

**La oferta como negocio jurídico**

**y**

**Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública**

**Trabajo realizado por:**

**Ricardo Alejandro Torres Benjumea**

**Candidato a Magíster en Derecho Contractual Público y Privado**



**Universidad Santo Tomás de Aquino**

**Bogotá**

**2017**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

## **Resumen**

Ante la problemática generada por la falta de claridad jurídica respecto de aquellos aspectos de las ofertas que pueden ser corregidos, una vez presentadas a las entidades por quienes aspiran a ser contratistas del Estado, el presente trabajo contiene una propuesta de solución con una visión y alcance diferente al de la doctrina y jurisprudencia actual, en el sentido de que, a diferencia de lo que se ha sostenido hasta ahora, si bien los requisitos habilitantes se pueden subsanar, no todos ellos pueden ser corregidos, como también algunos requisitos que generalmente otorgan puntaje podrían ser objeto de subsanación.

## **Palabras clave**

Oferta, Contrato, Contrato Público, Estatuto de la Contratación, Principios y Reglas de Subsanaibilidad.

## **Abstract**

In the light of the problems generated by the lack of legal clarity regarding the help of offers that can be corrected, once submitted by companies by aspirants to be contractors of the State, the present document contains a solution proposal with a different vision and scope of doctrine and current jurisprudence, in the sense of, differing of the sustained until now, although the enabling requirements can be remedied, not all of them can be corrected, as well as some requirements that generally grant Score Object of rectification.

## **Key words**

Offer, Contract, Public Contract, Regulations of the Procurement, Principles and Rectification rules.

# La oferta como negocio jurídico; y Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública

---

Por: Ricardo A. Torres B.<sup>1</sup>

<b>Introducción</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I</b> .....	9
<b>Análisis conceptual de la oferta como negocio jurídico</b> .....	9
1. La oferta. Nociones generales.....	9
1.1. Del negocio jurídico de la oferta.....	11
1.1.1. Las declaraciones recepticias y no recepticias de voluntad. ....	16
1.1.2. Características y elementos estructurales de la oferta.....	17
2. Clasificación de la oferta .....	20
2.1. De las clases de ofertas según el Código de Comercio.....	22
2.2. De las clases de ofertas estudiadas por la doctrina. ....	24
2.2.1. Oferta ‘expresa o tácita’ .....	24
2.2.2. Oferta ‘determinada o indeterminada’ .....	25
3. De la oferta pública.....	26
3.1. La oferta en relación con sus efectos .....	28
3.2. La oferta pública en relación con sus requisitos. ....	30
3.2.1. Requisitos y documentos referidos al proponente.....	30
3.2.2. Requisitos y documentos referidos a la oferta.....	32
4. Una aproximación a la subsanabilidad de las ofertas.....	37

---

<sup>1</sup> Ricardo Alejandro Torres Benjumea, es Abogado de la Universidad Popular del César (2003); Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional (2007); Especialista en Contratación Estatal por la Universidad Externado de Colombia; y candidato a Magíster en Derecho Contractual Público y Privado por la Universidad Santo Tomás de Aquino. Actualmente se desempeña como Secretario General del Plan Departamental de Aguas del Magdalena – PAP-PDA.

*La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.*

<b>CAPÍTULO II</b> .....	42
<b>La oferta y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública</b> .....	42
1. Principios Fundamentales de la contratación administrativa aplicables a la subsanabilidad de las ofertas .....	42
1.1. Igualdad y concurrencia .....	45
1.2. Evolución hacia el informalismo. ....	47
1.3. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. ....	49
2. Reglas de subsanabilidad de las ofertas .....	53
2.1. Aspectos críticos sobre el marco normativo y jurisprudencial. ....	54
2.1.1. Requisitos de ponderación como único factor de comparación de ofertas. ....	64
2.1.2. Requisitos habilitantes y de ponderación como factor de comparación de ofertas. ...	69
3. Oportunidad para la subsanación de requisitos de las ofertas .....	74
4. Una nueva visión de las reglas de evaluación y subsanabilidad de las ofertas. ....	80
<b>Conclusiones</b> .....	85
<b>Referencias bibliográficas</b> .....	88

## **Introducción**

Es de conocimiento general que la vida misma resulta tanto más ingeniosa que el más acucioso legislador; en ese vértice, la experiencia y los contrastes de la praxis en el periplo jurídico administrativo colombiano develan cómo la escogencia de contratistas del Estado está sujeta al constante decurso y, en ese sentido, se ve truncada por la especulación en torno a los documentos o requisitos de las ofertas que pueden ser corregidos o enmendados.

Teniéndose presente lo anterior, es que se sitúa al lector en un terreno sinuoso, puesto que existen principios que están siendo desatendidos por disposiciones no tan comprensivas o limitadas; bien pudiera considerarse que ese ideal responde a la formación positivista de un buen número de generaciones de juristas que crecieron bajo influencia del *iusfilósofo* austriaco Hans Kelsen, pero siendo las reglas o normas un desarrollo de los principios, nada justifica su contradicción con aquellos.

El planteamiento inicial en este trabajo no ha sido el agotamiento de la temática axiológica de la Contratación Estatal; empero, se hace necesario su análisis debido al interés legítimo del Estado por evaluar objetivamente las ofertas, en atención al principio de *selección objetiva*, el cual está asistido de otro valor jurídico trascendental, a saber: *la prevalencia del fondo sobre la forma*, lo que implica que las entidades estatales en los procesos de escogencia de sus contratistas no se deben privar de seleccionar unos buenos ofrecimientos por considerar aspectos meramente formales.

Antes de entrar en detalles, conviene tener en cuenta que “*el Derecho Administrativo, como todo ordenamiento, pretende ser sistemático y completo.*” (Herrera Robles, 2012, p. 71) Y en ese sentido, impone a quien investiga un ejercicio más elevado de integración de los principios para resolver las posibles “*antinomias administrativas*” que, en el caso concreto, no son más que las contradicciones actuales entre posturas y preceptos legales que rodean la subsanación de la oferta pública, a lo cual, se dedica el presente trabajo investigativo a fin de dejar a consideración de la

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

comunidad jurídico-científica y ciudadanía en general un propuesta de solución sobre este importante tema de la Contratación Estatal Colombiana.

En Colombia no existe unidad de criterio dogmático, legislativo o jurisprudencial respecto de cuáles son los documentos o requisitos que los proponentes pueden subsanar una vez han presentado sus ofertas en los procesos de selección de contratistas del Estado. Se rechazan o subsanan ofrecimientos por todo tipo de documentos y requisitos, sin la existencia de un *patrón jurídico-conceptual* que les garantice a los participantes la escogencia objetiva del contratista y un tratamiento igualitario para todos.

Así las cosas, el proyecto que dio origen a este trabajo se circunscribió al uso de un método hipotético deductivo que permite, a través de la hermenéutica y el análisis propositivo, la verificación de una hipótesis intrincada por un recorrido normativo y doctrinario que hasta el momento ha creado la sensación colectiva y equivocada de que el tema está resuelto, limitando la aplicación de la *prevalencia de lo sustancial sobre lo formal* exclusivamente a los requisitos habilitantes de la oferta y excluyendo su desarrollo en los demás requisitos y documentos en los que también podría resultar aplicable.

En un primer momento, se propone un acercamiento a las nociones que, por básicas, merecen un lugar destacado dentro de las reflexiones que se han proyectado en este trabajo, acudiendo a preceptos *iusprivatistas* de la oferta como negocio jurídico, como quiera que parezca ésta decantada con mayor sensibilidad en la doctrina mercantilista. En consecuencia, entre otros aspectos, se hará necesario conocer de la oferta sus características, elementos, requisitos, sus efectos e intentar establecer un distanciamiento cuando se esté frente a una *oferta* en materia de Contratación Pública.

Una segunda entrega, abordará en concreto y de manera detallada el tema de la *subsanabilidad* atendiendo sus nociones, principios, oportunidad para la corrección de requisitos, las posiciones que se han tejido desde la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, pero sin dejar de lado todo el

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

fundamento axiológico que le subyace y que requieren una postura crítica hacia una nueva visión de las reglas de subsanabilidad de la oferta pública en la Contratación Administrativa Colombiana.

En este orden de ideas, se reitera que el objetivo principal de este trabajo de investigación no se limita a enlistar o establecer taxativa o enunciativamente los casos y defectos de las ofertas que pueden ser subsanados, sino que constituye un aporte en cuanto a los elementos de juicio necesario que le permitan discernir, en cada caso concreto, cuáles son los defectos de las ofertas que generan el rechazo de los ofrecimientos y cuáles tienen la vocación de ser subsanados, conforme a todo el planteamiento teórico que se desarrolla y explica en el presente trabajo a partir de los principios, los cuales, en sana discusión se ha dicho que un principio “es una cualquiera de las proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; o la norma o idea básica que rige el pensamiento o la conducta; o la base, origen o razón sobre la cual procede discurrir en cualquier materia” (Herrera Llanos, 2004, p. 20).



## CAPÍTULO I

### Análisis conceptual de la oferta como negocio jurídico

#### 1. La oferta. Nociones generales

En el mundo occidental, el impulso en la vida de los negocios se reduce al adamantino axioma de la *autonomía de la voluntad*. Tanto es así que el vehículo ordinario para el tránsito de las relaciones jurídicas, es, en algunos casos, *el acto jurídico*; en otros, *el negocio jurídico*. No obstante uno y otro, constituyen la exteriorización de la esfera volitiva de los sujetos de derecho, la cual tendrá como límite las disposiciones legales.

Cabe sí, estando en este punto, hacer precisión en lo que respecta a esos rasgos distintivos entre una y otra forma de concretar dicha exteriorización. “La doctrina distingue entre acto jurídico o negocio jurídico, así: en el acto jurídico, sus efectos están determinados en la ley [*ex lege*]; en el negocio jurídico, su autor, con cierto margen, concreta esos efectos [*ex voluntate*]” (Parra Benítez, 2002, p. 50). Entonces, cuando una manifestación de voluntades tenga sus efectos previstos en la ley, se estará en presencia de un *acto jurídico*; mientras que ante la existencia de un acuerdo de voluntades en la creación, regulación y extinción de una relación jurídica, cuyos efectos sean determinados mayormente por las partes, se hablará de *negocio jurídico*.

Aunque no se trate de una discusión con punto final, bueno es ventilarla en este aparte de *generalidades*, puesto que en el ordenamiento jurídico colombiano es perfectamente dable la existencia de normas especiales para la regulación de un asunto y la remisión normativa para efectos de complementación; en ese sentido, existe un estatuto para normar la

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Contratación Estatal, sin perjuicio de las voces del Código Civil y del Código de Comercio que son estatutos con disímil orientación.

Siendo así las cosas, la obra de Don Andrés Bello, el Código Civil, es de una corriente más próxima a la doctrina francesa (Rodríguez Piñeres, 1923, p. 54), razón por la cual, en él, no se hace distinción entre *acte juridique* y negocio jurídico, pues se estaría ante un concepto único con dos *nomen iuris* diferentes; por el contrario, el Código de Comercio, más moderno y con mayor técnica (Bonivento Fernández, 2002, p. 10), abreva del pandectismo alemán y del objetivismo italiano, de suerte que, en éste, sí se empleó la expresión *negocio jurídico* y con ella se identifiquen –como género- aquellas manifestaciones de voluntad que son tasables en términos dinerarios o económicos.

En este orden, cabe afirmar desde ya, sin entrar aún en detalles, que la *oferta* es en todo rigor un *negocio jurídico*; en consecuencia, para su estudio débase partir del conocimiento de la norma mercantil –el Código Civil ni siquiera la menciona– y de la doctrina nacional y extranjera que avoca el conocimiento de la formación del contrato y la validez de la fase tratativa del mismo, puesto que el contrato es un todo orgánico muy complejo que exige la reunión de varios supuestos y no nace a la vida jurídica por ‘generación espontánea’; de lo anterior resulta que, precise de unas partes, las respectivas posturas –o pretensiones– frente al objeto del contrato y en no pocos casos, alguna solemnidad que los perfeccione otorgándoles la oponibilidad frente a terceros.

### 1.1. Del negocio jurídico de la oferta.

Como muchas otras instituciones modernas, el *negocio jurídico* es una construcción compleja que en alguna medida encuentra su raíz en el saber romano; al menos en lo que respecta a su etimología se tiene, según Parra Benítez, que: “Negocio viene del latín ‘*negotium*’. Se podría apoyar en *negotiatium* (lo más parecido a comercio). O descomponerse en: *nec* (no) y *otium* (ocio). Negocio es no- ocio, trabajo. O sea que se produce y eso es patrimonial” (Parra Benítez, 2008, p. 157). En breve síntesis, la voz latina *negotiatium* transmite la idea de gestión de asuntos importantes, no desprovistos de un valor económico que de algún modo le es intrínseco.

Entendido el vocablo *negocio* en su acepción más amplia, menester es conocer su alcance cuando se le acompaña del adjetivo calificativo: *Jurídico*. Con origen en la doctrina alemana, la expresión *negocio jurídico* fue elaborada con la intención de aplicar el derecho romano a una sociedad decimonónica; así pues, la ‘Escuela de las Pandectas’, distinguió las nociones de acto y de negocio (Windscheid & Theodor, 1976), a diferencia de la ‘Escuela Voluntarista’ que estudió con singular sentido de pertenencia el Código Civil de 1804 sin dimensionar el *negocio jurídico* como categoría autónoma y contentiva del contrato sin agotarse en él.

En este orden, “los autores germánicos definieron el negocio jurídico como un supuesto de hecho o *tatbestand*, es decir, una hipótesis, prevista en abstracto por una norma, de una o más declaraciones de voluntad que producen consecuencias jurídicas” (Parra Benítez, 2008, p. 160). En Colombia, un *pandectista* confeso fue el profesor Arturo Valencia Zea; en una de sus obras manifestó que por negocio jurídico se entiende “aquel hecho jurídico que contiene

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

una o varias declaraciones de voluntad de los particulares que, por sí o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico” (Valencia Zea, 2004, p. 452).

Con todo, el planteo original del *pandectismo alemán*, a la postre, resistiría un redimensionamiento que ajustase la noción de negocio jurídico a un marco más moderno; es entonces que se da inicio a la ‘Escuela Objetiva’ y el autor Emilio Betti reformula esta categoría desprendiéndola del *voluntarismo francés*, pero sin negar las virtudes de los estudios germanos. Las ideas del *objetivismo* dieron pie al Código Civil de 1942 en Italia y con él, manifestaba Betti, que el negocio jurídico es “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios de las relaciones con otros (actos de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)” (Betti, 1959, p. 51).

En Colombia, los planteamientos de los *objetivistas* italianos fueron bien recibidos por los estudiosos del derecho privado en la segunda mitad del Siglo XX; entre los académicos destacados puede hacerse mención de Fernando Hinestrosa y Antonio Bohórquez. Del primero, se tiene el Tratado de las Obligaciones (Hinestrosa, 1969) en el que se confiesa adepto del *objetivismo*, presentando con toda suerte de argumentos las bondades del *negocio jurídico*; y el segundo, (Bohórquez O.), quien expone que “el negocio jurídico es el instrumento que el derecho otorga a las personas para la disposición de intereses” (Bohórquez Orduz, 1998, p. 29).

Así las cosas, vistas las definiciones precedentes y como se había afirmado en apartado anterior: la oferta es un negocio jurídico. En esa línea conceptual el Código de Comercio se ha nutrido de los postulados de la ‘Escuela Objetiva’, y así, su artículo 845, reza:

La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada

al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla del destinatario.

“Con el propósito de adelantar un trabajo preliminar de modernización, mejoramiento y puesta a punto del Código de Comercio, el Gobierno Nacional designó en 1993 varias comisiones encargadas de revisar sus distintos libros” (Suescún Melo, 2005, p. 56). Una de las comisiones hizo reparos frente a la regulación de la oferta; y en el proyecto propuso como definición, un texto del siguiente tenor: “Art. 6º.- La oferta debe contener lo esencial del contrato ofrecido de manera que para su celebración sólo falta la aceptación del destinatario”.

La doctrina comparada ha hecho aportes en lo que respecta a la definición de esta importante figura; así, en Francia se dice que la oferta es la “manifestación de voluntad unilateral por la cual una persona hace conocer su intención de contratar, y las condiciones esenciales del contrato, cuya aceptación por el destinatario de la oferta formará el contrato” (Ghestin, 1998, p. 219).

El doctrinante Arturo Alessandri expuso en una de sus tantas conferencias en la Universidad de Chile, un curso dedicado al derecho civil profundizado y comparado; a la sazón, dedicó su exhibición a los *contratos* y con ocasión de su estudio, enseñó:

La *oferta*, llamada también *propuesta* o *policitación*, es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas. Su autor se denomina *proponente*, *policitante* u *oferente*. Solo hay oferta cuando la declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente. En esto se diferencia de las proposiciones o *pourparlers* (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 88).

Es conveniente hacer una distinción previa, en la formación del *Contrato Estatal* existen dos etapas claramente diferenciadas, así se ha ido estableciendo en virtud de los estudios

referidos concretamente a este tipo de contrato; entonces, según Escola (Escola, 1977, p. 287):

La primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación [...]. La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del co-contratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato.

Entre tanto, para el tema que ocupa este estudio, menester es hacer a un lado la fase interna, preparatoria o procedimental de la Administración, centrando entonces la atención, a lo que la doctrina argentina ha denominado fase de las *trattativas contractuales* –cuya raíz es *trattative*, como lo denomina la doctrina italiana– que es aquella conformada por un período de preparación o tratos preliminares donde se producen una serie de actos de los cuales surge el consentimiento contractual. (Monsalve Caballero, 2010, p. 81)

Es de considerar que, de parte de la Administración existe una *declaración no recepticia* de la voluntad, consistente en la invitación a contratar –*policitación*–; y del lado del particular, existe una *declaración recepticia*, conformada por su oferta de contrato. Ambas penden de una condición, la primera, que algún interesado presente los ofrecimientos más favorables para la entidad y, la segunda, que medie la aceptación de la contratante.

Claro está, como se verá oportunamente, no toda invitación puede ser confundida con una oferta; se precisará de la conjunción de ciertos elementos estructurales que permitan al intérprete identificar en qué eventos se está frente a este tipo de *negocio jurídico*. De lo

anterior resulta pertinente, recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en su jurisprudencia al advertir que *la oferta* tiene sus particularidades y en ese sentido, enseña:

No pueden confundirse la ‘oferta’ esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (artículo 845 del Código de Comercio) (que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, ésta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 del mismo Código les niega la obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y que solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 5716, 2001).

En consecuencia, débese estudiar con algo de minuciosidad el tema de los elementos estructurales de la oferta como *negocio jurídico*, dadas sus connotadas implicaciones en el tráfico comercial cotidiano, debido a que, como se pudo apreciar, no toda invitación constituye oferta y, en ese sentido, no puede hablarse de fase tratativa del contrato con sus consecuencias naturales en materia de responsabilidad precontractual. Entonces, convenientemente se procede al análisis de los elementos constitutivos de una *oferta* (Ver **1.1.2**).

En efecto, lo que se ha denominado como ‘*negociaciones preliminares*’ carece de vinculación, al menos en lo que respecta a su obligatoriedad; con razón se ha dicho que “las *proposiciones*, los *pourparlers* y aún los *acuerdos preparatorios* no tienen fuerza obligatoria;

no hay en ellos una manifestación de voluntad definitiva y concreta de contratar” (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 86).

Precisado lo anterior, puede pensarse que existen diferencias sensibles entre las proposiciones y las ofertas, pues esta última se cimenta sobre una manifestación volitiva expresada en términos muy precisos y concretos, mientras que aquella constituye *per sé* una mera iniciativa, una voluntad inconclusa y además indeterminada que solo trasmite una idea de negocio, es un mero proyecto.

#### **1.1.1. Las declaraciones recepticias y no recepticias de voluntad.**

En el estado actual del derecho moderno, la doctrina ha hecho distinción entre las *ofertas* y las *aparentes ofertas*; de ello resulta que se deba proceder con cautela al momento de interpretar el contenido de las manifestaciones de voluntad, dado que una oferta vinculará contractualmente a las partes, mientras que las proposiciones o invitaciones a negociar, siendo abstractas, no concretan *per sé* un contrato. En todo caso, ha sido la doctrina la que con base en las legislaciones modernas –Código Civil alemán de 1900, por ejemplo– ha estudiado estos temas.

En primer lugar, se han denominado ‘*declaraciones recepticias de voluntad*’ “las que se dirigen a una persona determinada, es decir, las que tienen un destinatario cierto” (Valencia Zea, 1990, p. 97); en el derecho comparado, sobre todo en Alemania y Suiza, se habla de *declaraciones que exigen ser dirigidas* o *declaraciones con destinatario* (Von Thur, 1946, p. 66). Por otra parte, las *declaraciones no recepticias de la voluntad* “son las que no es necesario dirigir a persona determinada. En general, la ley da valor a estas declaraciones cuando sus efectos solo vinculan la ‘esfera jurídica del declarante’, como sucede con el testamento, la revocación de este, la constitución de una fundación (o institución de utilidad



común), el abandono de cosas, la ocupación, la aceptación de una herencia, etc.” (Valencia Zea, 1990, p. 98).

De lo anterior, se colige con meridiana claridad que la *oferta* es una declaración recepticia de voluntad, sí y solo sí, cuando logre reunir los requisitos que la configuren como tal; es decir, siempre que contenga detalladamente los elementos esenciales del contrato sobre el que verse el proyecto. En ese sentido, no puede confundirse la *oferta* con la *promesa de contrato*; pues, esta –también conocida como precontrato– “es un negocio jurídico en virtud del cual una de las partes o ambas se obligan a celebrar un contrato, y por esta circunstancia se le conoce en la práctica judicial y extrajudicial con el nombre de promesa de contrato” (Valencia Zea, 1990, p. 103).

### **1.1.2. Características y elementos estructurales de la oferta.**

Como se ha advertido en un apartado anterior, la *oferta* es un negocio jurídico; no obstante, no debe confundirse con el contrato al cual se endereza, vale decir, es independiente del negocio jurídico que se persigue concretar. Con la postura que se piensa exponer, no se aspira a colocar el punto final en cuanto al tema tratado; sí se procura, con las mejores intenciones, ofrecer claridad en aquellos aspectos aparentemente resueltos, pero que, a la postre, son hervidero de discusión. Así las cosas, se distinguen en las características de los elementos de la oferta: por una parte, las dedicadas a la descripción de la forma; y por la otra, las enderezadas a resaltar los aspectos de fondo; claro está, tanto las unas como las otras apuntan a dotar de solidez a la oferta en el tráfico jurídico.

Entonces, en relación con las *características*, la doctrina mercantilista nacional ha contado con mayorías (Arrubla Paucar, 1997, p. 78 y sigs), al exponer que se precisan las siguientes: 1. La formulación o iniciativa; 2. La parte que ofrece; 3. Los elementos esenciales

del proyecto de contrato; 4. La comunicación; 5. La irrevocabilidad; y 6. La obligatoriedad. En este orden, se hace necesario seguir de cerca los comentarios que ofrece la doctrina al artículo 845 del Código de Comercio, del siguiente tenor:

Varias son las características de esta figura: 1) La oferta implica que una de las partes formule a otra una propuesta negocial, que tome la iniciativa y presente un prospecto de negocio. 2) La oferta implica la presencia de una parte que presenta el proyecto de negocio y otra que lo recibe para su consideración. La oferta puede provenir de cualquiera de las dos partes. 3) El proyecto de negocio tendrá que tener los diversos aspectos propios del contrato como si ya fuera el verdadero contrato a suscribir por la partes, de tal forma que para su perfeccionamiento únicamente falte la aceptación de la otra parte. 4) Requisito para que se tipifique la oferta es que el proyecto de negocio se comunique al destinatario. La ley no dice cómo se comunica la propuesta, simplemente que indica que la propuesta se entiende comunicada cuando utiliza cualquier medio adecuado para hacerla conocer, es decir, deja en libertad a las partes para emplear cualquier medio idóneo de comunicación. 5) La oferta o propuesta es irrevocable, valga decir, una vez comunicada no puede el proponente retractarse, pues el retracto implica indemnizar al destinatario en los perjuicios causados. 6) En razón de la fuerza obligatoria que tiene la oferta en derecho moderno, es necesario distinguir en qué momento se forma. (Leal Pérez, 2006, p. 211)

Del comentario anterior, se desprende una de las más sensibles diferencias entre la *oferta* y la simple *propuesta*, a saber: existe con la oferta un régimen de responsabilidad precontractual. Asimismo, en esta etapa previa al contrato se deben cubrir dos rubros importantes, el deber de lealtad y el deber de consejo. No obstante, la doctrina en este punto no ha sido pacífica, pues según se cita: “La responsabilidad precontractual sería, según esto, una responsabilidad contractual, puesto que provendría de la violación de un pacto tácito...”,

tal como lo estima Ihering citado por (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 155). En todo caso, con ser muy interesante el debate no es de ventilarse en este trabajo, empero se vislumbra ya que, en esta etapa, las obligaciones que surgen pueden dar lugar a discusiones más intrincadas y con un contenido económico importante, a la luz de una insana *subsanabilidad* en los procesos de selección de contratistas que adelantan las entidades estatales.

Ahora bien, en lo que respecta a los *elementos constitutivos de la oferta*, algún sector de la doctrina civil colombiana ha manifestado que bastan la enunciación de los elementos del negocio y la comunicación efectiva al destinatario. Y en similar dirección apunta el derecho civil chileno, pues (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 88) expone: “Sólo hay oferta cuando la declaración de la voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente. En este caso se diferencia de las proposiciones o *pourparlers*”.

En todo caso, un estudio más detenido de la *oferta* en lo que respecta a sus elementos, lleva necesariamente a concluir que son tres: 1. *Precisión*; 2. *Firmeza*; y 3. *Acierto* (Suescún Melo, 2005). En Colombia, con una inclinación *iusprivatista*, se ha estudiado la *oferta* con amplitud de detalles; y con esa orientación se han hecho precisiones de gran valor, puesto que con esos estudios se ha procurado colocar a tono la regulación de esta precisa materia que permea los doctrinalmente llamados *contratos en masa* y, en alguna medida, la contratación pública.

En relación con la *precisión*, ha dicho la doctrina que “es suficiente, pero también indispensable, que contenga los elementos esenciales del negocio propuesto” (Suescún Melo, 2005, p. 59); entonces, la oferta debe ser precisa con respecto al tipo de contrato que proyecta, es decir que, en el caso de una *compraventa*, debe puntualizarse el precio y cosa. Al hablar de *firmeza*, se refiere a la vocación o facultad del oferente para retirarse, “en ocasiones las ofertas

están acompañadas de reservas, que pueden ser suficientemente precisas” (Suescún Melo, 2005, p. 60), es decir, la oferta no debe generar la sensación de que el *policitante* puede retractarse en cualquier momento; así las cosas, la oferta será firme siempre que contemple unas causales determinadas para que opere el retracto. Por último, la oferta debe ser *inequívoca*, es decir sin lugar a interpretaciones erróneas o contradictorias. “La doctrina trae el caso de una división de una compañía de seguros que ofreció una transacción mediante el pago de una determinada indemnización, mientras que otra dependencia de la misma compañía ofreció una cantidad distinta” (Suescún Melo, 2005, p. 61).

Analizadas las características y los elementos de que se compone, puede recibirse la definición que el profesor Jorge Suescún Melo construyó: “la oferta puede ser entendida como una manifestación de voluntad unilateral, suficientemente precisa, firme y desprovista de equívocos, para que la aceptación de su destinatario sea suficiente para formar el contrato” (Suescún Melo, 2005, p. 61).

## **2. Clasificación de la oferta**

En un primer momento, bastará establecer con claridad que de este tema la bibliografía empleada en el presente trabajo da cuenta de dos enfoques, a saber: la oferta privada –*como institución del derecho privado*– y la oferta pública –*entendida bajo los mismos caracteres esenciales del enfoque anterior, pero formulada por el interesado con miras a la celebración o perfeccionamiento de un Contrato Estatal*–; no obstante, un estudio serio del derecho, invita a no hacer parcelaciones excluyentes, pues de algún modo, todas las disciplinas jurídicas se interrelacionan indisolublemente. Aclarado lo anterior, es necesario agotar primero el tema de la catalogación, desde la perspectiva privada, ya que, es sin dudas, donde mejor se

encuentra decantada esta institución y de donde ha abrevado el derecho público en materia contractual.

Revisado el estado del arte, se tiene que en las clásicas obras francesas no se agotó este tema con el rigor que caracteriza a la doctrina gala; de hecho, en la obra de (Planiol & Ripert, 1946, p. 27), se dice que son muy restringidas las aplicaciones del género al que denominan ‘*declaración unilateral de la voluntad*’ y como subespecie, reconocen estos autores a la *oferta*. Advierten que:

Las aplicaciones que pretenden hacerse de la voluntad unilateral como fuente productiva de obligaciones, en el estado actual de la legislación francesa, son muy restringidas; se refieren a las estipulaciones por un tercero, a los títulos a la orden y al portador y a diversas ofertas (ofertas de recompensas, de contratar, de concurso). La jurisprudencia no se muestra favorable a la creación de la obligación por voluntad unilateral. Sin embargo, en ciertos casos admite que una declaración de voluntad obliga a su autor; así, la persona que participa de la suscripción pública, por el hecho de suscribirse en ella queda obligada.

Y procedente de una generación más próxima, Louis Josserand enseña: “Los ofrecimientos, cuando van acompañados de un plazo, expreso o tácito, ligan a su autor en el sentido de que queda obligado a mantenerlos, por lo menos durante cierto tiempo: su voluntad se ha ligado, pues, por sí misma” (Josserand, 2007, p. 218). No obstante, como se puede apreciar, el desarrollo de la materia es muy mínimo, de suerte que se nota de golpe, la inexistencia de una catalogación integral de la institución; en consecuencia sus antecedentes embrionarios han sido desarrollados por la doctrina moderna que ha conocido más de cerca el fenómeno de los contratos en masa.

## **2.1. De las clases de ofertas según el Código de Comercio.**

Dentro de lo estatuido por la legislación mercantil, se tiene que entre los artículos 845 y 863 se agota la regulación de la *oferta*; regulación que por tratarse de una institución propia del derecho privado debe integrarse con el derecho administrativo para lograr una regulación armónica de la misma, claro está con las excepciones que le imponga la regulación especial del derecho público en esta materia.

Ahora bien, a la luz de la normativa, se tiene que las ofertas pueden ser *escritas, telefónicas y verbales*; lo anterior resulta de la lectura armónica de los artículos 850 y 851 del Código de Comercio. La clasificación legal tiene un valor interesante en relación directa con su perfeccionamiento; así, con sobrada razón se ha insistido en que dado el papel que cumple *actualmente* la oferta en el tráfico mercantil, la determinación del momento en que se reputa *perfeccionada* es, igualmente, de sensible interés para la conservación de la certidumbre jurídica.

En consonancia con lo afirmado, bastará hacer precisión en ciertos puntos, a saber: las ofertas y su formulación entre presentes y ausentes. “Se entiende realizada entre presentes una oferta, cuando se hace personalmente al destinatario o a un representante suyo con facultades para aceptarla o rechazarla. Las ofertas hechas por teléfono son ofertas entre presentes” (Valencia Zea, 1990, p. 99). Entonces, cuando se formulen ofertas entre presentes, mediando un ejercicio sano de hermenéutica jurídica, débase aplicar, para efectos de su aceptación, el precepto que reza ‘*en el acto de oírse*’; es decir, a la formulación debe acompañarse la respuesta del receptor, bien aceptándola ora rechazándola; no sobra puntualizar que, por ministerio de la ley, la oferta por teléfono se tiene por acto *entre presentes*.

Ahora bien, en lo que respecta a las ofertas realizadas por escrito, la norma prefijó un término a atender; sin embargo, al establecer dos plazos para contestar, dejó librado uno de los tales a un posible equívoco, puesto que, de un lado, la oferta formulada por escrito, cuyo destinatario reside en el mismo lugar que el oferente, debe ser contestada *expresa* o *tácitamente* dentro de los seis días siguientes a la fecha en que se tenga conocimiento de la misma.

En cuanto al plazo para dar respuesta siendo de domicilios diferentes el oferente y el destinatario, la ley optó por '*el término de la distancia*' sumado a los seis días del caso anterior; de lo que resulta la necesidad de su determinación, pues, el estado de la tecnología en la década de los setentas difiere mucho del actual; ya que a no dudarlo, las telecomunicaciones han dado al traste con las barreras vistas desde la distancia. En tono con este asunto, bueno es tener presente que el artículo 852 del Código de Comercio, expresa que este término dependerá del medio de comunicación utilizado.

En atención a la ambigüedad de este precepto, habidas las consideraciones relativas a la tecnología actual, el profesor Suescún Melo (Suescún Melo, 2005, p. 92), expresa lo siguiente:

[...] el término de la distancia es una noción obsoleta por los progresos de los transportes y los medio de comunicación. Tal noción había desaparecido de nuestra legislación procesal, pero el Código de Comercio la revivió sin precisar el lapso que se entiende necesario para recorrer una cierta distancia, lo que al criterio del juez la determinación del tiempo razonable.

Sobre el particular, el envío de mensajes de datos, ora vía telefonía celular, ora vía email, la Ley 527 de 1999 reguló su término; empero, merece citar el estudio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, a saber:

[...] para entender que una oferta fue recibida, se debe sumar, según el medio de comunicación elegido, el término de la distancia –C. Co., art. 852-. A este respecto, se debe tener presente que lo enviado se conserva en el patrimonio del remitente, hasta que no se produzca su entrega real al destinatario –C. Co., arts. 916 y 929-. Y, la Ley 527 de 1999 dispone que la recepción de un mensaje de datos tiene lugar, no en el momento del envío por el iniciador, sino cuando ingrese en el sistema designado por el destinatario para su recepción –art. 24 lit. a-. (...). (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-096 de 2001).

## **2.2. De las clases de ofertas estudiadas por la doctrina.**

Desde la doctrina, los estudios no son pocos y sus enfoques son bien disímiles. Así pues, siguiendo de cerca la teoría de la formación contractual, el doctrinante Arturo Alessandri en curso de Derecho Civil Profundizado y Comparado, enseñó que la oferta puede ser: 1. Expresa o Tácita; y 2. Determinada o Indeterminada.

### **2.2.1. Oferta ‘expresa o tácita’**

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, *la oferta* es normalmente *expresa*; en ese sentido, “es tal la que se hace mediante el lenguaje hablado, escrito o mímico, sea personalmente o por representante, mandatario, intérprete, etc.” (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 89). Ordinariamente, las *ofertas* precisan de la exteriorización del oferente, de otro modo no se podrían llegar a conocer por su o sus destinatarios; con todo, en algún momento, la doctrina civil –muy autorizada, sin duda– expuso (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 89):



Es tácita la que se induce de ciertos hechos que revelan en su autor la intención inequívoca de celebrar un contrato. Son ofertas tácitas: el estacionamiento y la circulación de vehículos del servicio público en las calles y las plazas; la exhibición de una mercadería en la vidriera o escaparate de un almacén con una etiqueta anunciando el precio; el hecho de colocar a disposición del público un aparato automático acondicionado para distribuir determinados productos o mercaderías mediante la introducción de una moneda metálica.

No obstante, lo expuesto por el maestro Arturo Alessandri, resiste la discusión académica, toda vez que se ha expresado –y no sin razón– que, “con la oferta no debe confundirse la mera invitación a formularla. Así, una lista de precios no indica la cantidad de mercancías que puede despachar el vendedor” (Valencia Zea, 1990, p. 98); además, con respeto, puede objetársele a Alessandri Rodríguez su concepto de ofertas tácitas revelado en la cotidianidad del tráfico mercantil.

### **2.2.2. Oferta ‘determinada o indeterminada’**

Hablar de oferta determinada o indeterminada, no parece ser lo apropiado; sin embargo así se trabajó por algún sector importante de la doctrina. Parece ser lo correcto hablar de ‘ofertas a personas determinadas e indeterminadas’; así es abordado el tema en Colombia, por Jorge Suescún Melo en su muy valioso estudio dedicado a la oferta y su aceptación.

Lejos de las precisiones semánticas, lo cierto es que, ya desde la segunda mitad del Siglo XX se hablaba de las ofertas dirigidas a un sujeto particular y a uno no particularizado. La *oferta* es determinada “cuando se dirige a una persona individualizada, sea o no conocida del proponente. Constituye el caso normal. Esta oferta solo puede ser aprovechada por la persona a quien va dirigida” (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 89). De lo dicho resulta que, un

*sujeto* puede ofertar a una o varias personas, esto es, a un receptor determinado; lo contrario será una *oferta al público* u *oferta pública*.

Para Arturo Alessandri (Alessandri Rodríguez, 2011, p. 89) esta clase de “oferta se hace ordinariamente por avisos publicados en los diarios, por carteles, circulares, catálogos, notas de precios corrientes o prospectos distribuidos en la vía pública o dirigidos a domicilio, por etiquetas puestas en las mercaderías, por gritos proferidos en las calles o en la puerta del respectivo almacén”. En Colombia, Suescún Melo señala: “La oferta al público suele hacerse a través de avisos en los diarios o a través de publicidad en los medios de comunicación, o bien con manifestaciones en carteleras o muros o muestras en vitrinas o en exposiciones similares” (Suescún Melo, 2005, p. 85).

Por oferta pública debe entenderse aquella que es dirigida a toda persona que pudiera llegar a interesarse, o sea, *in incertan personam*, expresión que traducida al castellano querría decir: ‘*a incierta persona*’; no obstante, para recibir el calificativo de oferta ‘*valida*’ deberá ajustarse a la imprescindible condición de contener los elementos esenciales del contrato de que trata el negocio. Es más, como nota distintiva de vital interés, se tiene que, la *oferta pública* no será revocable libremente, so pena de generar las acciones que por responsabilidad precontractual sean procedentes.

### **3. De la oferta pública**

En tratándose de la oferta, como la declaración *recepticia* de voluntad que formula el interesado a la Administración y que se somete a la condición de que una vez aceptada se perfeccionará el futuro contrato, fuerza decir que, al igual que sucede con cualquier declaración de voluntad, se debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos. En consecuencia, cuando una oferta adolece de algún requisito de existencia

y/o validez sobrepasa el límite de la *subsanabilidad* para entrar en el terreno de la ineficacia de la misma.

En este orden, en la oferta se pueden diferenciar dos tipos de requisitos y documentos: los referidos al proponente –*caracterizados generalmente por ser de simple verificación*– y los referidos a la oferta –*que constituyen los criterios de asignación de puntaje o que tienen que ver con el negocio jurídico a celebrar*–, lo cual no significa que los primeros no puedan ser tenidos en cuenta por el legislador o la entidad contratante para otorgarles un puntaje específico e incluso como un factor determinante para resolver un empate, ya que ello no depende del tipo de requisito o documento, sino de la modalidad de selección y el valor o peso específico que el legislador y la entidad le hayan querido dar a dicho requisito.

No se debe perder de vista que lo más importante para la Administración Pública es la selección objetiva del contratista que va a satisfacer sus necesidades, pues se trata de una regla de conducta de la actividad contractual y, en ese sentido, debe procurar por escoger la mejor oferta en términos de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades y desprovista de cualquier consideración de tipo subjetivo. Esto es, se considera objetiva la escogencia de la oferta si cualquier otra persona, aplicando la legislación y el reglamento, hubiese arribado a la misma conclusión respecto de los ofrecimientos seleccionados.

En este orden de ideas, conviene precisar que la diferencia entre los requisitos y documentos referidos al proponente de los referidos a la oferta no descansa sobre si son susceptibles de asignación de puntaje o no, pues ello dependerá, en cada caso, de la entidad contratante, de la modalidad de contratación y de su sujeción a las prescripciones legales.

El desarrollo de una interpretación conceptual rigurosa, puede establecer con claridad los límites diferenciadores entre unos y otros, sin consideración al valor que en los criterios de selección le hayan podido dar los pliegos de condiciones.

### 3.1. La oferta en relación con sus efectos

Definida la oferta como un negocio jurídico *per se*, tiene implícita la generación de unos determinados efectos o consecuencias, y en ese sentido, es conveniente precisar cuáles son los principales efectos *jurídico-económicos* que se derivan de esta institución *sui generis*; así pues, debe precisarse que, *la oferta es tal*, solo después de su presentación, puesto que el diseño del ofrecimiento sin su respectiva comunicación, carece de aptitud para dar lugar a un contrato.

Ahora bien, la ley no distingue momento alguno para la presentación de ofertas, tratándose de asuntos civiles –entiéndase particulares– ; empero, no sucede otro tanto cuando se está frente una *oferta pública*; entendida esta, como aquella *oferta* que ha sido la consecuencia de una invitación a contratar formulada por una entidad del Estado. Para esta clase de situaciones, la generación –o más bien, la validez– de las consecuencias, está precisada por la *temporalidad* de la presentación, vale decir, el tiempo determina en buena medida, el surgimiento de consecuencias; o sea, cualquier retardo se hace intolerable, en el momento de llegarse a conocer los ofrecimientos de los pretendientes contratistas del Estado.

Lo anterior es justificable en atención al establecimiento de plazos perentorios que privilegian la “primacía del principio de igualdad en el trato por encima del principio de concurrencia” (Cassagne, 2014, p. 995); con lo que se guarda mucha similitud con el procedimiento judicial, “en tanto y en cuanto no resulta posible otorgar facilidades o elasticidades a alguno de los concursantes, sin lesionar el principio de igualdad”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Procuraduría del Tesoro de la Nación Dictámenes 213:147. Expediente 069-000905/95 10 de mayo de 1995. Dirección General de Información Jurídica y Extensión (DGIJE) de la Procuración General CABA. Carta Noticias. Año 2 - número 15 – 18 de mayo de 2014.

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Entonces, existiendo oferta, la consecuencia natural es que surja su efecto jurídico, a saber: su obligatoriedad. Así pues, lejos de la discusión y sin tomar parte en ella, lo importante es el grado de sujeción que pesa sobre el declarante en relación con su destinatario, toda vez que no se entre a determinar si es o no una tradicional obligación, sino que la misma debe ser sólida –jurídicamente hablando–, es decir, que se dote de seguridad a esta clase de actuaciones unilaterales que son frecuentes en el tráfico jurídico mercantil.

En lo que respecta a la oferta pública, de ésta se predica la seriedad de los ofrecimientos, lo que lleva implícito el consecuente efecto de la *irrevocabilidad* y el deber jurídico de no mejorarla. Tanto la una como la otra son consecuencias jurídicas que no pueden considerarse como absolutas.

En tratándose de la irrevocabilidad de las ofertas, es dable afirmar que generalmente, el declarante no puede dejarla sin efecto hasta tanto no venza el plazo durante el cual fue otorgada, o medie su aceptación o su desestimación, lo cual no puede ser un criterio de carácter absoluto, ya que en la medida que se fueron estrechando las discrepancias entre las tesis francesas y alemanas, la doctrina moderna ha aceptado que puedan presentarse circunstancias que –sin atentar con la seriedad que se debe predicar de la oferta, en tanto no se trata de un simple capricho del declarante para no perfeccionar el contrato– puedan constituir una justa causa para permitir la revocatoria de la misma, como podría suceder en caso de sobrevenir inhabilidades sobre el oferente, caso en el que no es procedente hacer efectiva la garantía que ampare la seriedad de los ofrecimientos, por no ser imputables al declarante las razones por las que no se llegó a la firma del contrato.

Así mismo, el no mejoramiento de las ofertas constituye, en principio, un deber inquebrantable que debe respetar el declarante, en desarrollo del principio de igualdad contractual, pero si los aspectos que el declarante procura mejorar no representan una ventaja competitiva frente a los demás oferentes, tal modificación tiene toda la vocación de

prosperidad por reportar beneficio exclusivamente al destinatario de la oferta, salvo que éste no acepte que se incorporen este tipo de modificaciones.

### **3.2. La oferta pública en relación con sus requisitos.**

En este acápite se estudiarán los requisitos de las ofertas, sin importar si los mismos son considerados por la entidad contratante o por el legislador como criterios para la asignación de puntaje en un determinado proceso de selección. En consecuencia, desprovistos de todo esto, en un análisis estricto y puro, las ofertas contienen aspectos relacionados con el ofertante y aspectos relativos al negocio jurídico que se quiere celebrar, tal como se explica a continuación:

#### **3.2.1. Requisitos y documentos referidos al proponente.**

Los requisitos y documentos referidos al proponente son los que se predicen del futuro contratista, por ser una condición propia que pertenece y cualifica al sujeto que presenta los ofrecimientos ante la Administración Pública, los cuales pueden estar previstos por el legislador o pueden ser incorporados por las entidades contratantes en sus pliegos de condiciones; en ambos casos, su exigencia debe hacerse de manera razonada, esto es, adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

Existen requisitos y documentos referidos al proponente que se encuentran claramente nominados como tal en normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y otros que –si bien no se encuentran claramente tipificados en esas disposiciones normativas– encuentran su fundamento en otro tipo de normas y pertenecen a

esta categoría porque, al igual que los primeros, se predicán de los oferentes o empresarios que aspiran a contratar con el Estado.

Dentro del primer grupo se encuentran la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, los cuales se indican de manera clara y precisa en el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En el segundo grupo, en algunos casos en normas más dispersas a las de la contratación pública, pero igualmente imputables al proponente encontramos: a) la acreditación de encontrarse al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, en los casos que corresponda b) las convocatorias limitadas a Mipymes; c) la preferencia en caso de empate para las Mipymes nacionales; d) la preferencia en los procesos de selección para quienes tengan en sus nóminas personas con limitación.

Sin desconocer que la facultad con que cuenta la Administración Pública para exigir requisitos y documentos referidos al proponente es bastante limitada, existen condiciones propias del ofertante que pueden ser solicitadas por las entidades contratantes en sus pliegos de condiciones que, per se, no aparejan irregularidad alguna; sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo legislador posibilitó su inclusión cuando en el numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 estatuyó: “(...) No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa. (...)”. (Sic.).

Lo cierto es que cuando se incorporan condiciones del proponente adicionales a las expresamente dispuestas por el legislador, se requiere también de una justificación adicional – que no puede ser distinta a la búsqueda por salvaguardar la debida ejecución del objeto contractual, enmarcada en la satisfacción de los fines de la Contratación Estatal– cuya

verificación deberá realizarse de forma directa por las entidades contratantes, toda vez que solo los requisitos del proponente previstos taxativamente en la ley son los que son objeto de registro en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como corolario de lo expuesto se tiene la exigencia de la Capacidad técnica del oferente que, de exigirse conforme lo hace la Cámara de Comercio Colombiana, su verificación debe efectuarse con el respectivo certificado; de lo contrario, se deberán señalar en los pliegos de condiciones los criterios a que se someterá para la verificación directa por parte de la contratante. Lo mismo sucede con la exigencia de certificaciones del sistema de gestión de calidad, las cuales se reputan de los oferentes y no pueden ser objeto de calificación, ni establecerse como documento habilitante en licitaciones o concursos, pero perfectamente válidas en las demás modalidades de selección.

De manera que, las entidades estatales podrán exigir requisitos adicionales a los expresamente dispuestos en la ley, relativos a quien realiza los ofrecimientos, siempre que procuren asegurar el cumplimiento del objeto a contratar, a desatar un conflicto de inhabilidades e incompatibilidades por vacíos normativos y, en general, siempre que cuenten con una adecuada justificación y se hagan de manera razonada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

### **3.2.2. Requisitos y documentos referidos a la oferta.**

Los requisitos y documentos referidos a la oferta son los que guardan relación directa con las condiciones que rodean el negocio jurídico a celebrar, como el objeto, su contraprestación y las condiciones de tiempo, modo y lugar como deban desarrollarse las prestaciones recíprocas, así como todos aquellos requisitos a los que, sin perjuicio de las



cualidades subjetivas del ofertante, deba sujetarse la oferta para la adecuada satisfacción de los propósitos de la Administración.

A diferencia de lo que ocurre con los requisitos y documentos referidos al proponente – donde abundan los previstos por el legislador y se restringen los exigidos por la Administración Pública– en los requisitos y documentos referidos a la oferta la regla es a la inversa, pues las entidades contratantes gozan de mayor libertad que el legislador, toda vez que son ellas las que pueden incorporar este tipo de exigencias en los pliegos de condiciones, atendiendo la complejidad del objeto a contratar y las propias del negocio jurídico. En todo caso, con la limitación de hacerlo de manera proporcional y razonada, acorde a los principios en que se inspira la Contratación Estatal.

Como quiera que las exigencias pertenecientes a la oferta propiamente dicha lo que buscan es satisfacer las necesidades de la entidad, su incorporación debe estar fundamentada técnica y económicamente, incluso desde los mismos estudios y documentos previos, etapa en la que la contratante señala los criterios para escoger la oferta que le sea más favorable.

Esta clase de requisitos son, por antonomasia, los que marcan el contenido obligacional del futuro contratista, ya que por ser requerimientos directamente ligados con el objeto contractual son los llamados a cumplirse durante la etapa de ejecución del contrato para satisfacer las necesidades públicas.

Dentro de la categoría de requisitos y documentos referidos a la oferta dispuestos por las entidades se destacan, a título enunciativo, los siguientes:

- El sometimiento a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones y al presupuesto oficial. Constituye el límite en el que deben moverse los oferentes, tanto en lo técnico como en lo económico, bajo el entendido que se procura cumplir con las condiciones de calidad de la obra, bien o servicio requerido, sin desbordar la disponibilidad de recursos con que cuenta la entidad para satisfacer su necesidad.

Lo anterior no puede interpretarse como una prohibición a la facultad del proponente para presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas a las solicitadas por la Administración, las cuales serán procedentes pero demandan una regulación específica en las bases de contratación para evitar que se conviertan en condicionamientos para su adjudicación. En este sentido, “(...) la manera de regular esta norma de la Ley 80 es incorporando una cláusula relativa a "propuestas alternativas", en donde las reglas para considerar una propuesta de esta naturaleza sean, en primer lugar, que se presente la propuesta básica que reúna todos los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones; en segundo lugar, que para considerar la propuesta alternativa se haya obtenido el primer orden de elegibilidad y, finalmente, que la entidad estatal tenga la discrecionalidad de estudiar la alternativa técnica, sin estar obligada a aceptarla, sólo cuando se encuentre la conveniencia del ofrecimiento. Como regla para el estudio de la propuesta alternativa, la misma en ningún caso podrá exceder el valor del presupuesto oficial establecido en los pliegos de condiciones”. (Sic.) (Matallana Camacho, 2013, p. 621)

Aunque se comparte casi en su totalidad la cita del Doctor Ernesto Matallana, se disiente en el aparte referido a que la propuesta alternativa en ningún caso podrá exceder el valor del presupuesto oficial indicado, puesto que habrán eventos que como consecuencia de mejorar las condiciones técnicas el valor se incremente por razones apenas obvias. En este caso, la entidad deberá escoger entre si se queda con la propuesta inicial o si considera la alternativa, en cuyo caso deberá adicionar la disponibilidad presupuestal inicialmente emitida.

De manera que el valor de los ofrecimientos hechos opera, en algunos casos, como requisito de mera verificación –como en el concurso de méritos– y, en otros, como requisito de calificación bien sea asignándole la mayor puntuación al oferente que ofrezca el menor valor ora mediante fórmulas matemáticas que permitan asignarla de manera proporcional al precio ofrecido.

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

En los Concursos de méritos, el valor ofrecido no puede ser sujeto de asignación de puntaje y solo puede ser sujeto de verificación al momento de revisar su consistencia y coherencia con la propuesta técnica; en cambio en la licitación o en la selección abreviada de menor cuantía opera como requisito de calificación, bien sea asignándole la mayor puntuación al oferente que ofrezca el menor valor ora mediante fórmulas matemáticas que permitan asignarla de manera proporcional al precio ofrecido.

Adicionalmente, existen casos en los que no se otorga puntaje por el valor ofrecido, pero éste resulta ser determinante para definir al proponente ganador, tal como sucede con la selección abreviada de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización o en los procesos de mínima cuantía, donde basta con haber hecho los ofrecimientos de menor valor para obtener la calidad de adjudicatario, siempre que se haya cumplido con los requisitos mínimos de habilitación, verificados antes o después de los ofrecimientos económicos, según el caso.

- Las características técnicas del objeto contractual. Son las circunstancias de tiempo, modo y lugar con las que debe cumplirse el futuro contrato. Estas circunstancias varían si se trata de una obra, bien o servicio:

En tratándose de obras y bienes el condicionamiento de la oferta se refiere a los procedimientos de tipo constructivo, materiales o las especificaciones técnicas del bien a suministrar. Por su parte, cuando de servicios se trata, la oferta deberá sujetarse a las condiciones de idoneidad del personal que la entidad requiere para el cumplimiento del contrato, su formación académica, experiencia, dedicación, etc.

En ambos casos, dependiendo de las consideraciones de la entidad contratante para satisfacer sus necesidades, estos requisitos pueden ser sujetos a verificación o a calificación.

En una misma modalidad de selección las especificaciones técnicas del bien o de la obra pueden establecerse como requisito habilitante, esto es, de cumple o no cumple, o como

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

requisito de ponderación como cuando conjuntamente con la parte económica se le otorga puntaje a los ofrecimientos que representen la mejor relación de costo-beneficio. Así mismo, las condiciones del personal propuesto pueden ser tenidas en cuenta como requisito de habilitación o recibir una puntuación específica en virtud de su formación académica y/o profesional o como consecuencia de la experiencia acreditada, etc.

Vale la pena precisar que los requisitos y documentos referidos a la oferta dispuestos por las entidades, pueden ser tenidos en cuenta en las bases de contratación como factor de desempate o ser contemplados, a su vez, como requisito de verificación o de calificación y, luego, como criterio para definir el adjudicatario en caso de existir varios oferentes en el primer orden de elegibilidad.

Es claro que son las entidades contratantes las que gozan de mayor libertad para establecer los requisitos y documentos referidos a la oferta; sin embargo existen casos a los que el constituyente y el legislador les ha dado una protección especial, como cuando expide normas para proteger la industria nacional, a las personas con algún grado de limitación e incluso los intereses superiores del Estado y sus recursos.

A diferencia de lo que sucede directamente con la subsanabilidad de las ofertas, La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- emitió la Circular Externa No. 17 del 11 de febrero de 2015, mediante la cual instruye a las entidades estatales sobre el manejo que le deben dar a ciertos temas que usualmente generan discusión en torno a los documentos que son presentados por los oferentes en los procesos de contratación, tales como: apostilla y consularización, la presunción de autenticidad, valor probatorio de las copias, documentos en poder de las entidades y en idioma extranjero; aspectos éstos sobre los que existe una instrucción clara y precisa por parte del ente rector del sistema de compras y contratación pública (Colombia Compra Eficiente, Circular Externa No. 17 de 11 de febrero de 2015).

En materia de subsanabilidad, se está en mora de emitir instrucciones que solucionen el problema de los requisitos y documentos que pueden ser subsanados, pero no de manera limitada y casuística como se hizo con la Circular Externa No. 13 del 13 de junio de 2014, la cual solo se refirió a la subsanación de algunos casos de requisitos y documentos que no otorgan puntaje (Colombia Compra Eficiente, Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014).

#### **4. Una aproximación a la subsanabilidad de las ofertas**

A pesar de ser este, un acápite, resorte de una próxima entrega, no sobra dedicarle unas líneas toda vez que la médula de este escrito sea precisamente, un planteo en cuanto a la necesidad de formular de manera coherente, una regla o unas reglas de subsanabilidad que, permitan una adecuada interpretación de las zonas de indeterminación en lo relacionado con los errores en las ofertas.

Así pues, en torno a lo que es y no es subsanable en materia de contratación, se ha visto cómo desde hace un par de décadas –desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993–, han aflorado dogmas y mitos que favorecen la primacía de la formalidad en detrimento de lo sustancial, del fondo, de la función misma del contrato. En este orden de apreciaciones, principios de gran valía, como la *libertad de concurrencia*; o de la *igualdad de los oferentes*, pueden verse preteridos.

Según la doctrina nacional autorizada (Vidal Perdomo, 2005, p. 325), estos axiomas se entienden en los siguientes términos:

*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.

Dado el gran movimiento económico que suscitan los contratos del Estado y que ramas profesionales y sectores de negocios viven en buen parte de esas posibilidades, se puede conectar este principio con el de la libertad de industria y comercio que consagra el artículo 333 de la Constitución. [...]

*Principio de igualdad de los oferentes.* Él implica que no exista ninguna preferencia y que se elija a quien haga las mejores ofertas. Como consecuencia de ese principio y del “trato igualitario” que de él se desprende, se consideran como derecho de los licitadores (y no licitantes, que son las entidades), entre otros: que sus ofertas sean tenidas en cuenta, el respeto de los plazos, y de las normas de procedimiento, la inalterabilidad de los pliegos de condiciones, el secreto de la oferta hasta la apertura de los sobres, el acceso a las actuaciones administrativas, el tomar conocimiento de las otras propuestas después de la apertura de las urnas, el que se indiquen las deficiencias subsanables, y la participación en la licitación que se abra ante el fracaso de una anterior. [...].

Llama la atención que, precisamente, el deber de la entidad de ‘señalar las deficiencias subsanables’ es lo que sirve de fundamento al autor de estas líneas, a hacer un llamado desde la academia, a las medidas arbitrarias, cuando no contradictorias, en lo que a subsanación se refiere, evidenciadas en los múltiples casos objeto de los pronunciamientos jurisprudenciales, referidos en el segundo capítulo de este trabajo de investigación. Y es que, las más de las veces, en procura de la protección del proceso de selección y atendiendo la igualdad de los oferentes, etc., es que se puede obrar en contravía del espíritu mismo de la función pública; pues al no existir un concepto claro respecto a la subsanabilidad de las ofertas, se da al traste con la sana competencia y la moralidad que reviste al Contrato Estatal en virtud de su particular función, lo que se explica mas adelante al revisar los recientes fallos contradictorios

del Consejo de Estado Colombiano Subsección C y A radicaciones 27.986 y 29.855 respectivamente.

Debe aclararse, por demás, que no se abordará el estudio de aquellos contratos de la Administración que no se encuentran precedidos de un proceso de selección, pues “La Administración actúa no solamente por medio de órdenes o imposiciones a los ciudadanos, sino mediante convenios en que se obliga en la misma forma en que lo hacen los particulares: son los contratos de la Administración” (Vidal Perdomo, 2005, p. 303). Ahora bien, para que un contrato administrativo llegue a la etapa de suscripción, debe recorrer un camino más intrincado que el de los contratos particulares; habidas cuenta de la importancia de proteger el erario público, las formalidades son más necesarias aún.

En atención a que la contratación pública es de interés general, se justifican las variaciones que existen entre la *oferta pública* y la *oferta privada*. Atrás se vio cómo las *ofertas* son irrevocables (Ver 1.1.2); no obstante, en el terreno del contrato administrativo, rige –como generalidad– “la inmodificabilidad de la oferta” (Cassagne, 2014, p. 1007). Siguiendo de cerca al profesor Osvaldo Siseles ‘La Oferta’, en Tratado General de los Contratos Públicos, dirigido por Cassagne, se tiene:

*“Ese principio no es derogado por la circunstancia que se acepte que en casos excepcionales, se puedan subsanar las deficiencias que pueda presentar una oferta. La aceptación de la posibilidad de subsanar alguna deficiencia encuentra su razón de ser en salvaguardar el principio de la concurrencia y posibilitar que el organismo contratante tenga a su disposición y para su evaluación el mayor número de ofertas posibles. El art. 17 del dec. 1023/2001 regula el trámite de subsanación de una oferta imponiendo límites precisos tales como que la subsanación debe estar referida a deficiencias insustanciales no pudiendo alterar los principios básicos que rigen el*

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

*procedimiento de selección tales como la igualdad y transparencia consagrados en el art. 3° del mismo decreto”.* (Cassagne, 2014, p. 1007)

Lo anterior, aunque se apoya en normas del ordenamiento jurídico Argentino, es igualmente aplicable en la legislación colombiana; no obstante, el *quid* de este tema en el ordenamiento jurídico interno, no se tiene tan claro, de suerte que, persista a la fecha una zona de indeterminación de la que hacen uso las entidades, rechazando ofertas que, en el fondo proveían mayores ventajas al bienestar general, pero que, merced de una formalidad fueron desestimadas.

Es por ello que, amén de ser un negocio jurídico, la *oferta*, en derecho público, precisa de una regulación más detallada en el tema de la subsanación de los requisitos que deben acreditarse para poder hacer postura en los procesos de selección.

Recordando a Albert Einstein: “¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un perjuicio(...)”. La academia carga a costas el deber de dar un salto adelante y dar por finiquito este paradigma. Pues este es, precisamente, el caso de la *subsanabilidad*, que como dice (Beltrán Pardo, 2014):

[...] en materia contractual, ha tenido una evolución interesante, gracias a la reforma introducida por la Ley 1150 del 2007 y a los enriquecedores pronunciamientos del Consejo de Estado que sobre el particular ha impartido lineamientos acerca de la manera en que dicha ley –esta sí formal– debe ser aplicada por los operadores jurídicos de la contratación, que han comenzado a concientizarlos sobre la importancia de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, tal como lo he venido sosteniendo años atrás.

Con todo, el tema de la subsanabilidad, su importancia, el valor de los principios que se relacionan en materia contractual y los pronunciamientos del Consejo de Estado –algunos muy esclarecedores, por cierto– serán del resorte del siguiente capítulo en el que la lente



***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

variará, como quiera que las líneas anteriores pecaran de *iusprivatistas* y en razón de ello, no se profundizara en la subsanación como herramienta para la corrección de deficiencias, sino que, se limitara a la teoría del negocio jurídico, denominado *oferta*.

**CONTRACT**

*This Contract is entered into by and between  
The term of this Agreement shall begin on  
termination date of*

*This Contract may not be modified in any  
Parties. This Contract shall be governed by  
laws and shall be subject to the jurisdiction of  
the courts of the State of*



## CAPÍTULO II

### La oferta y los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública

#### 1. Principios Fundamentales de la contratación administrativa aplicables a la subsanabilidad de las ofertas

Sin profundizar en detalles de orden filosófico, es conveniente precisar lo que se entiende por *principio*, el cual si bien puede tener varias acepciones (Atienza & Ruíz Manero, 2001, p. 103), se debe diferenciar conceptualmente de lo que se concibe como *regla*, lo que implica remontarnos a la antigua *Tesis de la Conformidad*, según la cual no existían diferencias de ninguna índole entre reglas y principios (Hernández Marín, 2002, p. 109), lo cual entra en discusión con el debate Dworkin–Hart, este último para muchos el mejor representante del *positivismo jurídico* (Carrió, 1981, p. 99), pero para otros es solo considerado partidario del *positivismo jurídico como enfoque metodológico* (Carrió, 1981, p. 100).

Cuando Ronald Dworkin escoge el *concepto de derecho* de Hart (Hart, 1992, p. 261) para lanzar sus críticas –*Hart entendía el derecho como un conjunto de reglas y Dworkin como un conjunto de principios*–, desencadenando un maremágnum de debate y discusión que permitió mostrar las primeras diferencias entre *reglas y principios*, inicialmente solo de grado –*con la denominada Tesis Débil de la Separación* (Comanducci, 2005, pp. 89-102)– y luego de tipo cualitativo –*con la Tesis Fuerte de la Separación* (Dworkin, 1984)– lo que termina siendo decantado por Robert Alexy al considerar que “*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*” (Yong Serrano,

2013, p. 38). En cambio, “*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*” (Alexy, 1993, p. 242)

Aclarado lo anterior, sin que ello implique que el debate sobre diferencias entre *reglas* y *principios* se encuentre cerrado, es conveniente que este estudio se aterrice en torno a que existen una *reglas de subsanabilidad* que deben cumplirse de manera obligatoria, tal como se ha explicado, pero que ellas encuentran su sustento en unos *principios básicos* que la subyacen y que deben ser desarrollados en la medida de lo posible, según la tensión que se produzca entre ellos mismos de acuerdo con las condiciones jurídicas y fácticas de cada caso en particular.

Los principios que gobiernan los contratos de las entidades estatales están denominados doctrinariamente como la *zona común de la contratación pública* (Santos Rodríguez, 2009, p. 18), en tanto se aplican a los dos extremos de la relación jurídico contractual, a todas las modalidades de selección, a cualquier tipología contractual, a todas las etapas del contrato y a cualquier régimen jurídico de contratación. En consecuencia, la oferta y sus *reglas de subsanabilidad* no son la excepción, por lo que están inmersas en el radio axiológico y regulatorio de los principios que inspiran y dan sustento a la Contratación Estatal.

En Colombia, según se encuentra en la doctrina, los principios básicos de la contratación administrativa, en sentido estricto, son veintiuno (21): legalidad, igualdad, libre concurrencia, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad administrativa, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, libertad de empresa, debido proceso, planeación y presupuestación, contradicción, prevalencia del interés general, participación y control ciudadano, equidad y valoración de costos ambientales (Atehortúa, Hernández, & Ospina, 2010, p. 79).

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

En sentido lato, otros autores se refieren a los principios de la contratación ubicándolos en *grandes bloques* (Expósito Vélez, 2003, p. 536 y sigs), pudiéndose hacer mención de: i) los propios de la función administrativa, con fundamento normativo en la Constitución Política de 1991 (art. 209 C. Pol.), en la Ley 489 de 1998 y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ii) y los específicos de la Contratación Estatal, que son los que se encuentran mencionados o regulados a través de expresiones o manifestaciones a lo largo del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual no lo constituye solamente la Ley 80 de 1993, sino la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, el Decreto Ley 019 de 2012, Decreto 1082 de 2015 y las demás normas que lo adicionan, modifican y complementan.

Por tratarse de un proceso regulado, estos principios interactúan en todas las etapas o fases de formación de la voluntad de la Administración en la contratación pública, donde se involucran actos administrativos, hechos, simples actos, la decisión de contratar, la selección del cocontratante, el perfeccionamiento del contrato (Farrando, et al., 2002, p. 41) y donde se pueden diferenciar, según explica Escola, dos etapas: la primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación (...). La segunda, que atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del contratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato. (Escola, 1977, p. 287).

De una u otra forma, bien sea en sentido estricto ora en sentido lato, más que enlistar de manera taxativa los principios que regulan la Contratación Estatal, lo importante es no perder de vista que cuando se estudian lo que se busca con ellos es cumplir con los fines esenciales del Estado (Suárez Tamayo, 2010, p. 37) y, en el caso del presente estudio, es

analizar aquellos principios que tienen mayor incidencia frente a las reglas de subsanabilidad de las ofertas.

En este orden de ideas, se abordará el estudio de los principios, profundizando en aquellos que por estar especialmente ligados con la subsanabilidad de las ofertas, constituyen el objeto sobre el que se hizo la presente investigación, en virtud de su conexidad e incidencia con el tema de investigación. En consecuencia, se examinarán sin establecer grados de jerarquía, la forma como se integran los principios de *igualdad* y *conurrencia* para luego emprender el tratamiento del principio de *prevalencia de lo sustancial sobre lo formal*.

### **1.1. Igualdad y conurrencia.**

Las entidades estatales escogen a sus contratistas a través de procedimientos de selección que no surgen de manera implícita, sino que vienen preestablecidos en las leyes y en los reglamentos administrativos, pues se encuentran aquilatados por principios generales del derecho como el de *igualdad* y *conurrencia* que, junto con el de *publicidad* y *transparencia*, le sirven de sustento. Estos últimos denominados por Gordillo, dentro de su orden jerárquico de las normas y principios jurídicos, como *supraconstitucionales* (Gordillo, 2014, p. 478).

Para algunos autores el principio de *conurrencia* goza de una mayor jerarquía, a otrora de quienes con una posición menos formalista consideran que el de *igualdad* debe acatarse tanto en el acceso a la contratación administrativa (Cassagne, 1987, p. 98 y sigs), como durante la ejecución del contrato (Gambier, 1998, p. 937); y es que como se plantea, más allá de establecer una jerarquización de principios jurídicos, se pretende develar la forma como confluyen al momento de valorar los requisitos que los oferentes han acreditado con sus ofertas, de cara a establecer si la ausencia de los mismos puede o no ser subsanada.

a) El Principio de *igualdad* tiene un raigambre constitucional, consagrado en el preámbulo y los artículos 13 y 209 de la Carta Política y se puede considerar al mismo tiempo valor, derecho y principio fundamental *que implica un trato paritario a todas las personas, salvo que existan "condiciones diversas que justifiquen un trato diferenciado para lograr la igualdad real y efectiva"* (Atehortúa, et. al, 2010, p. 84). Lo anterior, aplicado a la contratación administrativa, en especial a la subsanabilidad de la oferta, no es nada distinto a que los participantes se encuentren en la misma situación, con las mismas facilidades y dificultades que les permita confeccionar y aclarar sus ofrecimientos sin mejorarlos o sin obtener ventajas competitivas frente al otro.

Precisamente esta limitante en la aplicación del principio de igualdad es la que establece la Ley 80 de 1993 en su artículo 30 núm. 8 cuando señala que: *"Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.**"* (Sic.) (Negritas y subrayas fuera de texto).

Es menester explicar que la facultad o el derecho que tienen los oferentes a subsanar las ofertas, implica la aclaración de los requisitos del ofertante o las condiciones de la oferta, pero no, en forma alguna, su modificación o mejora, lo que quebrantaría de inmediato el tan defendido principio de igualdad.

b) El principio de *conurrencia* es el axioma que sirve de cimiento a los procesos de selección, toda vez que la libertad contractual encuentra su límite en aquellos casos donde no es posible o no resulta viable una pluralidad de oferentes V.g.: como sucede en el caso de los oferentes únicos o exclusivos.

La *libre conurrencia* se deriva directamente del principio anterior (igualdad) y además de su consagración constitucional en el artículo 13, encuentra sustento en los artículos

333 a 334 de la Constitución Política, referidos a la libertad de empresa. En consecuencia, este principio implica el derecho que tienen los interesados de participar en igualdad de oportunidades en los procesos de selección que convoquen las entidades públicas, siempre que tengan la “real posibilidad de ofrecer lo que demanda la Administración” (Atehortúa, *et. al*, 2010, p. 87). Se trata, en estricto sentido, de permitir que el mayor número de interesados puedan formular sus ofrecimientos, sin menoscabo o distorsión alguna de la competencia y las reglas del mercado.

En este orden de ideas, tanto el principio de *igualdad* como el de *conurrencia* se integran para garantizar los fines propios de los procesos de selección, esto es, la obtención de la mejor oferta, para lo cual se deben aplicar razonablemente a efectos de que cualquier controversia se resuelva a favor del principio vertebral de *conurrencia* e impidiendo que el principio de *igualdad* nos conduzca hacia un formalismo estéril o en el peor de los casos hacia el terreno de la informalidad (Gordillo, 2015, p. 727 y sigs).

## **1.2. Evolución hacia el informalismo.**

El principio de la *igualdad* es uno de los más importantes en los procesos de selección –*Cfr.* (Bercaitz, 1980, p. 323); (Marienhoff, 1983, p. 168); (Aranha Bandeira de Mello, 1978, p. 37) y (Coelho Motta, 1982, p. 60)– aunque actualmente se encuentra en crisis, probablemente por sus constantes tensiones con el de *conurrencia*, pues con frecuencia se encuentran oferentes que si bien no pueden competir en igualdad de condiciones (mercado), son muy hábiles en el arte de cumplir las banales exigencias que condicionan la admisión de las propuestas, reduciendo el objeto del proceso de selección al irracional y ciego cumplimiento de los más espurios requisitos formales (Gordillo, 2015, p. 728 y sigs).

Así las cosas, lo que el principio de *igualdad* debe asegurar es la eliminación de requisitos que restrinjan la competitividad en los procesos de selección, pero de una forma equilibrada, esto es, sin desconocer que se trata de un procedimiento formal –*lo cual no significa que la Administración deba ser “formalista”*– cada vez más llamado a desaparecer para darle paso al *informalismo* (Lopes Meirelles, 1977, p. 10 y sigs).

En la actualidad en Colombia y gran parte del mundo se ha puesto punto final al formalismo de antaño y se ha evolucionado internacionalmente hacia el informalismo (Gordillo, 2014, p. 493), privilegiando al principio de concurrencia frente a los demás, toda vez que es más importante lograr el mayor número de oferentes para que las posibilidades de comparación sean más amplias (Escola, 1977, p. 334), lo cual no significa que no deban también imponerse límites al informalismo introducido por la apertura económica de los Estados.

Se encuentra, entonces, que lo más adecuado es aplicar razonadamente los principios de *igualdad* (forma) y *concurrencia* (competitividad) sin menoscabar o frustrar el objeto del proceso de selección que es escoger la mejor oferta (Bandeira de Mello C. A., 1992, p. 13), lo que pasa es que la formalidad debe predicarse rigurosamente frente al proceso y al procedimiento y ser más laxa frente a la oferta, al punto que se garantiza la concurrencia solamente del universo de postulantes que se allanaron al procedimiento de escogencia para competir en igualdad de condiciones.

Lo anterior es concluyente (argumentativamente), si se tiene en cuenta que los interesados deben participar en condiciones de igualdad, sin ser indiferentes a las exigencias de la entidad y sujetándose forzosamente al procedimiento establecido para ello. No obstante tener el derecho que les confiere el principio de concurrencia de subsanar ulteriormente los defectos meramente formales que no constituyan ventajas competitivas en beneficio del



postulante, ni afecten la comparación objetiva o entorpezca el proceso de selección en su análisis decisorio final respecto al objeto (Gordillo, 2014, p. 517).

Lo anterior no es nada distinto al desarrollo de otro principio básico de la Contratación Estatal: el de *prevalencia de lo sustancial sobre lo formal*, el cual constituye, per se, la columna vertebral sobre la que se basan las reglas de subsanabilidad de las ofertas.

### 1.3. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.<sup>3</sup>

Por tratarse de la columna vertebral en la que se inspira la subsanabilidad de las ofertas y ante la necesidad de la selección objetiva de los contratistas, fuerza analizar de manera independiente el *Principio de Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal* que, por excelencia, es el que soporta todo el basamento para la escogencia de la oferta más favorable para la entidad y los fines que ella busca, donde, por supuesto, la subsanabilidad tiene un papel protagónico.

Esta idea democrática tiene varios frentes de aplicación, sin embargo, del análisis que mas adelante se hace de las disposiciones normativas, se tiene que es a los procesalistas a quienes primero les preocupó el tema de la *efectividad o prevalencia del derecho sustancial*. Lo anterior se justifica sobradamente puesto que en los procedimientos es donde se puede desconocer el fondo por la forma y, en ese sentido, la teleología de la sustancia se impone a lo adjetivo.

Ahora bien, si se tiene presente que para la concreción de la suscripción de un Contrato Estatal se surten diferentes etapas concatenadas, se podría entonces considerar que la selección de un contratista obedece a la estructura de un procedimiento, pues al menos así lo

---

<sup>3</sup> Ver: (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 400 de 1999), (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053 de 2001), (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-128 de 2003), (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 406 de 1992), (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 27921 A. , 2005).

define el profesor Dromi al referirse a la licitación como “*un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Por ello, es un procedimiento administrativo especial, regido por el derecho administrativo. Esa es su naturaleza jurídica*”. (Sic.) (Dromi, 2010, p. 81 y 96).

Ahora bien, aunque algunos autores prefieren diferenciar, para no confundir, el procedimiento de selección del contratista del acto jurídico formalmente bilateral, constituido por el Contrato (Fiorini, 1972, p. 19), coinciden con el amplio sector de la doctrina que considera *la contratación pública* como un procedimiento administrativo (Gordillo, 2014, pp. 478-479). En este orden, débase partir de la Carta misma para comprender el valor del principio en estudio, puesto que en su texto es que se encuentra consagrado, a saber:

**Art. 228.-** La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.

Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Es claro entonces, que reporta vital interés al Estado la atención de los aspectos legales materiales, por sobre las disposiciones de carácter adjetivo. Tanto es así que, con la Constitución de 1991 se elevó a rango Superior esta idea que ya hacía carrera con el Código de Procedimiento Civil desde 1970, pues su artículo 4º, considerado regla de oro para la interpretación de las normas procesales, era del siguiente tenor:

**Art. 4º.-** Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho

procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Es de interés tener presente que, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso el espíritu de este artículo se conservó en la nueva obra procesal, en el artículo 11, el cual es del siguiente tenor:

**Art. 11.-** Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

De la lectura de los textos citados y de la ineludible alusión que se resalta con subraya es que se deben seguir de cerca los postulados que proponen, precisamente, la prevalencia de la ley material en abierta oposición a la ley instrumental; se aclara sí, que no se está invitando a desatenderla, no, de ninguna manera; simplemente a que en sede de interpretación no se dé al procedimiento más importancia que a la solución. Traducido esto en términos de Contratación Estatal, sería restarle importancia a los requisitos formales siempre que la oferta sea provechosa para la entidad. En apoyo de lo anterior, puede pensar en el planteamiento del Dr. Cardona Galeano, quien enseña:

El artículo 228 de la Carta Magna, prescribe que “las actuaciones (judiciales) serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”. Su cabal sentido dimana de su conexión con el artículo 29 de la citada Carta, de acuerdo con el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal

competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Cardona Galeano, 2007, p. 38).

Y es que lo que no deja de ser un problema en todo ordenamiento normativo, en los asuntos administrativos se hace sentir como el que más; en efecto, “el problema de las lagunas y las antinomias es mayor que en el resto del ordenamiento jurídico no sólo por existir mayor cantidad de fuentes formales y de autoridades sujetas a su aplicación, sino por el hecho mismo de que el paso de un Estado liberal a un Estado típicamente intervencionista ha generado mayor número de relaciones Estado-asociados” (Herrera Robles, 2012, p. 56).

Por otra parte, bueno es tener presente que la jurisprudencia relacionada con la prevalencia de la sustancial no es poca, así, se ha visto que se han proferido fallos que amparan la solución de la controversia por encima del empecinamiento de algunos funcionarios; como botón de muestra, téngase el pronunciamiento de la (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 1306 de 2001):

El procedimiento no es, en principio, ni debe llegar a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos. Cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo, es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria de solución de la diferencia entre las partes. Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial. Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228 al consagrar que en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. La Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales, lo cual

implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían a la negación de los mismos.

Así las cosas, la contratación administrativa *para su configuración definitiva, es necesario recurrir previamente a la preparación de la voluntad administrativa; ella se efectúa a través de un procedimiento administrativo especial: la licitación* (Dromi, 2010, p. 24). Este carácter procedimental permite que el *Principio de la Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal* se desarrolle a plenitud y sirva de sustento al establecimiento de reglas claras para corregir errores de las ofertas.

En este orden de ideas, el *Principio de Primacía de lo Sustancial sobre lo Formal*, para el presente caso, conlleva a “subsana algunos requisitos inicialmente exigidos al proponente, siempre y cuando no sean de aquellos que se requieran para comparar las propuestas o formen parte de los factores de escogencia” (Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad.: 1927, 2008), lo cual será tratado más adelante. Por tal razón, el autor Samuel Yong Serrano enfatiza en el texto del derogado decreto reglamentario (art. 2.2.8 del Decreto 734 de 2012) cuando expresa que: “*por ello, no se podrá rechazar una propuesta por ausencia de requisitos o de documentos que confirмен las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta*” (Yong Serrano, 2013, p. 99). Lo anterior, en beneficio de los oferentes y en desarrollo de la regla jurídica del *indubio pro actione* (Amaya Barón, 2008, p. 41).

## **2. Reglas de subsanabilidad de las ofertas**

La redacción y organización que se le ha dado a nuestro ordenamiento jurídico contractual sobre esta materia ha sido un tanto desafortunada, en la medida que nuestro legislador y ejecutivo no han distinguido los requisitos y documentos de la oferta que pueden

ser subsanados de los que no y, ante la imposibilidad jurídica y material de señalarlos taxativamente, el escenario ideal sería el establecimiento de un patrón normativo y regulatorio que le permitiera al operador jurídico inferir en qué casos se está frente a la ausencia de requisitos y documentos que son susceptibles de ser subsanados por los oferentes.

## 2.1. Aspectos críticos sobre el marco normativo y jurisprudencial.

Mucho antes de la expedición del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no existían antecedentes normativos que establecieran reglas para subsanar defectos de las ofertas, pues la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 se dio bajo el influjo del *formalismo*, por lo que la escogencia de los contratistas debía soportar los avatares del rechazo ante la ausencia de cualquier requisito en los ofrecimientos, aún los meramente formales. Sin embargo, el Consejo de Estado daba sus primeros pasos en buena dirección, al considerar que existían aspectos no sustanciales que podían ser requeridos por las entidades estatales para no descartar una buena propuesta. (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 4694, 1987).

Sin duda, la jurisprudencia colombiana al permitir “*separarse del pliego en cuestiones de detalle*” (Sayagués Laso, 1953, p. 564), estaba siendo permeada por la postura de importantes tratadistas del derecho, como Enrique Sayagués Laso quien considera que “(…) *cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es solo en cuestiones de detalle, sin transcendencia, 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. (...)*” (Sayagués Laso, 1940, p. 64).

Este incuestionable influjo doctrinario se torna más evidente cuando el órgano jurisdiccional en los considerandos del mencionado fallo explica que “*Los meros defectos*

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

*formales que no afecten sustancialmente la validez de la oferta, no provocan su rechazo. Es más, el licitante puede emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación” (Dromi, 2010, p. 783). Esta concepción de que 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 (García de Enterría, 2011, p. 657), no es otra cosa distinta que la aplicación en todo su esplendor del Principio de *Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal*.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 el camino hacia el no formalismo continuó, ahora desde la esfera legal, de la mano con nuevos precedentes jurisprudenciales en el mismo sentido que el anterior – (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 6224, 1992), (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.: 6535, 1992)–, manteniéndose durante años el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que literalmente expresaba:

*“(…) 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”.*

Nótese que la norma tiene como axioma fundamental la prohibición de rechazar ofertas por defectos meramente formales, pero lo encuadró legalmente bajo el concepto jurídico indeterminado de *no necesarios para la comparación de propuestas* (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto Exp.: 26105, 2004), dejando en el terreno de la subjetividad del funcionario público, en cada caso concreto, lo que debía entender por ello.

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

Luego de más de 14 años de especulación, por parte de funcionarios públicos que, respaldados por algunos fallos judiciales o las muy diversas posturas doctrinarias (Molano López, 2009, p. 190), tomaron sus decisiones bajo el socaire de un oscuro sistema normativo que, aún hoy, sigue sin dilucidar hermenéuticamente el problema jurídico que prohija este estudio; por lo que se hace necesario e inaplazable determinar lo que debe entenderse por requisitos *no necesarios para la comparación de propuestas*, ya que *“la incorporación de un requisito dentro del pliego para ser cumplido 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”* (Santofimio Gamboa, 2004, p. 179).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 se pretendió esclarecer el *concepto jurídico indeterminado* y, si bien se incorporó una regulación detallada respecto de los requisitos habilitantes y los que determinarían la oferta mas favorable, se desaprovechó esta oportunidad de oro al acuñar en el parágrafo 1° del artículo 5 una redacción a renglón seguido del ya citado texto, inciso 2° numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se ilustra a continuación:

*“(...) 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. **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.** (...)”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto)



***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Como se observa, lo novedoso de la Ley 1150 de 2007 sobre esta materia es, precisamente, la afirmación adicional con la que se sentenció el parágrafo 1º del artículo 5, puesto que el primer aparte se mantuvo incólume a como lo consagró el inciso 1º numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; quedando en el imaginario de los operadores jurídicos que solo lo que no da puntos es susceptible de ser subsanado. Sin embargo, para no pocos autores (Matallana Camacho, 2013), el legislador sigue sin aclarar lo que debe entenderse por *requisitos y documentos no necesarios para la comparación de ofertas*, generando la necesidad de acudir a la hermenéutica que caracteriza a la doctrina para encontrar una interpretación razonada que precise o determine este concepto jurídico; esto es, “*el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no*” (García de Enterría, 1983, p. 63), ya que dicha interpretación no puede ser arbitraria, ni particular, sino que debe ser lo suficientemente clara para establecer, sin lugar a dudas, una ponderación interpretativa, acorde con el ordenamiento jurídico y sin vulnerar el principio de legalidad.

Así las cosas, conviene volver sobre el aparte incorporado por el legislador del 2007 para reiterar que solo se refirió a los requisitos que *no otorgan puntaje* y señaló la oportunidad para subsanarlos, tal como se lee en el texto del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007: “***(...)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***”. Nótese que la ley guarda absoluto silencio respecto de aquellos requisitos *que sí afectan la asignación de puntaje*, para los cuales no dijo si se podían subsanar, ni mucho menos indicó una oportunidad para hacerlo.

Lo que sí resulta poco plausible es que la mayoría de los doctrinantes y operadores judiciales han aplicado una especie de Silogismo Jurídico –*actividad mental, cuya premisa mayor es la ley, la premisa menor el caso concreto y la conclusión es la sentencia que efectúa*

*la subsunción del caso dentro del tipo*– (Monroy Cabra, 2001, p. 285), partiendo de una premisa mayor, que es la ley, totalmente falsa o sin ningún tipo de relación con la premisa menor, lo que conlleva a una fijación semántica equivocada que produce una falacia o falso razonamiento “(pues, o bien ha probado una falsedad, o bien parece ser un razonamiento sin serlo)” (Candel Sanmartín, 1982, p. 355).

Lo anterior significa que como quiera que los requisitos ***que no afectan la asignación de puntaje*** son subsanables hasta la adjudicación, por ese solo hecho no se puede concluir ***que aquellos que sí la afectan no lo sean***. Sencillamente, el legislador quiso regular un plazo límite para una categoría de requisitos y no dijo nada respecto de los otros, bien porque le restó importancia ora porque consideró que ya estaba regulado en otras disposiciones normativas.

En todo caso, el razonamiento deductivo que se haga, en los términos de Cossio, “ha de tener esa conformidad racional de lo general a lo particular, común a toda deducción” (Cossio, 1964, p. 67), debe impedir que se cometan los mismos errores reconocidos por la doctrina aristotélica (Candel Sanmartín, 1982, p. 355), pues en dicho caso las interpretaciones empleadas por los doctrinantes u operadores judiciales carecerá de la lógica silogística que demanda esta técnica hermenéutica.

En consecuencia, bien sea producto de un paralogismo, de una falacia o sofisma – *razonamiento formalmente erróneo que, a diferencia del sofisma o de la falacia no requiere voluntariedad de engañar. Su apariencia de validez induce a error*– (Kant, 1988, p. 328), lo cierto es que resulta evidente el yerro interpretativo que hasta el momento se le ha venido dando al último aparte del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual no admite discusión alguna, muy a pesar de que ha hecho carrera en el sector de la Contratación Estatal, fisurando, por sustracción de materia y mera especulación, el *Principio de Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal*.

De esta manera, con el presente trabajo de investigación se puede demostrar, por un lado, que la creencia generalizada consistente en que el problema jurídico está resuelto es equivocada e ilegal, puesto que se basa en unos supuestos que el legislador de 2007 jamás plasmó en la ley y, por el otro, comprobar que lo que sí afirmó solo es parcialmente cierto; pues existen requisitos que pese a no afectar la asignación de puntaje no deberían ser subsanados por la entidad contratante, al igual que existen otros que sí afectan la asignación de puntaje y deberían válidamente ser subsanados por éstas, puesto que lo que se requiere es la aplicación a todos los administrados y, en particular, quienes aspiran a contratar con el Estado, la cual se define por el Dr. Libardo Rodríguez, bajo los siguientes términos: “*la expresión función pública, tomada en el sentido amplio, designa el conjunto de regímenes aplicables a la generalidad de personal de la administración.*” (Rodríguez Rodríguez, 2007, p. 219).

Una interpretación normativa distinta a la planteada choca de frente con el poco avance jurisprudencial que se tenía hasta antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, pues da al traste con principios fundamentales del derecho en general aplicables por incorporación normativa de la misma Ley 80 de 1993 a los procesos de Contratación Estatal.

Sin duda, el punto de quiebre al problema jurídico planteado debe ser otro distinto al de considerar *la asignación de puntaje* como el criterio para determinar si un requisito es o no subsanable, máxime cuando en el primer capítulo se demostró que ella dependía, en cada caso, de la modalidad de selección, pues a partir de allí es el mismo legislador o la entidad contratante la que define si le asigna o no puntaje a determinado requisito o si simplemente lo deja para definir el adjudicatario en caso de existir varios oferentes en el primer orden de elegibilidad.

Lo que sí guarda mucha coherencia con lo mencionado en líneas anteriores, respecto a que los principios son una *zona común de la Contratación Estatal*, sin que el de *Primacía de*

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

*los Sustancial sobre lo Formal* sea ajeno a dicha regla, es que ellos deben estar presentes, sin excepción, en todos los requisitos de las propuestas, bien en los que sirven para habilitar al proponente y que no otorgan puntaje ora en los que sirven para calificar la oferta, mediante la asignación de puntos.

Para hacer un análisis completo del problema jurídico planteado se debe consultar la plenitud del ordenamiento jurídico, lo que involucra también los decretos reglamentarios expedidos por el gobierno y que regulan aspectos relativos a la subsanabilidad de los ofrecimientos, pero que obviamente se encuentran subordinados por las disposiciones de orden legal y jerárquico. Lo anterior no obsta para resaltar aspectos relevantes de los mismos como la oportunidad que establecían para realizar la subsanación de las ofertas, la expresa mención del principio de *Primacía de lo Sustancial sobre lo Formal* (Yong Serrano, 2013, p. 234), el apercibimiento previo al rechazo, la indicación de requisitos que no debían ser objeto de subsanación y hasta la exclusión de las reglas de subsanabilidad en los últimos decretos reglamentarios (Decreto 2170 de 2002, art. 4 párrafo único; Decreto 066 de 2008, art. 10; Decreto 2474 de 2008, art. 10; Decreto 734 de 2012, art. 2.2.8.; Decreto 1510 de 2013; Decreto 1082 de 2015).

Sin realizar ningún tipo de exclusión con relación a los importantes temas, regulados en su momento por estos decretos, llama la atención en particular el contenido del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, cuyo texto se mantuvo con algunas modificaciones en varios de los reglamentos que sobre el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 realizó el ejecutivo, dándole alcance a esta disposición normativa; pero como se ha dicho *“así las cosas toda la normatividad de Contratación Estatal se asimila a un árbol lleno de modificaciones jurídicas muchas de ellas repetidas solo que en otros artículos pero ninguna completa; más bien se debería hacer un compendio actualizado a las necesidades y evitar tanta confusión jurídica en los sujetos intervinientes en este proceso”* (Rodríguez C. , 1997, p. 143 y sigs).

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

En estas normas reglamentarias se evocan expresamente los postulados del *Principio de Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal*, precisando, ahora sí, que no se puede rechazar 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 (Decreto 066 de 2008, art. 10; Decreto 2474 de 2008, art. 10 y Decreto 734 de 2012, art. 2.2.8.).”

Obsérvese como el Ejecutivo quiso separar los requisitos o documentos de *verificación*, de aquellos requisitos o documentos de *calificación*, los primeros, son los denominados por la jurisprudencia y la doctrina como **requisitos habilitantes** y, los segundos, **requisitos de ponderación**. Tal distinción de los requisitos y documentos de la oferta fue para derivarles disímiles efectos, pero dándole un tratamiento igualitario frente al desarrollo del principio de *Prevalencia de lo Sustancial sobre lo Formal*.

La diferencia se aprecia con mayor claridad cuando las propuestas carecen de uno u otro requisito, así: cuando se adolece de información relacionada con las *condiciones de verificación*, la propuesta no pasa a la etapa de asignación de puntaje, como sucede en los casos de falta de capacidad jurídica o idoneidad técnica del proponente, entre otros; en cambio, cuando se adolece de información relacionada con *aspectos de calificación*, la propuesta sí es hábil pero no obtiene puntos por ese criterio. En ambos casos, tanto las *condiciones del proponente* pueden ser **verificadas** con posterioridad, como también se puede **soportar** el contenido de la oferta propiamente dicha ulteriormente, en desarrollo de la subsanabilidad.

Tal vez la abrumadora normativa en materia contractual, como las leyes, decretos, circulares, guías y manuales, puede abrir espacios de confusión en los operadores jurídicos que aplican el estatuto contractual, pues, como lo anotaba René Descartes, “La multitud de leyes frecuentemente presta excusas a los vicios”, pero no dejará de ser una lástima que este tipo de regulación haya desaparecido de los últimos decretos reglamentarios, como si el tema se hubiese agotado de forma definitiva con las disposiciones de orden legal.

Ahora bien, como se explicó, el trabajo legislativo, judicial y doctrinario muestra claramente la existencia de dos tipos de requisitos y documentos en las ofertas: los denominados ***requisitos habilitantes*** –que no otorgan puntaje alguno– y los de ***ponderación o calificación*** –que tienen que ver con la asignación de puntos–. Ambos constituyen los “factores de escogencia y calificación definidos por la entidad en sus pliegos de condiciones”. Es por esta razón, que se ha disertado respecto a que la asignación de puntaje no es el criterio más adecuado para determinar si un requisito es o no subsanable.

De todo lo anterior, surge con meridiana lógica la necesidad de dirigir toda la artillería de argumentación jurídica hacia la definición de los ***factores que permiten la comparación de ofertas***, ya que, de suyo, *son el verdadero criterio que resuelve el problema jurídico planteado*, pues la comparación de propuestas se da teniendo en cuenta tanto los factores de verificación o habilitantes como los de ponderación o calificación, establecidos por el legislador y la entidad contratante en los pliegos de condiciones. Los primeros, en un estadio inicial de verificación de cumplimiento y, los segundos, en un siguiente estadio de otorgamiento de puntos.

En este orden de ideas, para determinar los ***factores que permiten la comparación de ofertas***, surgen solamente dos interpretaciones plausibles: *a) la de quienes sostienen que son aquellos que otorgan puntaje, permitiendo la subsanación de los de verificación o habilitantes y b) la de quienes defienden que también los requisitos habilitantes son factores de*

comparación de las propuestas, lo que en principio impediría también que pudiesen ser subsanados.

Ahora bien, el asunto cobra importancia mientras se solucionan las vaguedades del ordenamiento jurídico contractual –*hoy en día existen iniciativas legislativas que son una excelente oportunidad para superar pretéritas discusiones*–,<sup>4</sup> lo que demanda una reorientación del debate hacia lineamientos acordes con todo el basamento axiológico estudiado en este trabajo de investigación, que consulte constantemente los principios en que se inspira la contratación para mantener un equilibrio adecuado con los derechos de los oferentes, lo que en términos de Robert Alexy se traduce en “*relacionar tres elementos: legalidad conforme al ordenamiento, eficacia social y corrección material*” (Alexy, 2004, p. 21).

Así las cosas, para evitar distracciones de orden metodológico y como quiera que existe algún grado de univocidad respecto de la remoción de aquellos obstáculos que, apegados al procedimiento en “*forma meramente ritual se llega a la renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva*”, (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 1306 de 2001) y (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 1123 de 2002), generando una “*frustración ritual del derecho*” o lo que más tarde sería reconocido por la jurisprudencia y doctrina comparada como “*exceso ritual*” o “*exceso ritual manifiesto*” (Carrió, 2006, p. 63), débase entonces, estudiar las dos tesis que rodean el problema jurídico planteado, es decir: **i) los requisitos de ponderación como único factor de comparación de ofertas** y **ii) los requisitos habilitantes y de ponderación como factores de comparación de ofertas**.

---

<sup>4</sup> El Gobierno Nacional, a través de Colombia Compra Eficiente publicó su borrador para discusión interna de lo que será su proyecto de ley para la expedición de un Nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que regirá el Sistema de Compra Pública en Colombia y establecerá los principios y reglas aplicables a los Procesos de Abastecimiento de bienes, obras y servicios de las entidades estatales, en el que se regulan aspectos relacionados con la subsanabilidad de las ofertas.

Para realizar un análisis completo de estas dos posturas, la jurisprudencia constituye una fuente de información valiosa, pues a pesar de no ser abundante en este tema ha conocido por razones prácticas de muchos conflictos sobre requisitos y documentos subsanables y no subsanables, desde la expedición del extinto Decreto 222 de 1983 y actualmente durante la vigencia de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Los más recientes pronunciamientos sobre este tema de investigación, aunque bastante contradictorios entre sí, los efectuó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C” y “A” Consejeros Ponentes Enrique Gil Botero con Radicación 27.986 y Carlos Alberto Zambrano Barrera con Expediente 29.855, respectivamente, ambas proferidas el 12 de noviembre de 2014 y los cuales se abordarán en los acápites contiguos.

### **2.1.1. Requisitos de ponderación como único factor de comparación de ofertas.**

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 numerosos sectores de la doctrina y operadores jurídicos de todo tipo, en especial de las autoridades públicas que trazan los lineamientos en el sector administrativo contractual, encontraron en la afirmación del parágrafo 1º del artículo 5 un verdadero soporte para lo que hasta ese momento era considerado por ellos un concepto jurídico indeterminado. Literalmente, el legislador del 2007 sentenció la disposición normativa con los siguientes términos:

*“(...) 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.** (...)”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Dicho contenido normativo que, a decir verdad, no modifica, sino que adiciona lo que ya se había dicho en el inciso 2º numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se convirtió



en el fundamento legal para sostener que el único criterio de comparación de las ofertas estaba circunscrito a aquellos requisitos que el legislador y los pliegos de condiciones establecían como aspectos de calificación. En consecuencia, solo aquellas desviaciones o defectos de las ofertas que podían ser subsanadas eran las que no afectaban el otorgamiento de puntos en el proceso de selección.

Tal concepción ha sido avalada ampliamente por tratadistas del derecho como Mario Roberto Molano López que asienten con esta interpretación, con el solo reparo de que:

*“dicho requisito que no asigna puntaje esté debidamente cumplido con antelación a la fecha de la presentación de la propuesta, esto es, que se trata de un antecedente histórico del proponente, cumplido antes de la fecha de cierre, es decir, que su existencia sea anterior al momento en que se consolida la igualdad de oportunidades, lo que puede acreditarse en cualquier momento hasta antes de la adjudicación como consecuencia del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal que justamente es reproducido por el artículo 10° del Decreto 2474 de 2008”.* (Molano López, 2009, p. 188)

En el mismo sentido, el doctrinante Luis Guillermo Dávila Vinuesa (Dávila Vinuesa, 2003, p. 188) estima como una regla propia del régimen de la subsanabilidad, que el oferente tiene derecho hasta antes de la adjudicación para subsanar la oferta, cuando ésta carezca de documentos o requisitos que no confieran puntaje.

Continuando con lo explicado en líneas precedentes, se está frente a una típica falacia o falso razonamiento, ya que comporta una idea de interpretación única y definitiva que se erige sobre los cimientos de una afirmación que nunca se realizó, pues de la transliteración de la norma citada no puede concluirse nada distinto a lo dicho por el legislador, es decir, que las entidades *podrán* solicitar a los oferentes en cualquier momento –*con la única limitante que le impone el instante previo a la adjudicación o a la subasta, según el caso*– todos aquellos

requisitos que no afecten la asignación de puntaje. Adicional a esto, no hay nada más, sino meras suposiciones y deducciones con una apariencia de legalidad que obnubila al intérprete.

Sin embargo, ha sido el mismo Consejo de Estado el encargado de darle esos visos de aparente legalidad y buen juicio interpretativo a este dogma, coadyuvando con el retroceso jurisprudencial en comparación con decisiones que otrora a la expedición de la Ley 1150 de 2007 propugnaban por la primacía de la sustancia sobre la forma, sin distinciones del tipo de requisito y con la única limitante de no mejorar la oferta.

Son estas algunas de las consideraciones del máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo en Colombia, en uno de sus más recientes fallos:

*“[...] 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 no lo hace es subsanable [...]”.* (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad.: 27.986, 2014).

Como se aprecia, el tema resulta supuestamente fácil y transmite la sensación de estar clausurada la puerta que conduce hacia nuevas discusiones. No obstante, es el claustro investigativo universitario y el doctrinario el que permite que los argumentos vertebrales de esta postura sean expuestos al fuego académico que determinará su consistencia, lo que implica, inexorablemente, una apertura del debate frente a un panorama conceptual distinto al que hasta el momento ha sido planteado.

En renglones anteriores se mencionó que uno de los objetivos del presente estudio era demostrar que, pese a la creencia generalizada, el problema jurídico todavía no estaba resuelto —*prueba de ello son los contradictorios fallos jurisprudenciales*— y que solo es parcialmente cierta la afirmación contenida en el tantas veces citado párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

El primero de los objetivos no resiste mayor análisis, pues la suerte de su indefinición, aquilatada por las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, son las que han prohiado el desarrollo de este trabajo investigativo. De manera que, conviene detenerse respecto de lo segundo, ya que, contrario sensu, a lo que dice la norma,<sup>5</sup> no es cierto que todos los requisitos de la propuesta que no afectan la asignación de puntaje puedan ser requeridos por las entidades estatales para subsanar los ofrecimientos; en ese orden, por expresa prohibición legal, no se podrá mejorar el contenido de la oferta, ni acreditarse circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso o subsanar la falta de capacidad jurídica, pese a su exclusión de los últimos decretos reglamentarios.

Lo anterior tiene su fundamento en los principios de *legalidad* e *igualdad* que deben estar presentes durante toda la actuación contractual, pues de existir requisitos que, si bien no otorgan puntos en el proceso de evaluación, afectan la existencia y validez de las propuestas y deben ser tratados conforme a la plenitud del ordenamiento jurídico, esto es, de acuerdo con las normas que específicamente regulan la existencia y validez de la oferta en el derecho privado.

Así las cosas, resultaría absurdo que las entidades estatales –por más que se trate de un requisito que no otorga puntos– pretendiera subsanar, por ejemplo, en cualquier momento y hasta la adjudicación, los ofrecimientos hechos por personas cuya incapacidad proviene de la edad; los plazos de los procesos de selección son muy reducidos como para esperar que el vicio que hace anulable un negocio, en este caso la oferta, desaparezca por el transcurso del tiempo (prescripción) o incluso, en un plazo mucho menor para los relativamente incapaces (Valencia Zea, 2004, p. 481).

---

<sup>5</sup> Ley 1150 de 2007, art. 5 párrafo 1º: “(...) 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. (...)”.

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Con la misma línea de pensamiento el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se opone a que un requisito habilitante como la capacidad jurídica, “*se omita al inicio bajo el pretexto de ser posteriormente enmendado, en razón a que es un formalismo que en nada afecta la propuesta, como tampoco el deber de selección objetiva de la Administración, devendría en el detrimento del derecho a la igualdad entre oferentes, quienes si cumplieron con el requerimiento que les permitió acceder al proceso*” (Santofimio Gamboa, 2009, p. 34).

No se puede perder de vista que las actuaciones administrativas siempre deben procurar la prevalencia del interés general, el cual se concreta en las siguientes funciones (Atehortúa *et. al*, 2010, p. 115):

- Lograr el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado.
- La continuidad, calidad y eficiencia de los servicios públicos.
- Garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.
- Satisfacer las necesidades colectivas básicas insatisfechas.

Lo mismo sucedería si se pretendiera subsanar un vicio del consentimiento con fórmulas distintas a las que universalmente ha previsto el derecho privado, o lo que es peor, subsanar una oferta cuando adolece de un requisito de existencia, con el pretexto de que no otorga puntaje. Por ejemplo, cuando a través de la correspondencia de la entidad se allegan ofertas no suscritas por el oferente, en cuyo caso, pese a la insignificancia con la que pudiera parecer el requisito y de no ser posible determinar la autoría de los ofrecimientos, se debe proceder de plano a su rechazo, en atención a la inexistencia de la oferta que adolece de un requisito esencial: *el consentimiento o declaración de voluntad*, que se puede definir como “*la conducta humana externa y consciente que según los usos sociales permite inferir la existencia y el contenido de una voluntad*” (Valencia Zea, 2004, p. 408).

Es claro entonces, que antes de proceder a subsanar un requisito que no afecta la asignación de puntaje, debe consultarse primero la plenitud del ordenamiento jurídico para

verificar si el vicio no se encuadra dentro de las causales de ineficacia de la oferta, en cuyo caso, ante la imposibilidad de aplicar el estatuto general de contratación de la Administración Pública a todos los aspectos, se debe llenar el vacío legal con las reglas y principios del derecho privado que ofrece una regulación completa y prolija (Dávila Vinuesa, 2003, p. 822).

En este orden de ideas, mantener *los requisitos de ponderación como el único factor de comparación de ofertas*, no tiene el suficiente fundamento teórico para seguirse sosteniendo como tal en el ámbito administrativo contractual, máxime cuando hay que enlistar una cantidad de excepciones donde la regla no resulta aplicable.

#### **2.1.2. Requisitos habilitantes y de ponderación como factor de comparación de ofertas.**

Las contradicciones jurisprudenciales y el escaso trabajo dogmático para llenar los vacíos legales, hace que este sector, abrumadoramente minoritario, se encuentre limitado a infructuosas discusiones académicas y algunos foros sobre el particular. No obstante, se sostiene que la comparación de ofertas se hace mediante el cotejo tanto de requisitos habilitantes como de ponderación.

En consecuencia, esta tesis parte de la premisa que solo son subsanables aquellos requisitos que no son necesarios para la comparación de ofertas, sin importar si se trata de requisitos habilitantes o de ponderación, pues su argumento principal es que no solo con los requisitos puntuables es que se comparan los ofrecimientos. De suerte que, *en el momento de evaluación de las propuestas lo que se hace es una confrontación de las mismas con el pliego de condiciones y de ellas entre sí, lo que implica, en primer lugar, constatar los factores de verificación y, luego, asignar la puntuación que corresponda de acuerdo con las fórmulas o factores de ponderación establecidos.*

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Lo expuesto representa un desarrollo real y efectivo del basamento axiológico y conceptual que antecede, pues precisamente la característica fundamental de los principios generales del derecho administrativo y los específicos de la Contratación de la Administración Pública, evocando al profesor Juan Carlos Expósito Vélez (Expósito Vélez, 2003, p. 566), es que los mismos son una zona común en la Contratación Estatal. En consecuencia, los defectos meramente formales no son exclusivos de los requisitos habilitantes, por lo que de llegar a presentarse en aquellos que asignan puntaje, también requieren de la aplicación del principio de “*prevalencia de lo sustancial sobre lo formal*”, es decir, no importa el tipo de requisito frente al que se encuentre el operador jurídico –*habilitante ora de ponderación*– siempre se debe resolver haciendo uso de los principios que gobiernan la contratación administrativa.

De manera que, si se tiene en cuenta el criterio ya esbozado por el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, según el cual la incorporación de requisitos en el pliego de condiciones debe tener un propósito útil, se debe arribar a la conclusión de que generalmente los requisitos y documentos requeridos en los procesos de selección son ***necesarios o indispensables***, esto es, ***factores de comparación de ofertas***. Lo excepcional es que se pidan requisitos y documentos fútiles o meramente formales.

Una interpretación en dicho sentido resulta concluyente argumentativamente, ya que lo contrario sería reconocer que el Estado, *utilizando una facultad otorgada por la ley y persiguiendo un fin distinto a los propios de la contratación administrativa*, puede pedir requisitos y documentos banales, que en nada le aportan al proceso de selección y que podrían constituir una *desviación de poder* (Younes Moreno, 1997, p. 197).

Y en ello concuerda el profesor Santofimio:

“Lo anterior, sin embargo, debe ser entendido en el sentido claro e irrefutable de que ésta es una simple regla de excepción y de ninguna manera puede convertirse en la regla

general de los procesos de escogencia de contratistas y adicionalmente implica un cuidado enorme para que las entidades públicas no terminen arreglando las propuestas deficientes o carentes de información suficiente, o sencillamente dolosamente mal articuladas con el propósito de tener acceso a la información de la competencia y mejorarla en uso de este artículo, lo cual llevaría a que realmente no se garantice la escogencia objetiva” (Santofimio Gamboa, 2004, p. 201).

Ahora bien, es de vital importancia estudiar otra de las decisiones judiciales del Consejo de Estado, proferida el mismo día pero en una subsección diferente a la anterior, muy cercana a la posición ideológica de este trabajo de investigación, pero limitada exclusivamente a los requisitos habilitantes de las ofertas, haciendo la siguiente mención:

*“Señala que lo subsanable es aquello que pese a tenerse, no se encuentra totalmente demostrado en el proceso de selección, esto es, no se puede subsanar aquello de lo que se adolece o no existe al momento de presentar la propuesta, por lo que establece una diferenciación entre el **cumplimiento** de requisitos y la **prueba o acreditación** de los mismos”.* (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Rad.: 29.855, 2014). (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Como se puede observar, las dos subsecciones coinciden en tener la asignación de puntaje como único criterio para determinar si una propuesta es subsanable o no, dándole importancia a la referida diferenciación entre requisitos habilitantes y de calificación, por lo que no se presentan discrepancias sobre este punto.

No obstante, la contradicción ya había sido puesta de presente en un fallo anterior, del 26 de febrero de 2014, por el mismo magistrado ponente Dr. Enrique Gil Botero, donde muestra el lado mas débil de su argumentación (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad.: 25.804, 2014), el cual ahora se hace mas evidente en el momento en que la subsección A se refirió a requisitos que, si bien no otorgan puntaje, como la capacidad jurídica, no podían subsanarse, lo cual ha sido una de las principales críticas que en este trabajo se le realiza a la postura anterior. Luego entonces, se afirma que los defectos y desviaciones no puntuables podían ser corregidos y, a su vez, se plantea la imposibilidad de hacer enmiendas a la capacidad jurídica, pese a su condición de requisito habilitante que no otorga puntaje.

Esta contradicción ya se había puesto de presente.

Lo que sí se comparte, sin temor a equívocos, es el argumento principal de la sentencia, al interpretar que ***lo que se enmienda es la prueba con la que se acreditan los requisitos***, en tanto *no se puede subsanar aquello que no se tiene o que no existía al momento del cierre.*

Es una lástima, que esta subsección del Consejo de Estado haya decantado tan útil argumentación jurídica exclusivamente sobre los requisitos habilitantes, lo que implicó la comisión de algunas imprecisiones y contradicciones –*al establecer la insubsanabilidad de requisitos de idéntica naturaleza*– puesto que su aplicación tanto para requisitos habilitantes como de calificación es perfectamente válida y responde a los intereses superiores de la primacía de la sustancia sobre la forma.

Es de anotar que la aplicación de esta línea de pensamiento a todo tipo de requisitos, excepto los inútiles –que no sirven para la comparación de ofertas– no es nueva, toda vez que ese era el preciso alcance que le quiso dar el ejecutivo a la ley en la regulación que sobre las reglas de subsanabilidad incorporó en algunos de sus decretos reglamentarios, como se aprecia en el Art. 2.2.8. del Decreto 734 de 2012 que dice:

*“(...) 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.(...)”.*

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Bajo esta óptica, es claro que lo que propuso el ejecutivo, en desarrollo de la Ley 1150 de 2007, fue un *régimen de subsanación alrededor de la prueba*, tanto de los requisitos habilitantes, a través de la *verificación* de los mismos y hasta los de la oferta propiamente dicha, mediante la entrega de *soportes a su contenido*.

En efecto, ni la *verificación de requisitos habilitantes*, ni el *soporte del contenido de la oferta* constituyen mejora alguna para los ofrecimientos, puesto que, literalmente el alcance y sentido semántico de las palabras, *lo que se procura es acreditar aspectos que ya están mencionados en la oferta y que nada obsta para que la Administración los pueda tener en cuenta, si demuestran de una mejor manera una condición o requisito*.

Esta interpretación tuvo algún tipo de respaldo en la jurisprudencia colombiana, por lo menos mientras se mantuvo la norma de reglas de subsanabilidad en los decretos reglamentarios, como se devela en el ya mencionado concepto del Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad.: 1927, 2008 que sentó las bases para posteriores pronunciamientos en los que se mencionaba:

*“Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta.*

*Ello es plenamente concordante con las normas en estudio, ya que no de otra forma puede entenderse la posibilidad de subsanar requisitos o falta de documentos*

que i) verifiquen<sup>6</sup> las condiciones del proponente (requisitos habilitantes), o ii) soporten<sup>7</sup> el contenido de la oferta.” (Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad.: 1.992, 2010). (Negrillas, subrayas y citas fuera de texto).

Estos apartes, entre otros del concepto, fueron reiterados y citados en un fallo posterior, donde claramente se sentenció la postura bajo los siguientes términos:

*“Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.”* (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Rad.: 30.250, 2014)

Fuerza concluir, que la regla de subsanación prevista en los mencionados fallos para ser aplicada tanto a requisitos de habilitación como de ponderación, que respondía a los principios del derecho estudiado, fue dejada a un lado al tiempo que desapareció la disposición normativa de los decretos reglamentarios, como si la subsanabilidad tuviese su fundamento exclusivamente en el ejecutivo y no en el sustento axiológico y normativo del derecho existente.

### **3. Oportunidad para la subsanación de requisitos de las ofertas.**

Analizadas las diferentes posturas, débese estudiar cual es el momento y a solicitud de quien se deben subsanar los requisitos y documentos de la oferta, lo cual es aplicable para una u otra línea de pensamiento. En este sentido, es preciso recordar los diferentes momentos que

---

<sup>6</sup> “Verificar. Comprobar o examinar la verdad de algo”. Diccionario de la Lengua Española.

<sup>7</sup> “Soporte. Apoyo o sostén”. Ibídem

establece el ordenamiento jurídico, para lo cual conviene acudir a lo preceptuado en la Ley 1150 de 2007, art. 5 párrafo 1º:

*“(…) 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. (…)*”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Si se continúa con el análisis realizado durante el desarrollo de la última tesis explicada, se tiene que la subsanabilidad se aplica igualmente a *requisitos de verificación* como de *calificación*, pues ambos constituyen los ***factores de escogencia*** establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y son ***necesarios para la comparación de ofertas***, lo que, en principio, hace surgir el interrogante respecto de cuáles son aquellos *requisitos no necesarios para la comparación* que se podrían subsanar *hasta el momento de la adjudicación* o *hasta el momento previo de la realización de la subasta*, según el caso.

Nuevamente se debe consultar la plenitud del ordenamiento jurídico para realizar una interpretación integral, no restrictiva de la norma que se estudia, sino en armonía con las demás disposiciones que regulan la actividad contractual del Estado; en consonancia, por supuesto, con el *principio de interpretación del efecto útil*, según el cual, “entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 1992).

Al respecto, también se ha afirmado que la regla general es que la mayoría de los requisitos y documentos que se incorporen en el pliego de condiciones debe tener un propósito útil, necesario o indispensable, siendo la excepción la exigencia de requisitos y documentos meramente formales. En consecuencia, el número de requisitos y documentos

llamados a subsanarse dentro del plazo establecido por el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 es la más reducida.

Si la prohibición del legislador es que este tipo de documentos no sirvan de título para el rechazo de los ofrecimientos, la interpretación no puede ser otra distinta a que se trata de aquellos documentos que usualmente solicitan las entidades en sus bases de contratación, tales como: *fotocopias de documentos de identidad, todo tipo de formatos* –para relacionar la experiencia o las condiciones financieras, etc–, *declaraciones tributarias* –cuando de ellas no se extraiga información necesaria para ser evaluada– y, en general, cualquier requisito o documento a título informativo que, de suyo, no acredite los requisitos mínimos o de puntuación requeridos.

Tal interpretación, cobra mayor sentido al estudiarse el sujeto encargado de solicitar la subsanación de estos documentos o requisitos, ya que a renglón seguido la misma norma (Ley 1150 de 2007, art. 5 parágrafo 1º) prevé que:

*“(...) 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. (...)”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Sin duda, es a solicitud de la entidad contratante que debe efectuarse esta subsanación, facultad o atribución que es potestativa, ya que no solo el verbo rector utilizado por el legislador es *podrá*, sino que tampoco previó consecuencias jurídicas para la contratante que así no lo hiciera; por lo tanto, se considera que de no subsanarse tales requerimientos no se afectaría en nada el proceso de selección, ya que la evaluación permanecería sin variaciones, precisamente, por tratarse de un requisito no sustancial.

Contrario sensu, de tratarse de un requisito *necesario* o *indispensable* para la *comparación de oferta*, el legislador no hubiera dado una atribución meramente potestativa a

las entidades, sino que hubiese sentenciado la disposición normativa con un *deberá* o cualquier otro verbo rector de obligatorio cumplimiento, toda vez que la omisión de este requisito puede alterar el resultado de la evaluación y del proceso de selección; por lo que es posible que se deje de considerar un buen ofrecimiento, si se deja tal solicitud a discreción de la Administración.

Ahora bien, en cuanto a la subsanación de ***requisitos necesarios para la comparación de ofertas***, esto es, referidos a los *factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones*, se ha dicho que procede siempre que no constituya un mejoramiento de los ofrecimientos, es decir, que no se modifique lo ofertado, toda vez que *lo subsanable es solo aquello que teniéndose al momento del cierre o habiéndose relacionado en el contenido de la oferta, no se encuentra debidamente acreditado en el proceso de selección*, o sea, que lo que es susceptible de ser corregido o enmendado es la *prueba* con la que se demuestra el requisito exigido.

En este caso, la subsanación se puede dar tanto a solicitud de la *entidad contratante* como por *iniciativa de los oferentes* y la oportunidad es la establecida en la ley y en las bases de contratación para el ***traslado del informe de evaluación***, lo cual no es otra cosa que el desarrollo de otro *principio de la contratación* ya mencionado, el derecho fundamental al ***debido proceso***, el cual tiene una regulación específica en materia contractual y de manera concreta en la Ley 80 de 1993, art. 24 numeral 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”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Sobre este mismo tópico conceptual, el artículo 30 numeral 7° de la Ley 80 de 1993, establece claramente:

*“De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Tal como se explicó, este segundo momento u oportunidad no es potestativo de la entidad, por tratarse de un deber y un derecho del oferente a aclarar sus ofrecimientos durante el proceso de evaluación *–en todo aquello que lo requiera y que sea susceptible de corrección–* a efectos de evitar rechazos injustificados que impidan su participación en condiciones de igualdad y efectividad.

Por tal razón, de conformidad con lo estatuido en el artículo 30 numeral 8° *ibidem*, los informes de evaluación de las propuestas deben permanecer en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes, de acuerdo con su derecho de defensa y contradicción que subyace al principio del *debido proceso contractual*.

Ahora bien, se ha dicho que en este plazo los oferentes no pueden *completar, adicionar, modificar o mejorar* sus propuestas; una interpretación en este sentido no obsta para que se piense que no se pueden allegar documentos nuevos o adicionales, siempre que sea para aclarar los aspectos deficientes de la oferta, que son a los que se refiere el tantas veces mencionado artículo 25 numeral 15 del estatuto contractual, que debe concordarse también con la presente disposición, en aras de guardar coherencia y armonía con el ordenamiento jurídico en general.

En este orden de ideas y con la intención de solucionar los innumerables debates entorno a la oportunidad para subsanar documentos y requisitos de las ofertas, el Ministerio de Transporte de Colombia presentó una iniciativa de reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que, si bien no se trata de una reforma profunda como la que se esperaría para superar el problema de la subsanabilidad de las ofertas, entre otros aspectos de la contratación administrativa colombiana, plantea una solución normativa a la oportunidad para presentar documentos o requisitos necesarios para la comparación de ofertas, suprimiendo incluso la oportunidad de solicitar documentos adicionales hasta el momento de la adjudicación, sin importar lo fútil o inútil que resulte ser el documento.

El proyecto de reforma, en uno de los apartes del artículo 7, propone un texto del siguiente tenor:

*“(…) El informe permanecerá publicado en el SECOP durante cinco (5) días hábiles, término en el que los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal.*

*Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes dentro del término de cinco (5) días hábiles. Una vez publicado el informe final de evaluación, este quedará en firme y no se recibirán documentos o información adicional de los proponentes.”* (Ministerio de Transporte de Colombia, 2016, p. 6) (Sic.) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, de resultar aprobado este articulado, la oportunidad o el momento para subsanar todo tipo de requisitos o documentos –tanto los no necesarios como los necesarios para la comparación de ofertas– se reducirá a uno solo: *“durante el término de traslado del informe de evaluación”*.

#### **4. Una nueva visión de las reglas de evaluación y subsanabilidad de las ofertas.**

Si se quiere guardar un orden metodológico apropiado y en armonía con lo indicado en el primer capítulo, lo primero que se debe observar para la evaluación y subsanabilidad de las ofertas es que cumplan con los requisitos mínimos que le impone su naturaleza jurídico comercial, esto es, *que se ajuste a las exigencias de eficacia de las ofertas previstas en el derecho privado.*

En esta línea de pensamiento, el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa considera que *“La primera regla consistiría en acercamos a los instrumentos utilizados en la teoría general de los actos y negocios jurídicos para hacer prevalecer aquellas fundamentales exigencias normativas, so pena de ineficacia de cualquier acto o contrato producido con la inobservancia de éstas. En este sentido, implicaría recoger, para la identificación de los requisitos esenciales, la teoría de la inexistencia y nulidad de los negocios jurídicos, porque con su aplicación el ordenamiento jurídico pretende sancionar todo desconocimiento a una exigencia trascendental del legislador para un acto o negocio”* (Santofimio Gamboa, 2004, p. 130).

En idéntico sentido, la promisoria Exposición de motivos del Nuevo Proyecto de Ley –*Nuevo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que rige el Sistema de Compra Pública*– pareciera poner fin a las interpretaciones normativas y superar las discusiones pertenecientes a la subsanabilidad de las ofertas, cuando dice: *“La Ley 80 de 1993 estableció que las ofertas deben ser completas pero que las Entidades Estatales no pueden rechazarlas por asuntos meramente formales. Puesto que la Ley 80 de 1993 incorporó las normas del derecho privado, las Entidades Estatales y los proponentes debían regirse por el dispuesto en las normas comerciales y civiles en relación con los requisitos de*



*la oferta*". (La Agencia Nacional de Contratación Pública -Exposición de Motivos-, 2016, p. 35). (Sic.) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Luego mas adelante reitera: "*Si seguimos la norma del derecho comercial de que las ofertas deben ser completas y que no pueden ser rechazadas por asuntos meramente formales podemos superar las discusiones frente a la subsanabilidad de las ofertas, lo cual ha generado comportamientos anticompetitivos asociados a la posibilidad de aportar documentos de la oferta luego de conocer los resultados de la evaluación y desconociendo la norma que establece que las ofertas deben ser completas para ser ofertas*". (La Agencia Nacional de Contratación Pública -Exposición de Motivos-, 2016, p. 36). (Sic.) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, antes que los *factores de escogencia establecidos en los pliegos de condiciones*, los *requisitos de existencia, validez y eficacia* de la oferta son, en primer orden, llamados a considerarse durante la etapa de evaluación, puesto que *también son necesarios para la comparación* y si el legislador sanciona con inexistencia o invalidez el desconocimiento de uno de estos requisitos es, precisamente, por su carácter de esencial.

Ahora bien, en desarrollo del principio de igualdad, la regla general es que la oferta debe ser completa, es decir, debe sujetarse a todos los requisitos y condiciones previstas en la ley y en las bases de contratación, garantizando el mismo trato y oportunidades para los interesados, al tiempo que se desestimulan los comportamientos anticompetitivos y oportunistas que permiten en la actualidad que los oferentes completen sus ofrecimientos una vez conocen los informes preliminares de evaluación y a sus inmediatos competidores.

Asimismo y como quiera que pese a la exposición de motivos, el Nuevo Proyecto de Ley *–de reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública–* es muy general en cuanto a este tema, toda vez que se limita a indicar que las ofertas deben ser completas y establece como un derecho de las entidades estatales la solicitud de aclaraciones

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

(La Agencia Nacional de Contratación Pública -Proyecto de Reforma Estatuto de Contratación- versión 1, 2016), lo que deja en manos del reglamento la identificación de los requisitos susceptibles de corrección, así como el momento y la oportunidad con que cuentan tanto los oferentes como las entidades para hacerlo. Detalles no menos importantes, si se tiene en cuenta que sobre los mismos han recaído la mayoría de errores del pasado, ampliamente expuestos en este trabajo de investigación.

Entonces, que la oferta deba ser completa es la regla general, pero ello no obsta para desestimar buenos ofrecimientos por cualquier desviación relacionada con las condiciones y requisitos previstos en la ley y en los pliegos de condiciones, ya que *no podrán rechazarse propuestas por la ausencia de requisitos que verifiquen las condiciones del proponente ora soporten el contenido de su oferta* (Molano López, 2009, p. 190). En consecuencia, no se trata de una regla absoluta que pudiera conducir a fehacientes absurdos jurídicos, pero que tampoco hace nugatorio el principio de legalidad, ya que se mantiene equidistante de cualesquiera de los extremos mencionados.

Los requisitos y documentos exigidos en las ofertas pueden referirse a las condiciones del proponente o a la futura contratación. En ambos casos, lo subsanable es la ***prueba*** o documento con el que se demuestre el respectivo requisito y no éste en sí mismo; de lo contrario, si lo que falta no es la ***prueba*** o la confirmación de requisitos declarados en la oferta, se debe generar el rechazo de los ofrecimientos, en atención a que ***no se puede subsanar aquello que no se tiene o que no existía al momento del cierre***, bajo el entendido que las reglas de subsanabilidad tienen como límite legal la prohibición de *no completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas*. (Ley 80 de 1993, art. 30 núm. 8°).

Esta prohibición contenida en el numeral 8° del artículo 30 del estatuto contractual, es un claro desarrollo de la *inmodificabilidad* de las propuestas y de la *intangibilidad* de la igualdad de oportunidades que se predica una vez se entregan los ofrecimientos, en atención

al deber que tienen los oferentes de sujetarse a todos y cada uno de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones (Molano López, 2009, p. 257).

En cuanto a la oportunidad, si la *prueba* o documento que faltare es para subsanar un requisito *necesario para la comparación de ofertas*, podrá corregirse *a solicitud de la entidad contratante* o por *iniciativa del proponente*, durante el *término de traslado del informe de evaluación*. En cambio, si el requisito que adolece de la *prueba* o documento es de aquellos fútiles, informativo o que no acredita los requisitos mínimos o de puntuación exigidos, se podrá subsanar, a discreción de la entidad contratante, *en cualquier momento hasta el momento previo a la definición del proceso de selección*, es decir, antes de la adjudicación o de la subasta, según el caso.

Es necesario enfatizar que la no subsanación de requisitos *esenciales* o *necesarios para la comparación de ofertas* por parte del oferente, cuando éste ha sido emplazado perentoriamente para corregir o aclarar sus ofrecimientos, debe generar el rechazo o desestimación de la propuesta. No resulta igual para aquellos requisitos *menores, simplemente formales* o *no necesarios para la comparación de ofertas*, los cuales de no ser allegados antes del momento previo a la definición del proceso de selección no afectarían el resultado de la evaluación, pues su carácter meramente adjetivo permite, incluso, que las entidades estatales se abstengan de solicitarlos, en atención a la discrecionalidad dada por el legislador para aquellos requisitos de tipo informativo y que nada tienen que ver con los requisitos mínimos o de puntuación exigidos.

Por último, debe reiterarse que no se debe subsanar la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso de selección, debido a su afectación directa a los principios de igualdad y debido proceso contractual que debe observarse en todo proceso de selección y que se erigen como límite al de concurrencia, en razón a que la convocatoria

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

solo recae en quienes al momento del cierre, tenían la posibilidad real y efectiva de ofrecer lo que la entidad contratante demanda.

En todo caso, se requiere la introducción inmediata de reformas normativas o de unificación jurisprudencial que dote de seguridad jurídica a los funcionarios públicos que a diario deben ajustar, con buen criterio, sus actuaciones administrativas contractuales a los principios fundamentales estudiados en el primer capítulo, especialmente al de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política que circunscribe el accionar administrativo al ámbito funcional estrictamente definido por el legislador y que proscribire todo aquello que implique una omisión o extralimitación en el ejercicio de dichas funciones.

## **Conclusiones**

Tras el esbozo inicialmente trazado, la *oferta* es indiscutiblemente un *Negocio Jurídico*, toda vez que se trata de una manifestación de voluntad que encierra en sí misma, la disposición de intereses económicos; en este entendido, su rol en el tráfico mercantil no difiere mucho de la función que cumple en las actividades de la Administración Pública.

Luego de esta primera conclusión y en tratándose de los ofrecimientos que se hacen a las entidades estatales, el desarrollo de este trabajo conduce a que “*la oferta debe ser completa*”, esto es, debe sujetarse a todos los requisitos y condiciones previstos en la ley y en las bases de contratación, lo cual emana directamente del desarrollo de los principios de *legalidad* e *igualdad* en que se inspira la contratación administrativa. Nótese que el carácter de *oferta completa* no solo implica el cumplimiento de las especiales exigencias establecidas por la entidad contratante en sus pliegos de condiciones, sino que demanda de ésta la obligación legal de verificar primero que la oferta cumpla con las condiciones de *existencia*, *validez* y *eficacia* que le impone el derecho privado en virtud de su naturaleza jurídico negocial.

Ahora bien, para garantizar la escogencia objetiva de una *oferta completa* no se debe invadir extremos irracionales, hasta el punto de desestimar buenos ofrecimientos por cualquier desviación o consideración de aspectos meramente formales, que es precisamente el foco de atención de este trabajo investigativo, el cual se basó en la *prueba*, como axioma fundamental, para el desarrollo de toda una *teoría de subsanabilidad* que permitiera solucionar la problemática de las ofertas incompletas, remover los obstáculos de forma y salvaguardar los principios básicos de la Contratación Estatal.

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

En este orden, es importante destacar que el presente trabajo le resta importancia a la diferenciación entre requisitos habilitantes y de calificación, puesto que desarrolla todo su basamento teórico en sustentar que lo subsanable no depende del tipo de requisito, pues en últimas es el legislador y la entidad contratante quien establece si los mismos son de mera verificación, de asignación de puntaje o simplemente constituyen un factor determinante para resolver un empate.

Sin el nivel de detalle con el que se aborda el tema en el cuerpo de este trabajo, de manera sintetizada, se procede a decantar interrogantes como el *¿Qué? ¿a solicitud de Quién? y ¿Cuándo?* se puede subsanar una *Oferta Pública*:

Para responder el primer interrogante se logró concluir que lo subsanable es *todo aquello que pese a tenerse o estar contenido en la oferta, no se encuentra totalmente demostrado en el proceso de selección*, sin importar si el documento o requisito es habilitante o de asignación de puntos. Si lo que falta no es la *prueba* o la *confirmación* de requisitos ya declarados en la oferta, se debe generar el rechazo de los ofrecimientos, en atención a que el único límite o prohibición que impone el legislador a las reglas de subsanabilidad es la de *no completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas* (Ley 80, 1993, art. 30 núm. 8°).

En cuanto a los dos últimos interrogantes, si el requisito a subsanar es *necesario para la comparación de ofertas*, podrá corregirse *a solicitud de la entidad contratante* o por *iniciativa del proponente*, durante el *término de traslado del informe de evaluación*. De lo contrario, si se trata de un documento o requisito fútil o meramente informativo que en nada altera el resultado del proceso de evaluación, se podrá subsanar, *a discreción de la entidad contratante, en cualquier instante hasta el momento previo a la definición del proceso de selección*.

De esta manera, este trabajo representa una propuesta distinta en el camino hacia una relectura del problema jurídico, que permite llenar algunos vacíos que tanto el legislador, el

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

ejecutivo y la jurisprudencia han dejado respecto de este tema, a efectos de volver de frente a la aplicación del principio de “*prevalencia de lo sustancial sobre lo formal*” a todo tipo de requisitos en las ofertas, con lo que se garantizaría una verdadera y eficaz selección objetiva de oferentes.

**CONTRACT**

*This Contract is entered into by and between  
The term of this Agreement shall begin on  
termination date of*

*This Contract may not be modified in any  
Parties. This Contract shall be governed by the laws of the State of  
and shall be subject to the jurisdiction of the courts of the State of  
which hereinafter shall be the State of*



## Referencias bibliográficas

- Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los Contratos* (2a ed.). Bogotá: Temis.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. G. Valdez, Trad.) Madrid: CEC.
- Alexy, R. (2004). *El Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Amaya Barón, M. I. (2008). *Los Medios de Impugnación en los Procedimientos de Contratación del Estado*. México D.F.: Ángel Editor.
- Aranha Bandeira de Mello, O. (1978). *Da Licitação*. San Pablo: José Bushatsky.
- Arrubla Paucar, J. A. (1997). *Contratos Mercantiles* (Vol. I). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Atehortúa, C., Hernández, A., & Ospina, J. (2010). *Temas en contratos estatales*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Atienza, M., & Ruíz Manero, J. (2001). *Sobre Principios y Reglas*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Bandeira de Mello, C. A. (1992). *Elementos de direito administrativo* (3ª ed.). San Pablo: Malheiros.
- 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)
- Bercaitz, M. Á. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos* (2a ed.). Buenos Aires: De Palma.
- Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico* (2a ed.). (M. Pérez, Trad.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bohórquez Orduz, A. (1998). *De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Anotaciones para una Teoría General: Noción; Elementos Estructurales; Eficacia e Ineficacia* (2a ed., Vol. I). Bogotá: Doctrina y Ley.
- Bonivento Fernández, J. A. (2002). *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales* (15a ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Candel Sanmartín, M. (1982). *Tratados de Lógica (Órganon) I. Categorías - Tópicos - Sobre las Refutaciones Sofísticas*. Editorial Gredos.
- Cardona Galeano, P. P. (2007). *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General* (7a ed.). Bogotá: Leyer.



***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

- Carrió, G. (1981). *Ronald Dworkin y el Positivismo Jurídico*. Colección: Cuaderno de Críticas No. 16. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carrió, G. (2006). *Exceso Ritual Manifiesto y Garantía Constitucional de la Defensa en Juicio*. Buenos Aires: Centro de Estudios Institucionales.
- Cassagne, J. C. (1987). *Cuestiones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: EDC DEPALMA.
- Cassagne, J. C. (2014). *Tratado General de los Contratos Públicos* (1a ed., Vol. II). Buenos Aires: La Ley.
- Coelho Motta, C. P. (1982). *Apontamentos Sobre Legalidades e Licitação*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG.
- Comanducci, P. (1994). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. No. II. Turín: Doxa.
- Comanducci, P. (2005). *Principios Jurídicos e indeterminación del Derecho*. (2. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Ed.) Obtenido de [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com/obra/principios-juridicos-e-indeterminacin-del-derecho-0/): <http://www.cervantesvirtual.com/obra/principios-juridicos-e-indeterminacin-del-derecho-0/>
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094
- Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1998). [Ley 489 de 1998]. DO: 43.464
- Congreso de Colombia. (18 de agosto de 1999). [Ley 527 de 1999]. DO: 43.673
- Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007). [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691
- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011). [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil (6 de noviembre de 2008) Concepto Rad.: 1927. [M.P.: William Zambrano C]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil (20 de mayo de 2010) Concepto Rad.: 1992. [M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (19 de febrero de 1987) Rad.: 4694. [M.P.: Julio César Uribe Acosta]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (23 de abril de 1992) Rad.: 6224. [M.P.: Julio César Uribe Acosta]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (12 de mayo de 1992) Rad.: 6535. [M.P.: Julio César Uribe Acosta]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (1 de abril de 2004) Auto Exp.: 26105.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (16 de marzo de 2005) Rad.: 23-26-000-2002-01216-01 (27921) A. [M.P.: Ruth Estella Correa Palacio]

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (29 de enero de 2014) Rad.: 30.250. [M.P.: Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (26 de febrero de 2014) Rad.: 25.804. [M.P.: Enrique Gil Botero]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (12 de noviembre de 2014) Rad.: 29.855. [M.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera]
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (12 de noviembre de 2014) Rad.: 27.986. [M.P.: Enrique Gil Botero]
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Ed. Legis
- Corte Constitucional de Colombia, (12 de diciembre de 2002) Sentencia T- 1123 de 2002. [M.P.: Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional de Colombia, (18 de febrero de 2003) Sentencia C-128 de 2003. [M.P.: Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional de Colombia, (2 de junio de 1999) Sentencia C- 400 de 1999. [M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional de Colombia, (24 de enero de 2001) Sentencia C-053 de 2001. [M.P.: Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Constitucional de Colombia, (3 de abril de 1992) Sentencia T- 001 de 1992. [M.P.: José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional de Colombia, (31 de enero de 2001) Sentencia C- 096 de 2001. [M.P.: Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional de Colombia, (5 de junio de 1992) Sentencia T- 406 de 1992. [M.P.: Ciro Angarita Barón]
- Corte Constitucional de Colombia, (6 de diciembre de 2001) Sentencia T- 1306 de 2001. [M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil y Agraria (4 de abril de 2001), Exp. 5716. [M.P.: Jorge Castillo Rúgeles]
- Cossio, C. (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Dávila Vinuesa, L. G. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993* (2a ed.). Bogotá: Legis.
- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública* (4a ed.). Buenos Aires - Madrid - México: Ciudad Argentina - Hispania Libros.
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel S.A.

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

- Escola, H. J. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos* (Vol. I). Buenos Aires: De Palma.
- 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., Buj Montero, M., Bustelo, E. N., Cocuelle, C., Correa, J. L., y otros. (2002). *Contratos Administrativos. La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fiorini, B. -M. (1972). *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gambier, B. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, E. (1983). *La Lucha Contra las Impunidades del Poder*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Ghestin, J. (1998). *Traité du Droit Civil* (Vol. II). Paris: Presses de Sciences Po-Dalloz.
- 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.
- Gordillo, A. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo* (1a ed., Vol. XI). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hart, H. (1992). *El Concepto de Derecho* (2a ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández Marín, R. E. (2002). *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Herrera Llanos, W. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano* (1a ed.). Barranquilla: Uninorte.
- Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos Generales del Derecho Administrativo* (2a ed.). Barranquilla: Uninorte.
- Hinestrosa, F. (1969). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Josserand, L. (2007). *Teoría General de las Obligaciones. Colección Clásicos del Derecho*. Bogotá: Leyer.
- Kant, I. (1988). *Crítica de la razón pura. Dialéctica trascendental*. Madrid: Alfaguara.
- La Agencia Nacional de Contratación Pública. (13 de junio de 2014). *Circular Externa No. 13*. En Colombia Compra Eficiente. Obtenido de [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co): [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_circulares/20140612circular13.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140612circular13.pdf)

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

- La Agencia Nacional de Contratación Pública. (11 de febrero de 2015). *Circular Externa No. 17*. En Colombia Compra Eficiente. Obtenido de: [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co):  
[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_circulares/20150211cirular17.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20150211cirular17.pdf)
- La Agencia Nacional de Contratación Pública -Exposición de Motivos-. (2016). En Colombia Compra Eficiente - Motivos del Proyecto. Obtenido de [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co):  
[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620motivos.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620motivos.pdf)
- La Agencia Nacional de Contratación Pública -Proyecto de Reforma Estatuto de Contratación- versión 1. (2016). En Colombia Compra Eficiente. Obtenido de [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co):  
[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20160620articulado.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf)
- Leal Pérez, H. (2006). *Código de Comercio Anotado* (22 ed.). Bogotá: Leyer.
- Lopes Meirelles, H. (1977). *Licitação e Contrato Administrativo* (3a ed.). San Pablo: Revista dos Tribunais.
- Marienhoff, M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo* (3a ed., Vol. III). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Matallana Camacho, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993* (3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio de Transporte de Colombia. (2016). En Colombia Compra Eficiente. Obtenido de [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co):  
[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_informe\\_seguimiento/pl-2016-n\\_84\\_comision\\_primera-.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_informe_seguimiento/pl-2016-n_84_comision_primera-.pdf)
- Molano López, M. R. (2009). *La Nueva Estructura de los Procesos Selectivos en la Contratación Estatal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Monroy Cabra, M. G. (2001). *Introducción al derecho*. Bogotá: Duodécima.
- Monsalve Caballero, V. (2010). *Responsabilidad Precontractual. La Ruptura Injustificada de las Negociaciones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Naranjo Mesa, V. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (Novena ed.). Bogotá: Temis.
- Parra Benítez, J. (2002). *Manual de Derecho Privado. Personas, Familia y Derecho de Menores* (4a ed.). Bogotá: Temis.
- Parra Benítez, J. (2008). *Derecho Civil General y de las Personas*. Bogotá: Leyer.
- Planiol, M., & Ripert, J. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* (Vol. VI). La Habana: Ed. Cultural.

**La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.**

- Presidencia de la República de Colombia. (6 de febrero de 1983). [Decreto ley 222 de 1983]. DO: 36.189
- Presidencia de la República de Colombia. (3 de octubre de 2002). [Decreto 2170 de 2002]. DO: 44.952
- Presidencia de la República de Colombia. (16 de enero de 2008). [Decreto 066 de 2008]. DO: 46.873
- Presidencia de la República de Colombia. (7 de julio de 2008). [Decreto 2474 de 2008]. DO: 47.043
- Presidencia de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). [Decreto ley 019 de 2012]. DO: 48.308.
- Presidencia de la República de Colombia. (13 de abril de 2012). [Decreto 734 de 2012]. DO: 48.400
- Presidencia de la República de Colombia. (17 de julio de 2013). [Decreto 1510 de 2013]. DO: 48.854
- Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). [Decreto 1082 de 2015]. DO: 49.523
- Rodríguez Piñeres, E. (1923). *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano. Personas* (2a ed., Vol. I). Bogotá: Librería Americana.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2007). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (15a ed.). Bogotá: Temis.
- Rodríguez, C. (1997). *La Decisión Judicial. El Debate Hart - Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida* (Vol. IV). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). *Aspectos Revelantes de la Reciente Reforma a la Ley 80 de 1993 y su Impacto en los Principios Rectores de la Contratación Pública. En Contratación Estatal. Estudios Sobre la Reforma Contractual*. Bogotá: 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 Laso, E. (1940). *La Licitación Pública*. Montevideo: Peña & Cia.
- Sayagués Laso, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Ciencias Jurídicas Uruguayas.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Fundamentos Constitucionales, Principios y Reglas de Interpretación de la Contratación Estatal en Colombia*. Medellín: Diké.
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo* (2a ed., Vol. II). Bogotá: Legis.

***La oferta como negocio jurídico; y  
Los requisitos de subsanabilidad en la contratación pública  
Ricardo A. Torres B.***

Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil. De Las Obligaciones* (8a ed.). Bogotá: Editorial Temis, S.A.

Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil. Parte General y Personas* (15a ed., Vol. I). Bogotá: Temis.

Vidal Perdomo, J. (2005). *Derecho Administrativo* (2a ed.). Bogotá: Legis.

Von Thur, A. (1946). *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Alemán* (2a ed., Vol. II). (T. Rava, Trad.) Buenos Aires: Depalma.

Windscheid, B., & Theodor, K. (1976). *Tratado de Derecho Civil Alemán: Derecho de Pandectas*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Yong Serrano, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación* (2a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Younes Moreno, D. (1997). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.