter excepcional que tienen los proponentes para remediar un defecto o error de su propuesta, y por tanto no puede entenderse como una facultad para aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicialmente presentada, puesto que ello violaría el derecho a la igualdad poniendo en desventaja a los demás partícipes del proceso de selección.</p> <p>Frente a la confección del pliego de condiciones precisa que la entidad contratante debe establecer criterios coherentes al tenor de lo establecido en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993^[94]. Las reglas de participación en el proceso deben ser claras, completas y justas. Igualmente, se limita su elaboración a las reglas y principios</p>
------	--

⁹⁴ Reza el Artículo 24 numeral 5: “a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso. c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

	<p>constitucionales y legales en la materia, sin que se dé lugar a requisitos superfluos, caprichosos o arbitrarios que no apunten a la selección objetiva del contratista. Bajo los anteriores presupuestos, corresponde a los oferentes o proponentes preparar propuestas que se ajusten exactamente a lo requerido por la entidad contratante en el pliego de condiciones, pues cuando hay la claridad necesaria se evita la aplicación de la regla excepcional de la subsanabilidad, el rechazo de la propuesta y –el más grave de todos– la declaratoria de desierta del proceso de selección de contratistas.</p> <p>Aunado a lo anterior, cuando la entidad omite el deber de solicitar el requisito susceptible de ser subsanado falta a un deber legal y su desconocimiento implica que el oferente puede acudir ante la jurisdicción para exigir su cumplimiento. De hecho, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de mayo de 2015 Expediente 34.510, claramente indicó que cuando una entidad guarda silencio se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento de rechazo o descalificación de una propuesta.</p> <p>Frente a la primacía de lo sustancial sobre lo formal, la presente sentencia alude a la finalidad de la contratación en pro de la materialización del interés general, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 y alude a la función administrativa que en cada una de sus actuaciones debe propender por la satisfacción del interés público general y no el particular, lo que significa que siempre prevalecerá lo sustancial sobre lo formal, por lo que hace un análisis de los principios de la función administrativa.</p> <p>En torno a la capacidad jurídica del representante legal de una empresa o sociedad para presentar ofertas, está relacionada con su objeto social, lo que quiere decir que todos sus actos deberán estar</p>
--	---

	<p>encaminados al desarrollo del mismo; es por esto que al momento de la presentación de una oferta ante una entidad estatal, lo que se deberá demostrar es la capacidad jurídica del representante, ya que esta constituye un requisito habilitante para participar en el proceso de selección. Otra cosa es que exista una limitación o restricción para el ejercicio de dicha capacidad, circunstancia que en principio no permite afirmar que el representante no podía celebrar un determinado negocio jurídico.</p> <p>Así las cosas, una cosa es la ausencia de capacidad jurídica del representante legal de una sociedad para presentar una determinada propuesta, caso en el cual no habrá lugar a la subsanabilidad de este defecto por cuanto constituye un requisito habilitante del oferente, y otra cosa es que el representante legal, que se encuentra en ejecución de un contrato de mandato presente limitación en el monto por el cual puede comprometer a su representada, caso en el cual la autorización dada por el órgano social competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) obligará a la sociedad en la presentación de la propuesta y en la firma del contrato, es decir, que esta circunstancia es subsanable y no implica el rechazo de la misma.</p> <p>Con lo anterior, frente a la capacidad del representante legal para presentar ofertas, la no acreditación al inicio del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.). De lo anterior se concluye que la subsanación se produce cuando el oferente allega la correspondiente acta para acreditar que al cierre del proceso de</p>
--	--

	<p>selección tenía la capacidad para presentar propuestas a nombre de la empresa o compañía.</p> <p>La capacidad financiera de un proponente, entendida como requisito habilitante debe ser acreditada por los oferentes al momento de presentar su oferta, con los indicadores financieros mínimos exigidos dentro del pliego de condiciones, y no constituye un factor de ponderación de la propuesta. Por tanto, una vez demostrada la capacidad financiera con los requisitos exigidos en su propuesta, no es necesario que otro oferente acredite unos indicadores financieros mejores para inhabilitar o desacreditar a otro que cumple con los mínimos requeridos, ya que los oferentes deben acogerse a lo requerido en el pliego de condiciones como requisitos mínimos habilitantes de carácter jurídico, técnico y financiero.</p> <p>Finalmente, el Consejo de Estado reitera que los requisitos subsanables son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Así se subsanará presentando la respectiva prueba que acredite el cumplimiento del requisito desde momentos previos a la presentación de la oferta, es decir, previamente al cierre.</p> <p>En esta sentencia, el alto tribunal hace una síntesis de la evolución legal y jurisprudencial de la figura de la subsanabilidad de requisitos y finalmente falla en contra del demandante, ya que este no demostró que la propuesta presentara tachones y enmendaduras, como causal de rechazo de la misma; frente a la capacidad del representante legal</p>
--	---

	<p>para presentar ofertas, el requisito fue subsanado dentro del proceso de selección y finalmente frente a la capacidad financiera del proponente adjudicatario se encontró que en el proceso de selección este acreditó los indicadores mínimos requeridos para habilitarse financieramente.</p>
<p>Rad. 76001-23-31-000-2002-00914-01 (37.107).</p> <p>Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera</p> <p>Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)</p>	<p>En esta sentencia, el Consejo de Estado conoce recurso de apelación en acción contractual impetrada por un oferente de un proceso de selección de contratistas por cuanto aduce que la entidad contratante vulneró los principios de transparencia y selección objetiva del contratista al no tener en cuenta sus observaciones presentadas frente al oferente ganador, y argumenta que dentro del pliego de condiciones en el ítem de estudios y diseños la entidad contratante había omitido incluir el IVA.</p> <p>En el análisis de la sentencia, el alto tribunal se refiere al contenido claro y legible del pliego de condiciones, así como a su carácter vinculante, y hace alusión a su interpretación bajo las reglas de la hermenéutica jurídica. Frente a la subsanabilidad de requisitos en el proceso de selección, la sentencia reitera la jurisprudencia sentada el 26 de febrero de 2014, Exp.25.804, sobre el derecho excepcional que tienen los oferentes de subsanar sus ofertas en aquellos aspectos que no otorguen puntaje y dentro del plazo que indique la entidad hasta la audiencia de adjudicación.</p> <p>Reitera que la posibilidad de subsanar de ninguna forma confiere a los oferentes la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que el proceso de selección del contratista necesariamente está regido bajo el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión a</p>

	<p>dicho postulado que, valga recordar, ostenta rango constitucional, según el artículo 13.</p> <p>Frente a los argumentos del demandante, el Consejo de Estado advierte que si bien la entidad estatal contratante no especifica la inclusión del IVA, sí refiere en reiteradas oportunidades dentro del pliego de condiciones que los proponentes deben incluir todos los impuestos a los que haya lugar. Reiterando lo indicado la sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 02 de diciembre de 2014, el alto tribunal estipuló: “Por consiguiente si en el pliego de condiciones se menciona de manera general el término impuestos, hay que entender que se hace referencia a aquellos que propia y naturalmente se imponen o gravan los contratos (...)”. Así las cosas, concluye que aunque no se mencionó en el pliego textualmente que los proponentes debían incluir el IVA, se entiende que por la naturaleza del ítem de estudios y diseños, dicho impuesto debió ser tenido en cuenta por los oferentes en la presentación de su propuesta económica.</p> <p>Con lo anterior y teniendo en cuenta que el demandante dentro de su propuesta incluyó un IVA que incrementa la propuesta económica presentada notablemente, requisito que no es susceptible de ser subsanado por cuando es ponderable, y como lo dice el alto tribunal, está ligado con la asignación del contrato, no le cabe razón para la acción presentada y en ese sentido son negadas las pretensiones y confirmada la postura del <i>a-quo</i>.</p>
--	---