

La Inseguridad Jurídica que se ha generado en temas de subsanabilidad de documentos, en los procesos de Selección del contratista en la Contratación Estatal en Colombia, a raíz de las dos sentencias proferidas el 12 de noviembre de 2014 de la Sección Tercera del Consejo del Estado, pronunciamientos de los Magistrados Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Por: ANGÉLICA BLANCO CLAVIJO

RESÚMEN

La Contratación Estatal, primordial para el cumplimiento y lo fines del Estado, tal como se encuentra establecido en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política de Colombia, la cual es vital en las relaciones comerciales y contractuales entre el Estado y los particulares, en aras de satisfacer y cumplir con el Estado Social de Derecho, contemplado en el artículo 1 de la Carta Magna, orientada por los principios que se aplican en el desarrollo de la misma, para la efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.¹

En ese sentido, contar con una Contratación Pública al servicio de los cometidos Estatales, tiene una gran importancia, para ejecutar el presupuesto público, y la estructuración de los procesos en la administración del Estado, en procura de generar transparencia.

Sin embargo, a pesar, que todas las actividades en torno a las cuales se desarrolla la Contratación Pública o Estatal se encuentran reglamentadas, existen etapas en los cuales, parte de la documentación aportada por los proponentes en la presentación de sus ofertas, carecen de información para la verificación de los requisitos habilitantes dentro del proceso de selección, de acuerdo a lo exigido en los pliegos de condiciones y que se encuentran conforme a la normatividad vigente para cada proceso.

¹ Artículo 3, Ley 80 de 1993: De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, la Entidad Estatal puede solicitar al proponente subsanar la falta de dichas falencias en los eventos que se menciona en el parágrafo 1 del numeral 4 del artículo 5 en la Ley 1150 de 2007.

En este contexto, tenemos que existen pronunciamientos del Consejo de Estado en cuanto a temas de subsanabilidad, en los cuales se pueden evidenciar dos posturas distintas respecto a un mismo punto, generándose confusiones para los operadores jurídicos de la contratación, e interpretaciones diversas al respecto, motivo por el cual me veo en la obligación de recopilar y analizar la normatividad, y los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, así como los lineamientos y directrices de la Agencia Nacional de Contratación Pública², para que no se genere inseguridad normativa respecto a los documentos que pueden ser subsanados o no.

Tal ha sido el caso de la subsanabilidad, que, 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, y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

TEMA DE INVESTIGACIÓN

La Inseguridad Jurídica por falta de unificación jurisprudencial en temas de subsanabilidad dentro de los procesos de Selección en la Contratación Estatal en Colombia.

² www.colombiacompra.gov.co: El gobierno del Presidente Juan Manuel Santos reconoce que la compra y contratación pública es un asunto estratégico por lo cual decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. El Decreto Ley 4170 reconoce la necesidad de: (a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del sistema y generar mayor transparencia en las compras; y (b) tener una entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Por qué se genera la Inseguridad Jurídica en las Entidades Estatales al momento de analizar la subsanabilidad dentro de los procesos de Selección?

¿Qué interpretación aplicar al momento de verificar los documentos que son subsanables o no dentro de los procesos de selección y cuál sería la mejor salida al limbo jurídico que viven las Entidades del Estado?

OBJETIVO GENERAL

- Describir el alcance que tiene los dos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expedidos el 12 de noviembre de 2014 respecto a temas de subsanabilidad dentro de los procesos de Selección en la Contratación Estatal en Colombia, con ponencia de los Magistrados Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar el argumento del Magistrado del Consejo de Estado Dr. Enrique Gil Botero en relación a la subsanabilidad en los procesos de selección de la Contratación Estatal, expuestos en la sentencia del 12 de noviembre del 2014, radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986).
- Analizar el argumento del Magistrado del Consejo de Estado Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera en relación a la subsanabilidad en los procesos de selección de la Contratación Estatal, radicado 250002326000200201606-01 (29.855) .

JUSTIFICACIÓN

A través de la historia de Colombia, respecto a los diversos y encontrados pronunciamientos del Consejo de Estado referente a un mismo tema, podemos evidenciar que, no ha existido unificación de criterio frente a la subsanabilidad en los procesos de selección en la Contratación Pública, por cuanto la Sección Tercera

del Consejo de Estado en su recientes pronunciamientos, especialmente las del 12 de noviembre de 2014, se evidencia criterios distintos respecto a un mismo punto, generando así la Inseguridad Jurídica que tanto aqueja a las Entidades del Estado.

Por lo anterior, se hace necesario realizar un análisis de las sentencias del 12 de noviembre del 2014, radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986) y radicado 250002326000200201606-01 (29.855) para lograr establecer las diferencias existentes entre los dos pronunciamientos y mirar posibles salidas al limbo jurídico que viven hoy por hoy los operadores jurídicos.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los temas que serán analizados en este trabajo investigativo, ha sido acogido por la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente, quien es el ente encargado de “(...) (b) formular políticas y propuestas de reforma legislativa, apoyar y coordinar la gestión de reformas legislativas y regulatorias; (c) asistir técnicamente y trabajar en equipo con los partícipes de la compra pública; (d) apoyar el desarrollo del mercados, y monitorearlos; y (e) analizar permanentemente el comportamiento del sistema de compra y contratación pública en busca de la innovación y mejora continua del mismo.”³

No obstante, es preciso aclarar que dicha Agencia acogió la postura del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, 26 de febrero de 2014, radicación 13001-23-31-000-1999- 00113-01 (25.804), quien ratificó su pronunciamiento mediante sentencia del 12 de noviembre del 2014, radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986).

Los pronunciamientos de los Magistrados Enrique Gil Botero y Carlos Alberto Zambrano Barrera, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 12 de noviembre del 2014, explicaron, la manera subsanable que en materia contractual debe aplicarse hoy ante la ausencia reglamentaria sobre el tema.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, menciona los criterios de subsanabilidad en los siguientes términos: *“En adelante, el criterio de diferenciación entre los*

³ <http://www.colombiacompra.gov.co/es/vision>

*requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, "aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas"; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables "... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje", los que "... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación."*⁴

Ahora bien, en sentencia del 12 de noviembre de 2014, el Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, expresa: *"Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-."*⁵

Por lo anterior, se tienen que, ambos Magistrados hablaron de las oportunidades para subsanar dentro de los procesos de selección pero cada uno con posturas distintas, generando de esta manera la inseguridad jurídica que hoy en día aqueja a los operados jurídicos, conllevando a la necesidad de consolidar en un solo sentido el criterio que debe aplicar las Entidades Estatales al momento de verificar los documentos a tener en cuenta.

MARCO TEÓRICO

De la lectura del parágrafo 1, artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se evidencia que la consagración de la regla de subsanabilidad tuvo como fundamento el principio en virtud del cual lo sustancial debe primar sobre lo formal.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicado 250002326000200201606-01 (29.855)

“(…) Subsanan: 1. tr. Disculpar o excusar un desacierto o delito; 2. tr. Reparar o remediar un defecto.

Aclarar se define como: “8. tr. Hacer ilustre, esclarecer; 10. tr. Hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo” Como se observa, en el segundo significado, aclarar es sinónimo de explicar, que a su vez se define como: “1. tr. Declarar, manifestar, dar a conocer lo que alguien piensa; 2. tr. Declarar o exponer cualquier materia, doctrina o texto difícil, con palabras muy claras para hacerlos más perceptibles; 5. tr. Dar a conocer la causa o motivo de algo; 6. prnl. Llegar a comprender la razón de algo, darse cuenta de ello. (...)”⁶

FACTIBILIDAD

El trabajo es perfectamente viable, pues se trata de analizar la normatividad en materia de subsanabilidad, así como los pronunciamientos del Consejo de Estado, y lineamientos de la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente, desde la órbita de mi experiencia laboral en Contratación Estatal, como servidora pública, y operador jurídico. Así mismo, para el desarrollo del tema de investigación escogido, utilizaré como fuentes las siguientes:

- Sentencias del Consejo de Estado, relacionados con el tema.
- Leyes, Decretos y Jurisprudencia con el tema de la subsanabilidad en los procesos de Selección en la Contratación Estatal en Colombia.
- Libros, revistas, conceptos y publicaciones especializadas.
- Para el presente documento de investigación se dispondrá de de dos (2) meses para su desarrollo, tiempo suficiente para ello.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986)

METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Para efectuar este proyecto de investigación consistente en el análisis, se tomará como base cada uno de los objetivos y con ellos se determinarán las estrategias, actividades y medios requeridos para dar respuesta al problema planteado.

Se utilizara la metodología cualitativa, toda vez toda que es necesario el análisis de información.

Fuentes: Textos escritos: Revistas, Circulares, doctrina, artículos de internet, pronunciamientos del Consejo de Estado.

Técnica: Análisis documental

CRONOGRAMA

Actividad	Mes
Selección del tema de investigación	Diciembre de 2014
Planteamiento del problema	Enero de 2015
Selección de la bibliografía documentos requeridos para la investigación.	Enero de 2015
Lectura de los documentos	Mayo de 2015
Desarrollo del proyecto	Mayo y Junio de 2015
Entrega para la calificación primera parte del proyecto	

	Agosto 7 de 2015
Desarrollo segunda parte del proyecto	Agosto 2015
Entrega de avances segunda parte del proyecto	Agosto de 2015
Desarrollo final del proyecto	Agosto 23 de 2015

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• JURISPRUDENCIA

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986).
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicado 250002326000200201606-01 (29.855).
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., febrero veintiséis (26) de dos mil catorce (2014). Radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804).

• NORMATIVA

1. Constitución Política de Colombia (1991)
2. Decreto 1082 (2015)
3. Decreto 1510 (2013)

4. Decreto 4170 de 2011, Recuperado de <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/dec417003112011.pdf>

5. Ley 1150 (2007)

6. Ley 80 (1993)

- **DOCTRINA**

1. Beltran Gonzalo, (2014) *Estudios de Derecho Contractual Público*. p. 61.

2. Mejia Álvaro, (2014) *Nuevo Sistema de Compras y Contratos de la Administración Pública*. p. 185.

- **REVISTAS**

1. Ámbito Jurídico (08 de agosto de 2014), Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140808-04la subsanabilidad en la contratacion estatal/noti140808-04la subsanabilidad en la contratacion estatal.asp?IDObjetoSE=20225>

- **CIRCULAR**

1. Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Circular Externa No.13 de 2014.

INTRODUCCIÓN

La Contratación Estatal, primordial para el cumplimiento y lo fines del Estado⁷, la cual es vital en las relaciones comerciales y contractuales entre el Estado y los particulares, en aras de satisfacer y cumplir con el Estado Social de Derecho⁸, orientada por los principios que se aplican en el desarrollo de la misma, para la efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e

⁷ Artículo 209, Constitución Política de Colombia. (1991)

⁸ Artículo 209, Constitución Política de Colombia. (1991)

intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.⁹

En ese sentido, contar con una Contratación Pública al servicio de los cometidos Estatales, tiene una gran importancia, para ejecutar el presupuesto público, y la estructuración de los procesos en la administración del Estado, en procura de generar transparencia.

No obstante, a pesar de que todas las actividades en torno a las cuales se desarrolla la Contratación Estatal o Pública se encuentran reglamentadas, el tema de reglas de subsanabilidad, no ha sido completamente claro para los operadores jurídicos de la contratación, conllevando a diferentes interpretaciones sobre el tema, motivo por el cual me veo en la obligación de recopilar y analizar la normatividad, y los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, así como los lineamientos y directrices de la Agencia Nacional de Contratación Pública¹⁰

Lo anterior, para que las Entidades Públicas puedan tener de manera clara, las reglas de subsanabilidad, en los procesos de selección del contratista; o determinar la necesidad de reglamentar por parte del Gobierno Nacional, el artículo 5¹¹ de la

⁹ Artículo 3. Ley 80 de 1993.

¹⁰ <http://www.colombiacompra.gov.co/es/colombia-compra-eficiente>. El gobierno del Presidente Juan Manuel Santos reconoce que la compra y contratación pública es un asunto estratégico por lo cual decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. El Decreto Ley 4170 reconoce la necesidad de: (a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del sistema y generar mayor transparencia en las compras; y (b) tener una entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo.

¹¹ Artículo 5. Ley 1150 de 2007. De la Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones

debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

(**Nota:** La expresión “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, del presente numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en [Sentencia C-713 de 2009](#)).

(2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.)*

***Nota:** El presente numeral fue modificado por el [artículo 88 de la Ley 1474 de 2011](#).

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos*.

***Nota:** El párrafo 2 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la [Sentencia C-942 de 2008](#).

Ley 1150 de 2007, teniendo en cuenta que el Decreto 1510 de 2013 no desarrolla el tema.

DESARROLLO

En la Ley 80 de 1993, en materia de subsanabilidad de las ofertas, encontramos que durante el lapso en que la administración evalúa las ofertas, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.¹²

Adicionalmente, hace mención a que los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas¹³, haciendo alusión al termino del traslado de los informe de evaluación en los procesos de licitación pública.

En virtud del principio de economía, el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993¹⁴ establecía, que los operadores jurídicos tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, la entidad solicitará las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

La parte final del Numeral 8, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “(...) En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.” Permitió que muchas entidades dieran un doble sentido, generándose dos posturas.

La primera que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus vacíos.

¹² Numeral 7, Artículo 30. Ley 80 de 1993

¹³ Numeral 8, Artículo 30. Ley 80 de 1993

¹⁴ Inciso segundo del numeral 15, Artículo 25. Ley 80 de 1993. Derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007

La segunda postura establecía que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, con fundamento en el principio de economía.

Durante muchos años, estas disposiciones de la Ley 80 de 1993, sirvieron de fundamentos para que las Entidades Públicas, permitieran o no, la subsanación de documentos; por la ambigüedad en las disposiciones, pues algunas entidades calificaron algunos formales, como sustanciales, necesarios para la comparación de las ofertas, por tanto, rechazaron propuestas, como por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones.¹⁵

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la regla de subsanabilidad tuvo como fundamento el principio en virtud del cual lo sustantivo debe primar sobre lo formal, siendo claro que, en tanto no se modifiquen los factores de la oferta destinados a compararla, esto es, aquellos que conceden puntaje dentro de la competencia, es posible subsanar todos aquellos errores en la documentación soporte tanto relativos a las condiciones habilitantes del oferente, como aspectos no calificables de la oferta.¹⁶

La regla de subsanabilidad introducida en el 2007, derogó el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006 – Exp.16.041- Anuló parte de unos pliegos de condiciones porque evaluó la forma de presentación de la oferta, cuando se trata de un aspecto insustancial para compararlas. Expresó:

“Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).”

¹⁶ Parágrafo 1, Artículo 5. Ley 1150 de 2007

asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación (...).

Por lo anterior, el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad del operador jurídico en los documentos que pueden ser subsanados, con la Ley 1150, esos requisitos corresponden a los que no afecten la asignación de puntaje, es decir, que un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

Al respecto, Beltran. (2014),¹⁷ experto en Contratación Estatal, en el periódico *Ámbito Jurídico* Señaló: “(...) Conforme lo dispone la reforma introducida por la Ley 1150 al segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, subrogado por el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1157, las circunstancias subsanables son: (i) la ausencia de requisitos referentes a la futura contratación o al proponente y (ii) la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas (no otorgan puntaje).”

A pesar de este postulado, algunas Entidades Estatales mantuvieron la rigidez consuetudinaria de rechazar ofertas porque no habían presentado simultáneamente las certificaciones de experiencia, el formato donde se enlistan aquellas, los soportes de la hoja de vida del equipo de trabajo o el Registro Único de Proponentes (RUP), entre otros.”

En el mismo sentido, y en relación con la reforma del 2007, Suarez (2014), conferencista en temas contractuales, señaló que:

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

¹⁷ Beltran, J. (2014) *Ámbito jurídico*. Recuperado de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti140808-04la_subsanabilidad_en_la_contratacion_estatal/noti140808-04la_subsanabilidad_en_la_contratacion_estatal.asp?CanV=4

soporte tanto relativos a las condiciones habilitantes del oferente, como aspectos no calificables de la oferta.¹⁸

El Consejo de Estado, en un primer pronunciamiento, indicó: “(...) defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas ‘usualmente indicado en los pliegos de condiciones’, sin exceder del día de la adjudicación”.¹⁹

De esta manera el pronunciamiento del Magistrado Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero del 2014, explicó, con claridad, que documentos son subsanables.

Al respecto, Beltran (2014) afirmó:

(...) Lo revolucionario del fallo citado es que cambió la noción que tenían los operadores jurídicos acerca de que la subsanabilidad era una facultad de la administración. Así, la remplazó por otra, según la cual es un derecho del proponente que, en condiciones de igualdad, se le dé la oportunidad de subsanar aquellos requisitos que no dan puntaje, vale decir, la ausencia de documentos referentes al proponente o a la futura contratación, dentro de los cuales está la posibilidad de presentar documentos que no se aportaron con la oferta o de corregir o aclarar su contenido, incluso de remplazarlos a través de la subsanación por otros, como los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia, organización y financiera).²⁰

Así las cosas, con la reforma de la Ley 1150 de 2007, las reglas de subsanabilidad no quedaron completamente claras en la mencionada Ley, ya que sigue siendo objeto de análisis.

¹⁸ Suarez Beltran Gonzalo, (2014) *Estudios de Derecho Contractual Público*. Legis. p. 61

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014, radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)

²⁰ Beltran, J. (2014). *Ibíd*em

Para Mejia Álvaro. (2014) consultor en contratación estatal menciona “(...) se debe acudir a la interpretación lógica y sistemática, analizando los pronunciamientos del Consejo de Estado”.²¹

Al tenor de lo dispuesto en la Ley y lo expuesto por el Consejo de Estado, los únicos requisitos que no son subsanables son aquellos que otorgan puntaje, es decir, que sirven de ponderación de las ofertas basados en precio, calidad o relación costo-beneficio.

Cuando se pensaba que el tema de subsanabilidad estaba completamente claro, al tenor de la Ley, y del pronunciamiento del Consejo de Estado, del 14 de febrero de 2014²², en temas de subsanabilidad; el 12 de noviembre de 2014, el Alto Tribunal (2014) se pronunció el mismo día mediante dos Sentencias, que pueden ser contradictorias sobre el tema de la subsanabilidad en los procesos de selección para los Contratos del Estado.

En efecto la Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 12 de noviembre de 2014²³, sostuvo que lo subsanable es aquello que a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección. Conforme lo anterior, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de presentar la propuesta, por cuanto entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta.

Para el Consejo de Estado la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., no es subsanable, por cuanto tales condiciones, inciden en la calificación de los factores ponderables.

Es decir, si el oferente por ejemplo, adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de

²¹ Mejia Mejia Álvaro, (2014) *Nuevo Sistema de Compras y Contratos de la Administración Pública*. Biblioteca Jurídica Dike. (2ª ed) p.185.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804)

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986)

selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, porque la misma Ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación.

En todo caso, es pertinente mencionar que la Sala reitera, que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

Finalmente, se aclara que el hecho que el representante legal de una empresa, tenga restricciones, no implica que la sociedad carezca de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, no afecta su capacidad legal, por ende, concluyen, que la falta de acreditación de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y obligar válidamente a la persona jurídica es subsanable, incluso, por ratificación del acto, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio.²⁴

De otra parte, la Subsección C, del Consejo de Estado, sostuvo que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? si no lo hace es subsanable, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.²⁵

En la providencia se establece la diferencia entre subsanar y aclarar. En efecto, subsanar, implica reparar un defecto de la propuesta, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o subsanados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene. Aclarar o explicar es diferente, por cuanto refiere a dilucidar un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias, indicándose que lo ideal en un proceso de selección es que las aclaraciones y

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, 12 de noviembre de 2014, radicación 250002326000200201606-01

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, 12 de noviembre de 2014, radicación 250002326000200201606-01

explicaciones se anticipen y soliciten durante la etapa de evaluación, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo.

De otra parte, el Alto Tribunal manifestó que, los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la Ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una contravención formal –que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta- no autoriza el rechazo de una propuesta.²⁶

Adicionalmente, la Agencia Nacional de Colombia Compra Eficiente²⁷, mediante Circular Externa No. 13 del 13 junio de 2014²⁸, fijo directrices sobre la subnabilidad de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los procesos de contratación, basado en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, del 26 de febrero de 2014, radicado 13001-23-31-000-1999-0113-01 (25804).

CONCLUSIONES

- La posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista.
- En mi concepto, es posible aclarar.
- El Consejo de Estado debe dictar un fallo unificador, en el tema requisitos de subsanabilidad.
- La Agencia de Colombia Compra Eficiente, debe hacer un estudio de los dos pronunciamientos del 12 de noviembre de 2014, y si es caso replantear la Circular 13 de 2014.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, Consejero Ponente ENRIQUE GIL BOTERO, 12 de noviembre de 2014, radicación 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27986).

²⁷ La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en su carácter de ente rector del sistema de compras y contratación pública por medio de la presente circular fija directrices sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación.

- En mi concepto, se debe aplicar la Circular 13 de 2014, mientras la Agencia no fije otra directriz, o no salga un fallo unificador.